



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„AUSGEWÄHLTE FRAGEN ZUM
AUSGLEICHANSPRUCH DES HANDELSVERTRETERS“**

Verfasser

Mag. iur. Hans Gideon Jabloner

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. DDr. Arthur Weilingner

Mag. iur. Hans Gideon Jabloner

AUSGEWÄHLTE FRAGEN ZUM
AUSGLEICHANSPRUCH DES HANDELSVERTRETERS

Wien, 2010

INHALTSVERZEICHNIS

I. EINLEITUNG	1
A. GEGENSTAND DER DISSERTATION	1
B. GANG DER UNTERSUCHUNG	3
II. DER HANDELSVERTRETER.....	5
A. WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG DER ABSATZMITTLUNG	5
1. <i>Der indirekte Vertrieb</i>	5
2. <i>Der direkte Vertrieb</i>	6
3. <i>Statistik der CDH zur Handelsvertretung in Deutschland</i>	7
B. ENTWICKLUNG DER ÖSTERREICHISCHEN RECHTSQUELLEN DES HANDELSVERTRETERRECHTS	7
III. VERGLEICH AUSGEWÄHLTER BESTIMMUNGEN DES DEUTSCHEN, ÖSTERREICHISCHEN UND FRANZÖSISCHEN HANDELSVERTRETERRECHTS.....	9
A. DEFINITION DES HANDELSVERTRETERS	9
1. <i>Definition des Handelsvertreters in der Richtlinie</i>	9
2. <i>Deutscher Handelsvertreterbegriff</i>	10
3. <i>Österreichischer Handelsvertreterbegriff</i>	12
4. <i>Französischer Handelsvertreterbegriff</i>	13
B. PFLICHTEN DES HANDELSVERTRETERS LAUT RICHTLINIE.....	14
C. DIE INTERESSENWAHRUNGSPFLICHT ALS HAUPTPFLICHT DES HANDELSVERTRETERS.....	15
1. <i>Die Interessenwahrungspflicht im deutschen Handelsvertreterrecht</i>	15
2. <i>Die Interessenwahrungspflicht im österreichischen Handelsvertreterrecht</i>	15
3. <i>Die Interessenwahrungspflicht im französischen Handelsvertreterrecht</i>	16
D. DAS WETTBEWERBSVERBOT	17
1. <i>Das Wettbewerbsverbot während aufrechten Vertrages</i>	17
a) <i>Das Wettbewerbsverbot in der Richtlinie</i>	17
b) <i>Das Wettbewerbsverbot im deutschen Handelsvertreterrecht</i>	18
c) <i>Das Wettbewerbsverbot im österreichischen Handelsvertreterrecht</i>	18
d) <i>Das Wettbewerbsverbot im französischen Handelsvertreterrecht</i>	19
2. <i>Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot</i>	19
a) <i>Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in der Richtlinie</i>	20
b) <i>Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im deutschen Handelsvertreterrecht</i>	20
c) <i>Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im österreichischen Handelsvertreterrecht</i>	21
d) <i>Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot (Non-concurrence post-contractuelle) im französischen Handelsvertreterrecht</i>	21
E. AUSGEWÄHLTE WEITERE PFLICHTEN DES HANDELSVERTRETERS UND UNTERNEHMERS IN DEUTSCHEM, ÖSTERREICHISCHEM UND FRANZÖSISCHEM HANDELSVERTRETERRECHT.....	22
1. <i>Informationspflichten</i>	22
2. <i>Weisungsrecht des Unternehmers</i>	23
3. <i>Provisionszahlungen</i>	24
4. <i>Ausgleichsanspruch / Schadenersatz gemäß Art 17 und 18 der Richtlinie</i>	25
IV. DER AUSGLEICHANSPRUCH DES HANDELSVERTRETERS.....	27
A. SYSTEMATIK DER ANSPRÜCHE DES HANDELSVERTRETERS NACH VERTRAGSBEENDIGUNG IM DEUTSCHEN UND ÖSTERREICHISCHEN RECHT	27
1. <i>Systematik im deutschen Recht</i>	27
2. <i>Systematik im österreichischen Recht</i>	28
B. DAS WESEN DES AUSGLEICHANSPRUCHS.....	29
1. <i>Vielfalt der Anwendung</i>	29

2. Wahlmöglichkeit gemäß der Richtlinie.....	30
3. Der Ausgleichsanspruch als Wertausgleich	32
4. Der Ausgleichsanspruch als Restvergütung	32
5. Weitere Abgrenzung des Ausgleichsanspruchs	33
6. Der Schadenersatzanspruch des französischen Rechts	34
C. DIE ANALOGE ANWENDUNG DES § 24 HVERTRG AUF ANDERE FORMEN DER ABSATZMITTLUNG.....	35
1. Angestellter Provisionsvertreter (Unselbständige Handelsvertreter)	36
2. „Freier“ Handelsvertreter	37
3. Kommissionär.....	39
4. Kommissionsagent.....	40
5. Makler	40
6. Vertragshändler	41
7. Tankstellenhalter	42
8. Franchisenehmer.....	43
9. Versicherungsvertreter.....	45
D. RECHTSWAHL IN HANDELSVERTRETERVERTRÄGEN	45
1. Kollisionsnormen betreffend eines deutsch/französischen Handelsvertretervertrages	46
2. Der Unabdingbarkeitsgrundsatz des Art 19 der Richtlinie	50
V. PROVISIONSVERLUSTE ALS EIN ZENTRALES ELEMENT DER AUSGLEICHSBERECHNUNG NACH DER DEUTSCHEN BERECHNUNGSMETHODE.....	53
A. DIE BEDEUTUNG DER PROVISIONSVERLUSTE IM LICHT DES EUGH URTEILS TURGAY SEMEN GEGEN DEUTSCHE TAMOIL GMBH.....	53
B. BEWERTUNG VON PROVISIONSVERLUSTEN	61
1. Kunden	62
a) Neukunden.....	62
b) Intensivierung bestehender Geschäftskontakte	64
c) Reaktivierte Altkunden	65
d) Vorvertraglich geworbene Kunden.....	68
(1) Vertragsumwandlung	69
(2) Mehrfache Umstellung.....	71
(3) Mehrstufige Vertragsverhältnisse.....	72
(4) Von nebenberuflicher zu hauptberuflicher Handelsvertreterstätigkeit	72
(5) Unternehmensübergang.....	74
(6) Großhändler.....	74
e) Ursächlichkeit der Kundenwerbung.....	75
f) Sogwirkung der Marke	78
g) Vertragsabschlüsse durch Empfehlungen	83
h) Ausschreibungsproblematik	83
i) Bezirkskunden als Neukunden	87
j) Kaufhauskonzerne – Ladenketten – Filialbetriebe.....	88
k) Messekunden	88
l) Mittelbare Kundenwerbung.....	89
2. Geschäfte.....	94
a) Provisionen aus abgeschlossenen und zukünftigen Geschäften	94
(1) Überhangprovisionen	94
(2) Provisionsverzichtsklausel	96
(3) Mitnahme bzw Weiterbelieferung von Kunden und Erfolgsvergütungen	98
(4) Sukzessivlieferungsverträge	99
b) Rotationsvertrieb	100
c) Serienbelieferungsverträge	101
d) Bezugsverträge	101

VI. DIE AUSGLEICHSBERECHNUNG DES HANDELSVERTRETERS IM DEUTSCHEN UND ÖSTERREICHISCHEN RECHT	104
A. RELATIVE RECHTSUNSICHERHEIT	104
B. DAS DEUTSCHE ZWEISTUFIGE SYSTEM DER AUSGLEICHSBERECHNUNG	105
C. REZEPTION DER DEUTSCHEN ZWEISTUFIGEN BERECHNUNGSMETHODE DURCH DEN OGH	112
1. OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000	114
2. OGH 8 ObA 290/01g vom 28.3.2002	121
3. OGH 4 Ob 54/02y vom 9.4.2002	122
4. OGH 6 Ob 82/02f vom 18.4.2002	127
5. OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003	129
6. OGH 4 Ob 189/07h vom 13.11.2007 (in Zusammenhang mit OGH 4 Ob 54/02y vom 9.4.2002)	132
7. OGH 6 Ob 248/07z vom 12.12.2007 (in Zusammenhang mit OGH 6 Ob 82/02f vom 18.4.2002)	134
D. TABELLARISCHE ENTSCHEIDUNGSSCHRONOLOGIE DER VERWENDETEN OGH JUDIKATUR	137
E. TABELLARISCHE DARSTELLUNG DER BERECHNUNGSMETHODE DES OGH	139
F. DER SCHADENERSATZANSPRUCH DES FRANZÖSISCHEN HANDELSVERTRETERRECHTS	141
1. <i>L'indemnité de clientèle</i>	141
2. <i>Berechnung der indemnité de clientèle</i>	142
BIBLIOGRAPHIE	145

I. Einleitung

A. Gegenstand der Dissertation

In der vorliegenden Arbeit soll auf einige ausgewählte Fragestellungen des Handelsvertreterrechts und insbesondere des Ausgleichsrechts des Handelsvertreters eingegangen werden. Aus verschiedenen Blickwinkeln soll eine Annäherung an dieses „schillernde“ und in der Praxis bedeutsame Rechtsinstitut gelingen.

Der Ausgleichsanspruch stellt einen eigenen Vergütungsanspruch des Handelsvertreters dar, der ihm unter bestimmten Voraussetzungen zusteht: Nach herrschender österreichischer und deutscher Lehre für bestimmte dem Handelsvertreter entgehende Provisionen, nach anderer Interpretation für die Übertragung des aufgebauten Kundenstocks an den Auftraggeber.

Eine Statistik über die Gesamthöhe der Vergütung, die jährlich unter dem Rechtsinstitut des *Ausgleichsanspruchs* zugesprochen bzw vereinbart wird, existiert schon deshalb nicht, weil nach Informationen der Rechtsabteilung der deutschen Interessensvertretung der Handelsvertreter, der Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb (CDH), schätzungsweise *bis zu 90 % der Streitfälle verglichen* würden. Dies deshalb, weil oftmals der enorme Aufwand und ungewisse Ausgang so genannter *Ausgleichsprozesse*, gleichermaßen Handelsvertreter, wie auch Unternehmer vor einer streitigen Lösung vor den Gerichten zurückschrecken lassen.¹

Es werden insbesondere die deutsche Bestimmung des § 89b deutsches HGB², die entsprechende österreichische Norm des § 24 HVertrG und die entsprechende französische

¹ Telefonische Befragung durch den Verfasser, Telefonate des Verfassers mit der Rechtsabteilung der CDH.

² In weiterer Folge wird bezüglich des HGB - soweit im Einzelfall nicht auf gegenteiliges hingewiesen wird - immer das deutsche HGB gemeint sein und nicht das Vorläufergesetz des österreichischen UGB. Nur wenn dies im Text verwirrend sein könnte, wird diesbezüglich durch die Abkürzungen „öHGB“ bzw „dHGB“ näher präzisiert.

Regelung des Art L 134-12 Code de commerce in Zusammenhang mit den Art 17 und 18 der *Handelsvertreter-Richtlinie*³ in die Untersuchung einbezogen.

Hervorzuheben sind zwei zentrale Teile der vorliegenden Arbeit: Eine Untersuchung der Provisionsverluste als Element der Ausgleichsbewertung, sowie der deutschen zweistufigen Berechnungsmethode und ihrer Anwendung durch die österreichischen Gerichte. In ersterer Thematik ist eine rezente deutsche Entwicklung besonders interessant: § 89b HGB entspricht seit 5. August 2009 nach einer Gesetzesänderung in Form von Anlassgesetzgebung⁴ in Folge des EuGH-Urteils *Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH*⁵ exakt dem Wortlaut der Richtlinie.

In diesem Zusammenhang ist aus der deutschen Lehre Prof. Martinek (Saarbrücken) zitierbar, der hinsichtlich des Ausgleichsprozesses als solchen von einer „*vielbeklagten Misere*“ spricht, die auf einer „*Fehlentwicklung*“ des § 89b HGB beruhe, welche „*ärgerliche Ausmaße*“ angenommen habe und gar ein „*Justizübel*“ darstelle.⁶ Dem wird in der deutschen Lehre allerdings entgegengesetzt, dass das Rechtsinstitut des Ausgleichsanspruchs aber auch zu einem „*verstärkten Selbstbewusstsein*“⁷ des Berufsstandes der Handelsvertreter führen konnte und damit wesentlich zu erfolgreicher Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit beiträgt,⁸ was wohl entsprechend für andere Absatzmittler, denen der gleiche Anspruch ebenfalls in Rechtsanalogie gewährt wird, und somit insgesamt für einen Teil der Absatzmittlung schlechthin gelten mag.

³ Richtlinie des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter (86/653/EWG); in weiterer Folge „Richtlinie“.

⁴ Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung vom 31.7.2009 (dBGBI. I S. 2512).

⁵ EuGH (1. Kammer) Rs. C-348/07 vom 26.3.2009 – *Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH*; EWS 2009/4, 150.

⁶ Zit in Küstner/Thume, Handbuch 4 mwN.

⁷ Küstner/Thume, Handbuch 1f.

⁸ Ibid.

B. Gang der Untersuchung

Eine kurze Klärung der *wirtschaftlichen Einordnung* der Handelsvertretung allgemein, ihres *wirtschaftlichen Gewichts* am Beispiel Deutschlands, sowie ihrer komplizierteren *legistischen Erfassung in Österreich*, auch im Zusammenhang mit der entsprechenden deutschen Norm, steht am Anfang der Untersuchung.

Es soll sodann die Rechtsfigur des Handelsvertreters - und im Zentrum das Rechtsinstitut des Ausgleichsanspruchs - in einen europäischen Kontext gesetzt werden und die Schwierigkeiten einer nur teilweise geglückten Rechtsvereinheitlichung gezeigt werden. Dafür soll die Regelung des *Handelsvertreterbegriffs und ausgewählter Bestimmungen* der Richtlinie und die korrespondierenden Bestimmungen des *deutschen HGB, des österreichischen HVertrG und des französischen Code de commerce* in einem knappen funktionellen Vergleich gegenübergestellt werden; dabei werden Korrelationen, aber auch immer noch bestehende Unterschiede deutlich. Unter diesen Bestimmungen findet sich auch der *Ausgleichsanspruch*, dessen Untersuchung den nachfolgenden, überwiegenden Raum in der Dissertation einnehmen soll und für dessen Regelung die EG-Richtlinie den Mitgliedsstaaten die Wahl zwischen zwei Systemen lässt, einerseits eines Systems nach deutschem Vorbild, das auch Österreich umgesetzt hat, andererseits eines Systems nach französischem Vorbild. In der Folge soll zwar hauptsächlich der Ausgleichsanspruch nach deutschem und österreichischem Recht untersucht werden, jedoch wird dabei an einigen Stellen auch ein Blick auf das französische Recht und andere Rechtssysteme geworfen.

Zur weiteren Annäherung an das Rechtsinstitut des Ausgleichsanspruchs soll danach gezeigt werden, wie dieser spezielle Anspruch in die *Systematik der Ansprüche* des Handelsvertreters nach Vertragsende eingebettet ist. Es soll dann das - nur schwer fassbare und viel diskutierte - *Wesen* des Ausgleichsanspruchs beleuchtet werden, sowie auf die große Bedeutung dieses Rechtsinstituts durch die analoge Anwendung auch auf *andere Absatzmittler* eingegangen werden; letzteres am Beispiel des österreichischen Rechts. Schließlich soll auf die Thematik der *Rechtswahl* kurz eingegangen werden, wobei auch die *Rom I-Verordnung*⁹ einbezogen

⁹ Verordnung (EG) Nr 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

wird, die im Juni 2008 beschlossen wurde und das jetzt geltende EVÜ¹⁰ mit Dezember 2009 ersetzen soll.

Dann wird auf ein sehr bedeutsames Element des Ausgleichsanspruchs eingegangen, die *Provisionsverluste*, die zumeist der zentrale und unmittelbar beweisbare Ansatzpunkt einer Bewertung des Anspruchs sind. Es soll dabei untersucht werden, welche Bedeutung der jüngsten EuGH-Entscheidung *Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH* vom 26.3.2009 und der schlagartig als Anlassgesetzgebung erfolgten *deutschen Änderung des § 89b HGB* (in Kraft seit 5.8.2009) in diesem Zusammenhang zukommt.

Im nächsten Abschnitt soll untersucht werden, wie die Provisionsverluste hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs zu bewerten sind, also welche Ansatzpunkte es zur Ermittlung der relevanten *Kundenbeziehungen* und *Geschäftsverbindungen* gibt. Dabei soll insbesondere auch gezeigt werden, wie Provisionsanspruch und Ausgleichsanspruch dichotomisch voneinander abzugrenzen sind, woraus ansatzweise die spezifische *Logik der Ausgleichsfähigkeit* im Einzelfall, also bei einzelnen in Frage stehenden Geschäften bzw bei der Betrachtung einzelner Kunden erkennbar werden soll.

Im letzten Kapitel soll schließlich die *zweistufige Berechnungsmethode* zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs dargestellt werden, die von der deutschen Rechtsprechung entwickelt wurde. Es soll auch untersucht werden, wie diese Methode durch den OGH in die österreichische Rechtsprechung integriert wurde. Dafür wurde ausgewählte relevante Judikatur des OGH der Jahre 2000 bis 2007 untersucht, worin die wesentlichen Ausführungen zur Berechnung jeweils schematisch dargestellt werden. Als Ergebnis findet sich daran angeschlossen eine tabellarische Darstellung der *Chronologie der wesentlichen Entscheidungselemente* der zitierten Entscheidungen, sowie eine tabellarische *theoretische Darstellung der Berechnungsmethode*. Außerdem wird in diesem Kapitel ein Blick in andere Systeme geworfen, ohne allerdings an dieser Stelle einen umfassenden Vergleich durchzuführen.

¹⁰ EG-Vertrag über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980.

II. Der Handelsvertreter

A. Wirtschaftliche Bedeutung der Absatzmittlung

In diesem Abschnitt soll die theoretische Position der Handelsvertretung in der Absatzmittlung dargestellt werden. Da für den gesamten Unternehmenserfolg auch der Erfolg beim Absatz der Produkte entscheidend ist, kommt der Auswahl der Vertriebsformen dementsprechende Bedeutung zu. Dabei ist zwischen indirekten und direkten Vertriebsformen zu unterscheiden; der Handelsvertretung kommt dabei im indirekten Vertrieb eine bedeutende Stellung zu.

1. Der indirekte Vertrieb

Wählt der Unternehmer den indirekten Vertrieb, so verkauft er das Produkt an einen Einzel- oder Großhändler.¹¹ Der Großhändler wiederum verkauft es an Einzelhändler weiter – zumeist existieren hierbei aber Mischformen mit getrennten Angeboten des Großhändlers an Einzelhändler und an Endabnehmer¹². Mit diesem Vertrag mit Groß- oder Einzelunternehmer ist für den Produzenten das Produkt abgegeben; er wählt diese Methode dann, wenn er sich nicht mehr mit der weiteren Vermarktung befassen will.¹³ Aus Werbe- und Imageüberlegungen heraus wird vielfach dennoch ein darüber hinausgehendes Service – etwa Information und Garantie – angeboten.¹⁴ Dies aber nicht etwa aus vertraglicher Verpflichtung dem Einzel- oder Großhändler gegenüber, sondern – neben der Werbewirksamkeit – zur Abkürzung einer eventuellen deliktischen Produkthaftung.¹⁵

Historisch gesehen war der indirekte Vertrieb in Deutschland bis in die Nachkriegszeit vorherrschend. Produktion, Großhandel und Einzelhandel waren gänzlich getrennt und außer den drei direkten Absatzformen der Filialen, Handelsvertreter und Kommissionsagenten, ist

¹¹ Kalss / Schauer, Allgemeines Handelsrecht 233.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

der Vertrieb vor allem über Handelsunternehmen erfolgt, die rechtlich und wirtschaftlich selbständig waren und von allen Produzenten beliefert werden konnten.¹⁶ Martinek spricht hier von einer „*Stufenreinheit des Absatzgefüges*“ – ja gar von „*Funktionsabsolutismus*“.¹⁷ Die Industrie hatte noch nicht erkannt, dass sie ihre unternehmerischen Entscheidungen an die Absatzziele binden sollte und das auch und gerade die Beeinflussung der Absatzmärkte für sie überlebenswichtig werden sollte, um nicht ganz den unberechenbaren Veränderungen der Märkte ausgeliefert zu sein.¹⁸ Dieser *Marketinggedanke* erst, in Kombination mit einer Intensivierung der Herstellerkonkurrenz und dem Aufkommen von Käufermärkten nach dem Zweiten Weltkrieg sollte diesen „*Funktionsabsolutismus*“ aufbrechen.¹⁹ Schließlich mündete diese Entwicklung in der Bemühung, in Kombination mit Marketingstrategien direkt – wenn auch nicht unbedingt unmittelbar, wie ich weiter unten ausführen möchte – die Distanz zu den Endabnehmern zu vermindern.²⁰

2. Der direkte Vertrieb

Soweit ausreichend Kapital vorhanden ist kann die Annäherung an die Endabnehmer durch unmittelbaren Direktvertrieb erfolgen. Es ist dies aber auch im weniger kapitalaufwendigen *mittelbaren Direktvertrieb* – durch zunehmende Bindung der Absatzmittler und verstärkte Einflussnahme auf die Art ihres Auftretens am Markt – möglich.²¹ Die Einführung des Marketinggedankens in die Absatzpolitik sollte also schließlich zur Entwicklung integrierter Distributionssysteme führen, die man rechtlich als „*zunehmende Verdichtung vertikaler Kooperation*“²² verstehen kann.

Der *unmittelbare Direktvertrieb* wiederum kann durch Verkaufsniederlassungen, angestellte Außendienstmitarbeiter oder Versandhandel – vor allem über elektronische Medien – erfolgen.²³ Der Produzent organisiert hier also selbst den gesamten Absatz und kontrahiert

¹⁶ Martinek, Vom Handelsvertreterrecht zum Recht der Vertriebssysteme 78.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Martinek, Vom Handelsvertreterrecht zum Recht der Vertriebssysteme 79.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Martinek, Vom Handelsvertreterrecht zum Recht der Vertriebssysteme 86.

²² Ibid.

²³ Kalss/Schauer, Allgemeines Handelsrecht 234.

mit dem Endabnehmer, wobei der Vorteil dieser Methode für ihn darin liegt, dass er die Marktentwicklung selbst gestalten kann.²⁴

Die Attraktivität des Direktvertriebs im Allgemeinen liegt in der Einflussnahme auf den Verkauf an die Endabnehmer und den Marketingeffekt der verstärkten Marktpräsenz eines Unternehmens. Der offensichtliche Nachteil ist der hohe Kapitalaufwand der zur Einrichtung bzw zur Erhaltung solcher Vertriebskanäle getätigt werden muss. Die Praxis kombiniert oft mehrere solcher Absatzwege.²⁵

Handelsvertreter spielen eine bedeutende Rolle, wie die folgende Statistik ihrer deutschen Interessensvertretung CDH zeigt.

3. Statistik der CDH zur Handelsvertretung in Deutschland

Laut Statistik der Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb (CDH), der deutschen Interessensvertretung der Handelsvertreter, beträgt der Umsatz der Handelsvertretung zwischen Industriekunden – also Unternehmen verschiedener oder gleicher Wirtschaftsstufen der Industrie (Industrie/Handel bzw Industrie/Industrie) – bereits beinahe 180 Mrd. Euro jährlich. Insgesamt wird rund 26 % des verfügbaren Warenangebots in Deutschland über Handelsvertretungen vermittelt, wobei 47 % der Handelsvertreter mindestens einen ausländischen Hersteller vertreten und 35 % der Handelsvertreter zusätzlich auch als Vertrags- bzw Eigenhändler tätig sind.²⁶

B. Entwicklung der österreichischen Rechtsquellen des Handelsvertreterrechts

Als 1938 das deutsche HGB in Österreich übernommen wurde, waren die Bestimmungen über den Handelsvertreter (damals „*Handlungsagent*“) davon ausgenommen. Vielmehr galt das österreichische Handelsvertretergesetz 1921 (HVG) weiter, das erst vom Handelsvertretergesetz (HVertrG) 1993 derogiert wurde. Dies allerdings vorerst nur teilweise,

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ http://www.cdh.de/user/eesy.de/cdh24.de/dwn/text_handelsvertreterrecht.pdf; siehe auch Küstner/Thume, Handbuch 2, unter Rückgriff auf ältere Statistik der CDH mwN.

da das HVG noch in seinem § 29 die Zivilmäkler – das sind insbesondere gewerbsmäßig agierende Immobilienmakler und Kreditvermittler – mit normierte.

Das neue HVertrG derogierte somit materiell nur den Teil des HVG, der sich auf die Handelsvertreter bezog: Es kam also bis zur Normierung des MaklerG 1996 zu dem „*absurden Ergebnis*“²⁷, dass zwei Handelsvertretergesetze nebeneinander bestanden.

Das HVertrG 1993 wurde anlässlich der EG-RL vom 18. 12. 1986 erlassen, die einen ersten Schritt zur europaweiten Vereinheitlichung des Rechts der Handelsvertreter darstellen sollte. Bezüglich der subsidiären Geltung anderer Normen verweist das HVertrG selbst in § 28 Abs 2 dynamisch auf die entsprechenden Normen des HGB und ABGB. Krejci schreibt, dass die Normen des Auftrages und des freien Dienstvertrages im Handelsvertreterrecht kombiniert werden daher die entsprechenden allgemeinen Regeln primär maßgeblich wären.²⁸ Gemeint sind wohl die §§ 1002ff ABGB, die den Bevollmächtigungsvertrag normieren, sowie die §§ 1151ff ABGB bez des Dienstvertrages, soweit hier kein Arbeitsvertragsverhältnis gegeben ist, oder sofern in den Spezialgesetzen nichts Abweichendes normiert ist.²⁹

Historisch erste Vorläuferbestimmung des § 24 HVertrG war der § 25 HVG 1921. Dieser normierte – unter gewissen Voraussetzungen – eine Entschädigung des Handelsagenten im Falle der Lösung des Auftragsverhältnisses durch den Geschäftsherrn vor dem Ablauf von drei Jahren bei Fortbestehen des Kundenstammes. Dabei war eine „*angemessene Entschädigung*“ normiert, nicht aber eine Höchstgrenze.

²⁷ Weilinger, Zum Anwendungsbereich der zwei Handelsvertretergesetze, RdW 1993, 7.

²⁸ Krejci, Unternehmensrecht 376.

²⁹ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen, 15.

III. Vergleich ausgewählter Bestimmungen des deutschen, österreichischen und französischen Handelsvertreterrechts

In diesem Kapitel sollen zentrale gesetzliche Pflichten der beiden Vertragsparteien eines deutschen, österreichischen und französischen Handelsvertretervertrages beispielhaft dargestellt und verglichen werden. Dadurch soll einerseits Unterschiede und Gemeinsamkeiten verdeutlicht werden, andererseits soll in diesem Kontext auch insbesondere auf die Provisionsarten eingegangen werden, deren Bedeutung für den Ausgleichsanspruch und die Ausgleichsberechnung im Folgekapitel argumentiert wird.

Beginnend mit der Begrifflichkeit und Definition des Handelsvertreters, soll auf zentrale Pflichten wie etwa die Interessenwahrungspflicht (auch in Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverbot während aufrechten Vertrages und nach Vertragsende), Informationspflichten und Pflicht zur Weisungsbefolgung eingegangen werden, sowie auch auf zentrale Unternehmerpflichten, insbesondere die Überlassung von Unterlagen und Informationspflichten, sowie die Pflicht zur Zahlung von Provisionen und in diesem Zusammenhang auch einzelne Provisionsarten. Es soll schließlich auch in diesem Kontext noch kurz auf den Ausgleichsanspruch³⁰ des Handelsvertreters eingegangen werden.

A. Definition des Handelsvertreters

1. Definition des Handelsvertreters in der Richtlinie

Art 1 Abs 2 der Richtlinie definiert den Handelsvertreter wie folgt: *„Handelsvertreter im Sinne dieser Richtlinie ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für eine andere Person (im folgenden Unternehmer genannt) den Verkauf oder den Ankauf von Waren zu vermitteln oder diese Geschäfte im Namen und für Rechnung des Unternehmens abzuschließen.“*

³⁰ Spezifischere Fragen zum Recht der Provisionsverluste im Rahmen der Ausgleichsberechnung, sowie zu Berechnungsmethoden werden in eigenen Kapiteln dieser Arbeit eingehender behandelt.

Art 1 Abs 3 der Richtlinie schränkt aber ein: *„Handelsvertreter im Sinne dieser Richtlinie ist insbesondere nicht eine Person, die als Organ befugt ist, für eine Gesellschaft oder Vereinigung verbindlich zu handeln; ein Gesellschafter, der rechtlich befugt ist, für die anderen Gesellschafter verbindlich zu handeln; ein Zwangsverwalter (receiver), ein gerichtlich bestellter Vermögensverwalter (receiver and manager), ein Liquidator (liquidator) oder ein Konkursverwalter (trustee in bankruptcy).“*

Auf Grund der europäischen Harmonisierung des Handelsvertreterrechts sind die Definitionen des Handelsvertreterbegriffs in Deutschland, Österreich und Frankreich recht ähnlich.

2. Deutscher Handelsvertreterbegriff

Der Handelsvertreterbegriff ist in § 84 Abs 1 Satz 1 HGB gesetzlich wie folgt normiert:

„Handelsvertreter ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen.“

Vier Merkmale sind also für die Definition des deutschen Handelsvertreters maßgebend: Der Handelsvertreter muss selbständig sein. *„Selbständig“* gem § 84 Abs 1 Satz 2 HGB ist wer seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit frei bestimmen kann.³¹ Maßgebend für die Beurteilung, ob der Handelsvertreter selbständig ist, ist nach herrschender deutscher Lehre und ständiger Rechtsprechung des BGH das Gesamtbild der vertraglichen Gestaltung und der tatsächlichen Handhabung (*Schwerpunkttheorie*³²), nicht jedoch die von den Vertragsparteien gewählte Vertragsbezeichnung.³³ Die persönliche Unabhängigkeit unterscheidet den Handelsvertreter von einem Handlungsgehilfen (angestellten Provisionsvertreter).³⁴

In Zweifelsfällen werden alle in Betracht kommenden Kriterien gegeneinander abgewogen und nach Überwiegen entschieden, ob ein Handelsvertreter- oder ein Angestelltenverhältnis vorliegt³⁵:

³¹ Hopt, Handelsvertreterrecht 27.

³² Hopt, Handelsvertreterrecht 28.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Fock, Richtlinie 71 ff.

- Für den Status als unselbständigen Arbeitnehmer sprechen etwa: Anwendung tarifvertraglicher Bestimmungen, Zahlung von Beiträgen an Arbeitnehmervertretungen, Urlaubsanspruch, Zahlung von Urlaubsentgelt, Beitragspflicht in der Rentenversicherung.³⁶
- Indizien für die Selbständigkeit können sein: Der in Vertrag und Vertragsdurchführung zum Ausdruck kommende Parteiwille, das Vorhandensein eines eigenen Unternehmens und Tragen des Unternehmerrisikos, das Fehlen von Weisungsgebundenheit bzw persönlicher Abhängigkeit, aber auch die Eintragung der Vertreterfirma ins Handelsregister, die Führung eigener Handelsbücher und die Tätigkeit für mehrere Unternehmen.³⁷
- Neutral zu bewerten sind etwa das Fehlen einer Innen- bzw Außenorganisation, ein Wettbewerbsverbot oder mangelnder eigener Kapitaleinsatz.³⁸

Der Handelsvertreter muss zwar ein Gewerbe betreiben, wobei nach § 84 Abs 4 HGB ein Kleingewerbe ausreichend ist³⁹, er muss aber nicht unbedingt Kaufmann sein.⁴⁰ Der Handelsvertreter muss für einen anderen („Unternehmer“) Geschäfte vermitteln oder in dessen Namen abschließen. Er wird für den Unternehmer dabei in dessen Namen und auf dessen Rechnung tätig. Dabei trifft den Handelsvertreter insbesondere eine Tätigkeits- und Interessenwahrungspflicht.⁴¹

Der Handelsvertreter muss auch ständig vom Unternehmer betraut sein, wobei seine Tätigkeit auf Abschluss oder Vermittlung von Geschäften gerichtet sein muss. Es handelt sich um ein

³⁶ Hopt, Handelsvertreterrecht 27ff.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Hopt, Handelsvertreterrecht 27.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Hopt, Handelsvertreterrecht 31; siehe unten.

Dauerschuldverhältnis⁴² und nach herrschender Meinung um einen Dienstvertrag in Form eines Geschäftsbesorgungsvertrages gem der §§ 611 und 675 BGB.⁴³

3. Österreichischer Handelsvertreterbegriff

Gem § 1 Abs 1 HVertrG ist selbständiger Handelsvertreter: wer von einem Unternehmer mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften (ausgenommen über unbewegliche Sachen) in dessen Namen und für dessen Rechnung ständig betraut ist und diese Tätigkeit selbständig und gewerbsmäßig ausübt.⁴⁴ Handelsvertreter können physische Personen sein, aber auch juristische Personen und eingetragene Personenhandelsgesellschaften.⁴⁵ Der Handelsvertreter handelt jedenfalls im Namen und auf Rechnung eines Unternehmers.⁴⁶ Die einzelnen Umstände, die in die Überlegung, ob eine Arbeitnehmereigenschaft oder die für die Handelsvertretereigenschaft nötige Selbständigkeit vorliegen sind nach herrschender Lehre nicht einzeln, sondern in ihrer Gesamtheit zu beurteilen und die einzelnen Merkmale sind dabei nach ihrer Bedeutung zu gewichten.⁴⁷ Entscheidende Merkmale einer Arbeitnehmereigenschaft sind dabei unter anderem wirtschaftliche Abhängigkeit⁴⁸, Berichtspflicht und Weisungsgebundenheit.⁴⁹ Der Handelsvertreter steht mit dem Unternehmer in einer Dauerschuldverhältnis.⁵⁰

Der Unternehmerbegriff ist hier möglichst weit zu verstehen und weder Richtlinie, noch HVertrG stellen an den Unternehmerbegriff besondere Anforderungen.⁵¹ Der Unternehmer kann jeder „andere“ sein, auf den nicht etwa besondere (Unternehmer)Eigenschaften zutreffen

⁴² Hopt, Handelsvertreterrecht 32.

⁴³ Hopt, Handelsvertreterrecht 39.

⁴⁴ Dazu im Einzelnen auch Krejci, Unternehmensrecht, 374.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Nocker, Kommentar, 29, 48f, 51.

⁴⁷ Nocker, Kommentar, 66.

⁴⁸ Dazu auch OGH 6 Ob 83/03d vom 10.7.2003.

⁴⁹ Dazu auch OGH 2 Ob 82/95 vom 30.10.1995.

⁵⁰ Nocker, Kommentar, 52.

⁵¹ Nocker, Handelsvertretervertrag 27ff.

müssen.⁵² Die vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte sind in der Regel Handelsgeschäfte.

Die Gewerbsmäßigkeit entspricht dem von Lehre und Rechtsprechung zum vormaligen österreichischen HGB, seit 1.1.2007 dem UGB, entwickelten Begriff⁵³ und ist nach herrschender Lehre jede *selbständige* (dh rechtlich unabhängige), *auf Dauer angelegte* und *berufsmäßig organisierte* (dh nicht nur eine gelegentliche Einnahmequelle), idR *auf Gewinn* (aber auf zumindest kostendeckenden Erwerb) *gerichtete, nicht freiberufliche* Tätigkeit (dh va jene Tätigkeiten, für die es eine eigene gesetzliche Interessenvertretung gibt), die *wirtschaftlich werthafte Leistungen am Markt anbietet*.⁵⁴

4. Französischer Handelsvertreterbegriff

Nach dem Gesetz vom 25.6.1991, das seit 1. Jänner 1994 auch rückwirkend auf alle Handelsvertreterverträge angewendet wird und am 21.9.2000 als Art L 134-1 ff in den Code de Commerce integriert wurde, ist der Handelsvertreter gemäß Art L 134-1 Code de Commerce in folgender Weise definiert:

„Un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé de façon permanente de négocier, et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d’achat, de location ou de prestations de services au nom et pour le compte de producteurs, d’industriels, de commerçants ou d’autres agents commerciaux.“ Ein Bevollmächtigter, der als selbständiger Gewerbetreibender und ohne durch einen Dienstvertrag gebunden zu sein, dauerhaft damit beauftragt ist, Verkaufsverträge, Kaufverträge, Mietverträge oder Dienstleistungsverträge im Namen und für Rechnung von Herstellern, Industriellen, Kaufleuten oder anderen Handelsvertretern zu vermitteln oder abzuschließen.⁵⁵

⁵² Ibid.

⁵³ Nocker, Kommentar, 74ff.

⁵⁴ Krejci, Unternehmensrecht, 38ff.

⁵⁵ Übersetzung vom Verfasser.

Der Handelsvertreter ist Mandatar eines Auftragsvertrages; diesbezüglich wird auch in ständiger Rechtsprechung die zivilrechtliche Eigenschaft des Handelsvertretervertrages judiziert.⁵⁶ Er ist jedenfalls gewerbsmäßig tätig (*un professionnel*)⁵⁷ und selbständig (*indépendant*)⁵⁸. In Zusammenhang mit dem einem Handelsvertretervertrag zugrunde liegenden zivilrechtlichen Auftrag (*mandat*) gemäß Art 1984 Code civil fehlt ihm nach der Judikatur des Cour de Cassation die Kaufmannseigenschaft (*la qualité de commerçant*), wodurch er nicht in das französische Handelsregister eingetragen sein muss.⁵⁹ Eine Eintragung wird nach der Rechtsprechung allerdings dann nötig, wenn er Untervertreter engagieren möchte.⁶⁰

B. Pflichten des Handelsvertreters laut Richtlinie

Die Richtlinie formuliert die Hauptpflichten des Handelsvertreters in Art 3 wie folgt:

„Bei der Ausübung seiner Tätigkeit hat der Handelsvertreter die *Interessen des Unternehmers* wahrzunehmen und sich nach den Geboten von *Treu und Glauben* zu verhalten. Im Besonderen muss der Handelsvertreter

- a) sich in angemessener Weise für die *Vermittlung und gegebenenfalls den Abschluss* der ihm anvertrauten Geschäfte einzusetzen
- b) dem Unternehmer die erforderlichen ihm zur Verfügung stehenden *Informationen* übermitteln
- c) den vom Unternehmer erteilten angemessenen *Weisungen* nachkommen.“

⁵⁶ Lamy 2009, 1439 (4036).

⁵⁷ Lamy 2009, 1440 (4038f).

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Lamy 2009, 1439 (4036).

⁶⁰ Ibid.

C. Die Interessenwahrungspflicht als Hauptpflicht des Handelsvertreters

1. Die Interessenwahrungspflicht im deutschen Handelsvertreterrecht

Die Umsetzung ins deutsche Recht erfolgte durch § 86 HGB, wonach der Handelsvertreter sich um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften zu bemühen hat und hierbei das Interesse des Unternehmens wahrzunehmen hat.

Er hat dem Unternehmer weiters gemäß Abs 2 die erforderlichen Nachrichten zu geben und ihm von jeder Geschäftsvermittlung und von jedem Geschäftsabschluss unverzüglich Mitteilung zu machen. Er hat außerdem gemäß Abs 3 seine Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.

Es werden insbesondere eine Bemühenspflicht (Bemühung um die Erfüllung seines Auftrags ohne eine eigentliche Pflicht zur Markt-, Produkt- oder Kundenpflege, bzw zu Marktanalysen)⁶¹, sowie eine allgemeine Interessenwahrungspflicht (Bonitätsprüfung, Nachrichts- und Verschwiegenheitspflicht)⁶² normiert.

2. Die Interessenwahrungspflicht im österreichischen Handelsvertreterrecht

Im österreichischen Recht sind die Pflichten des Handelsvertreters in § 5 HVertrG normiert. Die Interessenwahrung ist dabei die Hauptpflicht des Handelsvertreters: § 5 HVertrG normiert hierfür den Sorgfaltsmaßstab des ordentlichen Kaufmanns. Dies ist nach Krejci *„nicht bloß eine vertragliche Nebenpflicht, wie sie in anderen Schuldverhältnissen auch zu finden ist, sondern die tragende Hauptpflicht des Handelsvertreters“*.⁶³ Sie entspricht – gleichsam als Kehrseite – seiner hohen Eigenverantwortung, da der Handelsvertreter ja von sich aus tätig wird und selbständig für den Unternehmer kontrahiert, allerdings darf diese Pflicht auch nicht

⁶¹ Hopt, Handelsvertreterrecht, 41ff.

⁶² Hopt, Handelsvertreterrecht, 44ff.

⁶³ Krejci, Unternehmensrecht, 376.

zu extensiv ausgelegt werden, da sonst eine persönliche Abhängigkeit des Handelsvertreters herausgelesen werden könnte.⁶⁴

Ausfluss der Interessenwahrungspflicht ist auch die Verschwiegenheitspflicht (bezüglich aller Angelegenheiten, die dem Unternehmer schaden könnten).⁶⁵

§ 5 HVertrG normiert des Weiteren einerseits eine Pflicht des Handelsvertreters, sich um den Abschluss von Geschäften zu bemühen, andererseits auch ein Informationsrecht des Unternehmers, dem der Handelsvertreter unverzüglich von abgeschlossenen Geschäften in Kenntnis zu setzen hat. Dieses als Mitteilungspflicht des Handelsvertreters ausgestaltetes Informationsrecht ist jedenfalls als Bringschuld anzusehen.⁶⁶

§ 7 HVertrG normiert das Verbot der Belohnungsannahme, soweit diese die Interessen des Unternehmers schädigen könnte.⁶⁷ Der Unternehmer könnte der Belohnung allerdings zustimmen. Rechtmäßig würde sie auch durch Handelsbrauch – ein solcher wurde allerdings noch nicht festgestellt.⁶⁸

Ein gesetzliches Wettbewerbsverbot, das dem Handelsvertreter die Tätigkeit für mehrere Unternehmer untersagen würde besteht zwar nicht explizit, erwächst aber grundsätzlich aus der Interessenwahrungspflicht.⁶⁹ Jedenfalls darf aus einer solchen Tätigkeit den einzelnen Unternehmern kein Schaden erwachsen.⁷⁰ In der Praxis ist das Konkurrenzverbot allerdings eine häufige Vertragsklausel, deren Erstreckung auf die Zeit nach Vertragsauflösung allerdings gem § 25 HVertrG nicht zulässig sein kann.

3. Die Interessenwahrungspflicht im französischen Handelsvertreterrecht

Die Umsetzung ins französische Recht erfolgte durch den Art L 134-4 Code de Commerce:

⁶⁴ Nocker, Kommentar 176.

⁶⁵ Nocker, Kommentar 170.

⁶⁶ Nocker, Kommentar 174ff.

⁶⁷ Nocker, Kommentar 207ff.

⁶⁸ Nocker, Kommentar 209.

⁶⁹ Nocker, Kommentar 159.

⁷⁰ Ibid.

„Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties. Les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information. L'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel. Le mandant doit mettre l'agent en mesure d'exécuter son mandat.“ Handelsvertreterverträge werden durch übereinstimmende Willenserklärung von Handelsvertretern und Auftraggebern geschlossen und sind von gegenseitiger Interessenwahrungs- und Informationspflicht bestimmt. Der Handelsvertreter hat seinen Auftrag als sorgfältiger Geschäftsmann auszuführen. Der Auftraggeber hat den Handelsvertreter die Auftragserfüllung zu ermöglichen.⁷¹

Der französische Gesetzgeber hat die Pflichten des Handelsvertreters und des Unternehmers bezüglich der „*Obligations de loyauté et d'information*“ (Interessenwahrungs- und Informationspflichten⁷²) also in einer Vorschrift zusammengefasst.⁷³ Hinsichtlich der Verpflichtung des Auftraggebers bezieht sich die Bestimmung darauf, dass dieser den Handelsvertreter soweit unterstützen und informieren hat, wie dies für die Auftragserfüllung nötig ist. Diese Bestimmung ist vom Wortlaut der Richtlinie zwar weiter entfernt als die deutsche und österreichische Umsetzung, jedoch muss wohl eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift zu einem identischen Pflichtenkatalog führen.

D. Das Wettbewerbsverbot

1. Das Wettbewerbsverbot während aufrechten Vertrages

a) Das Wettbewerbsverbot in der Richtlinie

Im Gegensatz zur nachvertraglichen Wettbewerbsabrede⁷⁴ (dh eine unter bestimmten Bedingungen zulässige Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes gemäß

⁷¹ Übersetzung vom Verfasser.

⁷² Übersetzung vom Verfasser.

⁷³ Siehe auch Lamy, 1448 / 4066.

⁷⁴ Siehe unten.

Art 20 der Richtlinie) ist ein Wettbewerbsverbot während aufrechten Vertrages nicht ausdrücklich in der Richtlinie geregelt.

b) Das Wettbewerbsverbot im deutschen Handelsvertreterrecht

Die deutsche Lehre leitet allerdings einhellig für die Dauer des Vertrages ein Wettbewerbsverbot aus der allgemeinen Interessenwahrungspflicht des Handelsvertreters ab, und zwar auch ohne besondere vertragliche Vereinbarung.⁷⁵ Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot bedarf dagegen einer solchen zusätzlichen Vereinbarung und unterliegt ganz bestimmten Formvorschriften.⁷⁶

Die Tätigkeit des Handelsvertreters für ein Konkurrenzunternehmen stellt jedenfalls dann einen Grund zur fristlosen Kündigung dar, wenn der Unternehmer dem nicht zugestimmt hat, was wird vom BGH unter Anlegung eines sehr strengen Maßstabes geprüft wird.⁷⁷ Kein solcher Verstoß gegen Vertrauensgrundsätze liegt nach der deutschen Rechtsprechung hingegen dann vor, wenn der Umsatz des Unternehmers gar nicht berührt sein kann, weil ganz andere Kundenkreise berührt sind und in der Tätigkeit des Handelsvertreters daher gar kein Nachteil des Unternehmers gesehen werden kann.⁷⁸

c) Das Wettbewerbsverbot im österreichischen Handelsvertreterrecht

Auch im österreichischen Handelsvertreterrecht wird das Verbot des Wettbewerbs während aufrechten Vertrages aus der Interessenwahrungspflicht des Handelsvertreters hergeleitet.⁷⁹ Dies beinhaltet nicht nur die Übernahme von Konkurrenzprodukten, sondern wird weitergehend ausgelegt, wodurch jede Förderung fremden Wettbewerbs als Absatzmittler, Konsument oder Lieferant, oder gar nur durch Hilfsdienste darunter fällt. Dies wird in der Lehre unter Rückgriff auf die Materialien zur Vorgängerbestimmung des § 2 HVG 1921 – mit dem Argument, dass der § 2 HVG 1921 durch die Nachfolgebestimmung des § 5 HVertrG

⁷⁵ Hopt, Handelsvertreterrecht 45.

⁷⁶ Siehe unten; vgl dazu auch § 90a HGB.

⁷⁷ Küstner/Thume, Handbuch 559.

⁷⁸ Küstner/Thume, Handbuch 561.

⁷⁹ Nocker, Kommentar 159.

1993 keine inhaltliche Änderung erfahren sollte⁸⁰ – jedoch dahingehend relativiert, dass es kein gesetzlich begründetes *absolutes Konkurrenzverbot* geben soll, das dem Handelsvertreter etwa die eigene Tätigkeit in dem Geschäftszweig des Unternehmers allgemein verbieten würde; die Abgrenzung soll vielmehr im Einzelfall hinsichtlich einer möglichen unmittelbaren Schädigung des Unternehmers erfolgen.⁸¹

d) Das Wettbewerbsverbot im französischen Handelsvertreterrecht

Im französischen Recht ist das vertragliche Konkurrenzverbot nicht erst mittelbar aus der Interessenwahrungspflicht abzuleiten, sondern aus der alten Rechtslage das in Art L 134-3 Code de commerce normierte explizite Verbot beibehalten⁸²:

„L’agent commercial peut accepter sans autorisation la représentation de nouveaux mandants. Toutefois, il ne peut accepter la représentation d’une entreprise concurrente de celle de l’un de ses mandants sans accord de ce dernier.“ Der Handelsvertreter kann ohne Genehmigung seines Auftraggebers auch für andere Auftraggeber tätig werden, allerdings ist die Einwilligung seines Auftraggebers dann nötig, wenn es sich dabei um Konkurrenzunternehmen handelt.⁸³

Ein Verstoß gegen diese Bestimmung rechtfertigt nach ständiger französischer Rechtsprechung die Kündigung (*rupture*) des Handelsvertreter, ohne dass diesem Schadenersatzansprüche (*indemnité*) gewährt würden.⁸⁴ Allerdings kann auch vertraglich eine Exklusivitätsklausel vereinbart werden (*clause d’exclusivité*); diesfalls darf der Handelsvertreter überhaupt keine Aufträge von anderen Geschäftsherren annehmen.⁸⁵

2. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot

⁸⁰ Nocker, Kommentar 160.

⁸¹ Ibid.

⁸² Lamy 2009, 1448 (4067).

⁸³ Übersetzung vom Verfasser.

⁸⁴ Lamy 2009, 1448 (4067).

⁸⁵ Lamy 2009, 1449 (4067).

a) Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in der Richtlinie

Art 20 Abs 2 und 3 der Richtlinie sehen vor, dass die Vertragsparteien ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbaren können, wenn sie bestimmte Bedingungen einhalten:

- Eine Wettbewerbsabrede ist nur gültig, wenn und soweit sie
 - schriftlich getroffen worden ist und
 - sich auf den dem Handelsvertreter zugewiesenen Bezirk oder Kundenkreis sowie auf Warengattungen erstreckt, die gemäß dem Vertrag Gegenstand seiner Vertretung sind.

- Eine Wettbewerbsabrede ist längstens zwei Jahre nach Beendigung des Vertragsverhältnisses wirksam.

Abs 4 der Bestimmung sieht außerdem vor, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie weitere Beschränkungen vorsehen dürfen, bzw die Richtlinie strengere Vorschriften in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht berührt, sowie auch Vorschriften, die den Gerichten eine mildere Auslegung der Verpflichtungen der Parteien aus so einer Vereinbarung ermöglichen.

b) Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im deutschen Handelsvertreterrecht

Der deutsche Gesetzgeber hat von der in Art 20 der Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht und in § 90a HGB die Möglichkeit normiert, dass ein Konkurrenzverbot unter den in der Richtlinie formulierten Voraussetzungen vereinbart werden darf.

In § 90a HGB wurde zusätzlich die Bedingung aufgenommen, dass der Handelsvertreter für die Wettbewerbsabrede eine angemessene Entschädigung erhalten muss. Hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs wurde judiziert, dass ein Fehlen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes in einem Handelsvertretervertrag zu einer Minderung des

Ausgleichsanspruchs führen kann, daher zu Lasten des Ausgleichsanspruchs gehen kann, was allerdings von der deutschen Lehre teilweise kritisiert wird.⁸⁶

c) Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im österreichischen Handelsvertreterrecht

Im Gegensatz zur Umsetzung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes gemäß den Vorgaben der Abs 2 und 3 der Art 20 der Richtlinie, wurde in Österreich vom Abs 4 Gebrauch gemacht und mit § 25 HVertrG (bereits zuvor § 26 HVG) generell die Unwirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots beibehalten. Bei der Abgrenzung zu wettbewerbswidrigem Verhalten orientiert sich die österreichische Lehre an der deutschen Rechtsprechung.⁸⁷ Wenn der Handelsvertreter unmittelbar nach Ende des Vertragsverhältnisses Kunden des Unternehmers abwirbt, kann dieser das zwar nicht verhindern, allerdings kann sich dadurch auch die im Rahmen der Ausgleichsberechnung ins Treffen geführte Abwanderungsquote entsprechend erhöhen.⁸⁸

d) Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot (*Non-concurrence post-contractuelle*) im französischen Handelsvertreterrecht

Das französische Gesetzgeber hat sich bei der Abfassung Artikel L 134-14 Code de commerce an die Richtlinie gehalten: *„Le contrat peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat. Cette clause doit être établie par écrit et concerner le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confiés à l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation aux termes du contrat. La clause de non-concurrence n'est valable que pour une période maximale de deux ans après la cessation d'un contrat.“* Der Vertrag kann eine nachvertragliche Wettbewerbsklausel enthalten, die schriftlich vereinbart werden muss und das im Vertrag vereinbarte Gebiet, sowie gegebenenfalls die anvertrauten Kunden, sowie die vermittelten Sachen oder Dienstleistungen umfasst. Die Vereinbarung kann nur für einen Zeitraum von maximal zwei Jahren ab Vertragsende getroffen werden.⁸⁹

⁸⁶ Küstner/Thume, Handbuch 404f unter Hinweis auf OLG Braunschweig 8.3.1968, RVR 1968, 173, 176.

⁸⁷ Nocker, Kommentar 809.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Übersetzung vom Verfasser.

Die französische Rechtsprechung interpretiert diese Bestimmung in einem größeren Zusammenhang der Grundprinzipien des freien Handels und des freien Wettbewerbs und judiziert Art L 134-14 Code de commerce im Lichte des Erfordernisses der Verhältnismäßigkeit (*l'exigence de proportionnalité*). Zumindest muss im Einzelfall sichergestellt sein, dass eine solche Vertragsklausel den Handelsvertreter nicht daran hindern kann, nach Vertragsende seinen Beruf voll auszuüben.⁹⁰

E. Ausgewählte weitere Pflichten des Handelsvertreters und Unternehmers in deutschem, österreichischem und französischem Handelsvertreterrecht

1. Informationspflichten

Art 3 Abs 2 lit b der Richtlinie normiert die Informationspflicht des Handelsvertreters bezüglich der erforderlichen, ihm zur Verfügung stehenden Informationen. § 86 Abs 2 HGB lautet dazu: *„Der Handelsvertreter hat dem Unternehmer die erforderlichen Nachrichten zu geben. Insbesondere muss er ihm von jeder Geschäftsvermittlung und von jedem Geschäftsabschluss unverzüglich Mitteilung machen.“*

Inhaltlich gleich ist diese Pflicht im § 5 HVertrG normiert. Der Handelsvertreter ist weiters verpflichtet, den Unternehmer auf Verlangen unverzüglich vom Stand der Bemühungen und über die Aussicht auf anstehende Vertragsabschlüsse zu informieren, bzw Zwischenberichte anzufertigen, und nach Abschluss von Geschäften Rechenschaft abzulegen.⁹¹

In Frankreich sind die diesbezüglichen Bestimmungen der Richtlinie nunmehr in Art R 134-2 Code de Commerce normiert: *„Il communique à l'agent commercial les informations nécessaires à l'exécution du contrat. Il l'avise dans un délai raisonnable, notamment s'il prévoit que le volume des opérations sera sensiblement inférieur à celui auquel l'agent commercial aurait pu normalement s'attendre.“* [Der Auftraggeber] lässt dem Handelsvertreter alle Informationen zukommen, die dieser zur Erfüllung seines Auftrags benötigt. Er hat ihn insbesondere dann ohne Verzögerung zu informieren, wenn der Umsatz

⁹⁰ Lamy 2009, 1464 (4113).

⁹¹ Hopt, Handelsvertreterrecht 53.

voraussichtlich nicht das vom Handelsvertreter erwartete Maß erreichen wird.⁹² Ergänzend dazu bezieht Art L 134-4 Code de commerce ausdrücklich auch den Auftraggeber in die allgemeinen Informationspflichten ein und formuliert eine gegenseitige Verpflichtung: „*Les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par un devoir réciproque d'information*“ Handelsvertreter und Auftraggeber sind verpflichtet, sich gegenseitig zu informieren.⁹³ Diese Umsetzung dieser Bestimmung war im französischen Recht nach der französischen Lehre allerdings deshalb überflüssig, weil diese Verpflichtung bereits von Art 1134 al 3 Code civil (*obligation de bonne foi*) mit umfasst wird.⁹⁴

2. Weisungsrecht des Unternehmers

Art 3 Abs 2 der Richtlinie normiert diese Pflicht ausdrücklich in lit c. Der betreffende Absatz wurde weder ins deutsche und österreichische, noch ins französische Recht übernommen, muss aber im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung der allgemeinen Vorschriften umgesetzt werden.

Dass der Handelsvertreter nach deutschem Recht verpflichtet ist, Weisungen des Unternehmers nachzukommen, folgt einerseits aus der Interessenwahrungspflicht und der Treuepflicht des Handelsvertreters, andererseits auch aus § 665 BGB der normiert ist, dass der Beauftragte dann berechtigt ist, von den Weisungen des Auftragnehmers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Ihre Grenzen findet diese Pflicht in der Selbständigkeit des Handelsvertreters.⁹⁵

Für den österreichischen Handelsvertretervertrag ergibt sich die Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen des Unternehmers aus §§ 1009ff⁹⁶ ABGB über Auftrag und

⁹² Übersetzung vom Verfasser.

⁹³ Übersetzung vom Verfasser.

⁹⁴ Lamy 2009, 1448 (4066).

⁹⁵ Hopt, Handelsvertreterrecht 41 ff.

⁹⁶ Nocker, Kommentar 178ff.

Bevollmächtigung, einer richtlinienkonformen Interpretation des § 5 HVertrG, sowie den Handelsvertretervertrag selbst.⁹⁷

Im französischen Recht folgt die Weisungsgebundenheit des Handelsvertreters aus dem Recht des Auftragsvertrags, konkret aus Art 1991 Code civil: „*Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé.*“ Ein Auftragnehmer hat den Auftrag so auszuführen, wie es ihm aufgetragen wurde. Grenzen des Weisungsrechts liegen dabei im Rechtsmissbrauch und in der Selbständigkeit des Handelsvertreters.⁹⁸

3. Provisionszahlungen

Eine Hauptpflicht des Unternehmers besteht in der Zahlung der Provisionen welche die Gegenleistung des Unternehmers für die Tätigkeit des Handelsvertreters darstellt. Provisionen sind eine erfolgsabhängige Vergütung und berechnen sich nach einem Prozentsatz des Wertes der vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte.⁹⁹ Der Prozentsatz kann zwischen den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit vereinbart werden. Mangels einer vertraglichen Vereinbarung ist gemäß Art 7ff der Richtlinie der für die Tätigkeit und in dem Einsatzgebiet übliche Prozentsatz zu zahlen.

Die Provision betreffende Fragen sind recht genau in der Richtlinie geregelt, wobei den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung wenig Spielraum blieb.

§ 87 Abs 1 Satz 1 1. Fall HGB, entsprechend auch § 8 Abs 2 Satz 1 HVertrG und Art L 134-6 al 1 Code de commerce normieren *Abschlussprovisionen* für Geschäfte, die während des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden sind und für die die Tätigkeit des Handelsvertreters zumindest mit ursächlich war. Unter einem abgeschlossenen Geschäft versteht man, dass der Unternehmer mit dem Dritten einen endgültigen, rechtswirksamen Vertrag geschlossen hat. Das Entstehen eines konkreten Provisionsanspruches aus dem abgeschlossenen Geschäft ist gleichermaßen in § 87a HGB und § 9 HVertrG bzw Art L 134-9 Code de commerce normiert.

⁹⁷ Nocker, Kommentar 179.

⁹⁸ Lamy 2009, 1448 (4065).

⁹⁹ Nocker, Kommentar 219ff.

Provisionen für *Nachbestellungen und Folgegeschäfte* sind dem Handelsvertreter gemäß § 87 Abs 1 Satz 1 2. Fall HGB, § 8 HVertrG und Art L 134-6 al 1 Code de commerce für Geschäfte zu zahlen, die zwar nicht unmittelbar auf die Tätigkeit des Handelsvertreters zurückzuführen sind, aber mit von ihm für gleichartige Geschäfte geworbenen Kunden geschlossen wurden.

Bezirksprovisionen gemäß § 87 Abs 2 HGB, § 8 Abs 4 HVertrG und Art L 134-6 II Code de commerce, stehen solchen Handelsvertretern zusätzlich zu Abschlussprovisionen zu, denen ein bestimmter Bezirk oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen ist (sog *Bezirksvertreter*), auch wenn die betroffenen Geschäfte ohne Mitwirkung des Handelsvertreters mit Kunden seines Bezirks oder Kundenkreises abgeschlossen worden sind. Die Provision ist dann ein Entgelt für die Gesamtbemühungen des Bezirksvertreters, ohne dass bestimmte Leistungen in einer bestimmten Zeit berücksichtigt werden.

Gemäß § 87 Abs 3 HGB, § 8 HVertrG¹⁰⁰ bzw Art L 134-7 Code de commerce, stehen dem Handelsvertreter auch Provisionen für Abschlüsse zu, die *nach Vertragsende* zustande gekommen sind. Danach besteht nur dann der Provisionsanspruch für ein Geschäft, das erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden ist, wenn der Handelsvertreter das Geschäft vermittelt oder eingeleitet hat, oder es eingeleitet und so vorbereitet hat, dass der Abschluss überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist. Das Geschäft muss dabei innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden sein oder das Angebot des Dritten zum Abschluss eines Geschäfts – für das der Handelsvertreter einen Provisionsanspruch hat – vor Beendigung des Vertragsverhältnisses dem Handelsvertreter oder dem Unternehmer zugegangen ist.

4. Ausgleichsanspruch / Schadenersatz gemäß Art 17 und 18 der Richtlinie

Unabhängig von einem möglichen Anspruch auf Schadensersatz (Art 17 Abs 2 lit c der Richtlinie) kann der Handelsvertreter einen Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB bez

¹⁰⁰ Seit OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003 in der österreichischen Rechtsprechung als *Überhangprovisionen* bezeichnet.

§ 24 HVertrG bzw in Frankreich einen Schadenersatz (*l'indemnité de clientèle*) gemäß Art L 134-12 al 1 Code de commerce geltend machen.

In den folgenden Kapiteln sollen ausgewählte Frage zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters insbesondere nach deutschem und österreichischem Handelsvertreterrecht näher beleuchtet werden.

IV. Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters

A. Systematik der Ansprüche des Handelsvertreters nach Vertragsbeendigung gemäß HGB und HVertrG

1. Systematik nach dem HGB

Ein Handelsvertreter hat nach deutschem Recht bei Vertragsende folgende Arten von Ansprüchen, die unabhängig voneinander und nebeneinander bestehen¹⁰¹:

- Ausgleichsanspruch gem § 89b HGB, wenn dafür alle Voraussetzungen gegeben sind.
- Überhangprovisionen gem §§ 87 und 87a HGB aus Einzelgeschäften und Sukzessivlieferungsverträgen, soweit diese nicht vertraglich ausgeschlossen wurden;
- Provisionen gem § 87 Abs 3 Z 1, für Geschäfte, die nach Vertragsbeendigung abgeschlossen, aber vom Vertreter vorbereitet wurden, soweit dies nicht vertraglich ausgeschlossen wurden;
- Karenzentschädigung gem § 90a Abs 1 HGB;
- Anspruch auf Wettbewerbsentschädigung gem § 90a HGB (Das HGB normiert das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in den zulässigen Grenzen nach Art 20 Abs 1 bis 3 RL, also der Schriftlichkeit, der Beschränkungen örtlicher und sachlicher Art und einer maximalen Wirksamkeitsdauer von zwei Jahren. In Österreich wurde demgegenüber von der Möglichkeit des Art 20 Abs 4 RL Gebrauch gemacht und die in § 26 HVG 1921 normierte Unwirksamkeit von Wettbewerbsverboten in das HVertrG 1993 übernommen.);¹⁰²

¹⁰¹ Küstner/Thume, Handbuch 279ff; Emde in Großkomm. HGB5 § 89b 1413f.

¹⁰² Emde in Großkomm. HGB5 § 90a, 1481ff; Nocker, Kommentar 2009, 808.

- Schadenersatzanspruch gem § 89a Abs 2 HGB für alle erlittenen Schäden, wie etwa frustrierte Investitionen.
- Informationsrechte gem § 87c HGB, die zu einer der Ausgleichsklage vorgeschalteten Informations-, bzw Buchauszugsklage berechtigen und zur Kontrolle von Ansprüchen dienen.

Da die Klassifizierung der Ansprüche aus der Perspektive der provisionsbegründenden Geschäfte heraus zu treffen ist, ist kein Anspruch mehr als einer dieser Kategorien zuzuordnen:

- Ein Geschäft kann bereits vor Vertragsende abgeschlossen worden sein und es war noch keine Provision fällig, da noch keine Leistung erfolgt ist;
- Ein provisionspflichtiges Geschäft – in das der Vertreter daher qualifiziert involviert war – wurde erst nach Vertragsende abgeschlossen;
- Dem Handelsvertreter gehen durch die Vertragsbeendigung Provisionen aus Geschäften verloren, die erst nach Vertragsende ganz ohne seine Mitwirkung abgeschlossen werden;

allerdings mit Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat oder zu denen er die Geschäftsbeziehung wesentlich intensiviert hat.

2. Systematik nach dem HVertrG

Ein Handelsvertreter hat nach österreichischem Recht bei Vertragsende folgende Ansprüche, die unabhängig voneinander und nebeneinander bestehen:

- Ausgleichsanspruch gem § 24 HVertrG, der im Wesentlichen für – wegen der qualifizierten Vertragsbeendigung – nicht mehr zustande kommende Provisionen gem § 8 HVertrG aus künftigen Geschäften mit vom Handelsvertreter geworbenen Kunden, bzw qualifizierten Altkunden zusteht;

- Überhangprovisionen gem § 8 HVertrG aus Einzelgeschäften und Sukzessivlieferungsverträgen, soweit diese nicht vertraglich ausgeschlossen wurden;
- Provisionen gem § 11 HVertrG, für Geschäfte, die nach Vertragsbeendigung abgeschlossen wurden, aber vom Vertreter bereits vorbereitet worden waren, soweit dies nicht vertraglich ausgeschlossen wurde;
- ein Schadenersatzanspruch (Kündigungsentschädigung) gemäß § 23 HVertrG für alle erlittenen Schäden, inklusive frustrierter Investitionen, bzw
- hinsichtlich der Investitionen der speziellere Anspruch auf Investitionsersatz gemäß § 454 UGB.¹⁰³
- Informationsrechte auf *Buchauszug und Büchereinsicht* gem § 16 HVertrG, die zu einer der Ausgleichsklage vorgeschalteten Informations-, bzw Buchauszugsklage berechtigen und zur Kontrolle von Ansprüchen dienen.

B. Das Wesen des Ausgleichsanspruchs

1. Vielfalt der Anwendung

Handelsvertreter sind in den unterschiedlichsten Wirtschaftsbereichen tätig. Neben Vermittlern im Finanzdienstleistungsbereich, Versicherungs- und Bausparkassenvertretern sowie Tankstellenpächtern, findet man Vertreter von Waren und Dienstleistungen in unzähligen Bereichen. Ein Ausgleichsanspruch wurde vielen dieser Mittler bereits zuerkannt. Insbesondere in Deutschland ist die diesbezügliche Judikatur sehr vielfältig¹⁰⁴: Verwaltern von Selbstbedienungsstationen, Möbelsversand-Händlern, Kreditmittlern, Textilvertriebsagenturen in Modezentren und Reisebüros als Buchungsstellen von

¹⁰³ Petsche/Petsche-Demmel, Handelsvertretergesetz 209.

¹⁰⁴ Küstner/Thume, Handbuch 28ff.

Reiseveranstaltern hat der BGH genauso bereits einen Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB zuerkannt, wie Inhabern von Vorverkaufsstellen für Konzertkarten, Inhabern von Lotto-Aannahmestellen und Vermittlern von Grundstücksgeschäften und Bauaufträgen. Weiters wird der Ausgleichsanspruch vielfach auch *analog* auf andere Rechtsformen der Absatzmittlung angewendet, soweit eine ausreichende Nähe zur ausgiebig judizierten Figur des Handelsvertreters gegeben ist. Bezüglich der österreichischen Judikatur wird dies im folgenden Kapitel hinsichtlich der Kommissionsagenten, Vertragshändler und Franchisenehmer dargestellt.¹⁰⁵

2. Wahlmöglichkeit gemäß der Richtlinie

Die Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter normiert in ihrem Art 17 Abs 1, dass die Mitgliedstaaten in einer von zwei möglichen Formen dafür zu sorgen haben, dass Handelsvertreter bei Beendigung des Vertragsverhältnisses – unter bestimmten Voraussetzungen – eine besondere unabdingbare verschuldensunabhängige Entschädigungszahlung erhält, entweder als *Anspruch sui generis*¹⁰⁶ (Ausgleichsanspruch gemäß Abs 2 der Bestimmung) oder als Schadenersatzanspruch gemäß Abs 3 der Bestimmung. Dieser Anspruch hat bereits zuvor in zahlreichen Rechtsordnungen existiert, aber in den unterschiedlichen Rechtstraditionen in verschiedener Rechtsnatur und Begründung. Er ist jedenfalls – wie immer er auf Grund der Systemdifferenzen auch im Detail ausgestaltet ist – gemäß Art 22 Abs 1 der Richtlinie seit dem 1.1.1990 (auf damals bereits laufende Verträge seit dem 1.1.1994) richtlinienkonform anzuwenden.

Mehrere Voraussetzungen müssen für den Ausgleichsanspruch gem Art 17 Abs 2 der Richtlinie kumulativ vorliegen: Der Unternehmer muss aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, beziehungsweise intensivierten Geschäftsbeziehungen, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile erzielen, und weiters muss die Zahlung eines Ausgleiches – unter der Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere in Hinblick auf den Verlust künftiger Provisionen – der Billigkeit entsprechen.

¹⁰⁵ Siehe Abschnitt 4.C. der vorliegenden Arbeit.

¹⁰⁶ Nocker, Kommentar 478.

Der deutsche Gesetzgeber hat den alten, von der Richtlinie im Detail abweichenden § 89b HGB (alt) zunächst beibehalten, allerdings kürzlich durch eine rasche Anlassgesetzgebung dem Wortlaut der Richtlinie angeglichen. Dies soll im Detail in dem Kapitel V. der vorliegenden Arbeit, zu den Provisionsverlusten als Element der Ausgleichsberechnung, dargelegt werden. Der österreichische Gesetzgeber hat sich für das – am deutschen Recht orientierte – und dem vormaligen österreichischen Handelsvertreterrecht am ehesten entsprechenden Ausgleichsmodell¹⁰⁷ entschieden und den Ausgleichsanspruch in § 24 HVertrG¹⁰⁸ inhaltsgleich (mit einer geringen Abweichung im Wortlaut) zur Richtlinie normiert. Die österreichische Lehre und Rechtsprechung orientiert sich weitgehend am deutschen Vorbild.

Das Entstehen eines Ausgleichsanspruches ist gemäß Art 18 der Richtlinie, der schon ursprünglich inhaltsgleich in § 89b Abs 3 HGB bzw § 24 Abs 3 HVertrG umgesetzt wurde, jedoch ausgeschlossen, wenn alternativ einer der folgenden Gründe vorliegt: Erstens, wenn der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis kündigt, ohne dass ein Verhalten des Unternehmers hierzu begründeten Anlass gegeben hat oder die ausgesprochene Kündigung nicht auf eine alters- oder krankheitsbedingte Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung gestützt werden kann. Zweitens, wenn der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters vorlag. Oder drittens, wenn aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter ein Dritter anstelle des Handelsvertreters in das Vertragsverhältnis eintritt, sofern diese Vereinbarung erst nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffen wird.

Dieser Ausgleichsanspruch gemäß Art 17 Abs 2 der Richtlinie wird in der deutschen – und dieser folgend auch in der österreichischen – Lehre unterschiedlich interpretiert.¹⁰⁹ Zwei Interpretationen stehen sich gegenüber, die wirtschaftlich aber zum gleichen Ergebnis führen:

¹⁰⁷ Tschuk, Ausgleichsanspruch 138.

¹⁰⁸ Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der selbständigen Handelsvertreter, HVertrG 1993, BGBl 1993/88.

¹⁰⁹ Nocker, Ausgleichsanspruch 2; Petsche/Petsche-Demmel, Praxiskommentar 158f mwN.

3. Der Ausgleichsanspruch als Wertausgleich

Einerseits wird der Ausgleichsanspruch als *Wertausgleich*¹¹⁰ gesehen, dh als Abgeltung einer Wertsteigerung aus der „*Anbahnung fortdauernder Geschäftsverbindungen mit neuen Kunden*“¹¹¹ (Kundenstock), die noch nicht durch Provisionen abgegolten wurde und dem Unternehmer vom Handelsvertreter überlassen wird. Der vom Handelsvertreter geschaffene Kundenstock stellt für den Handelsvertreter auch deshalb ein wichtiges Wirtschaftsgut dar, da ihm erst Stammkunden ein kontinuierliches Einkommen verschaffen, ohne jedes Mal bei einem neuen Geschäft unmittelbar mitzuwirken.¹¹² Bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fällt diese Einkommensquelle für den Handelsvertreter weg, während der Unternehmer weiterhin von den erworbenen Stammkunden bzw intensivierten Geschäftsverbindungen profitiert.¹¹³ Der Handelsvertreter ist nach dieser Ansicht erst mit dem Ausgleichsanspruch für die gesamte Vermittlungstätigkeit – dh der Schaffung eines neuen Kundenstammes – entschädigt. Bereits in seinem richtungweisenden ersten Urteil zum Ausgleichsanspruch vom 13.5.1957 hat der BGH judiziert, dass der Ausgleichsanspruch eine Gegenleistung für den sonst nicht mehr vergüteten Vorteil eines Kundenstammes darstellt.¹¹⁴

4. Der Ausgleichsanspruch als Restvergütung

Andererseits kann man den Wertersatz durch Art 17 Abs 2 der Richtlinie der Bestimmung als „*kapitalisierten Provisionsanspruch*“¹¹⁵ (Restvergütung) verstehen. Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gemäß Art 17 Abs 2 der Richtlinie ist damit als „*eine Abgeltung künftig entgehender Provisionen*“¹¹⁶ zu verstehen und dient mehr dem Verlustausgleich des Handelsvertreters, als dem Vorteilsausgleich des Unternehmers. Der Ausgleichsanspruch gem Art 17 Abs 2 der Richtlinie, § 89b HGB und § 24 HVertrG soll zusätzlich neben die bis zur Vertragsbeendigung verdienten Provisionen treten.

¹¹⁰ Petsche/Petsche-Demmel, Praxiskommentar 158.

¹¹¹ Nocker, Handelsvertretervertrag 113.

¹¹² Küstner/Thume, Handbuch 19; Nocker, Ausgleichsanspruch 2.

¹¹³ Küstner/Thume, Handbuch 8; Nocker, Ausgleichsanspruch 2.

¹¹⁴ Küstner/Thume, Handbuch 19.

¹¹⁵ Nocker, Ausgleichsanspruch 3.

¹¹⁶ Krejci, Unternehmensrecht 383.

5. Weitere Abgrenzung des Ausgleichsanspruchs

Ausgeglichen wird also der mit Vertragsbeendigung zwangsläufig eintretende Verlust der Folgeprovisionen. Diese Interpretation stellt das Rechtsinstitut des Ausgleichsanspruchs auf einer sehr abstrakten Ebene funktionell in einen stärkeren gedanklichen Nahebezug zur Ausgleichsfunktion¹¹⁷ etwa des Schadenersatzrechtes, ohne selbstverständlich dass der Ausgleichsanspruch selbst als schadenersatzrechtliches Institut verstanden werden kann.

Als Bereicherungsanspruch kann der Ausgleichsanspruch auch nicht interpretiert werden. Dies deshalb, weil keine Bereicherung ohne Rechtsgrund vorliegt. Die Verpflichtung zum Aufbau eines Kundenstockes steht ja zwingender Weise im Zentrum der vertraglichen Verpflichtung des Handelsvertreters.¹¹⁸

Es wird aber in jedem Fall anerkannt, dass das geschaffene Ganze (Kundenstock) mehr (wert) ist, als die Summe seiner Einzelteile (Einzelgeschäfte). Dieser Mehrwert soll dem Handelsvertreter vergütet werden. Es handelt sich bei dem Ausgleichsanspruch also jedenfalls um einen „auf Vorteilsausgleichung gerichteten Vergütungsanspruch [sui generis]“.¹¹⁹ Von einem reinen Vergütungsanspruch kann aber wiederum deshalb nicht gesprochen werden, weil die Höhe des Ausgleichsanspruchs neben den Provisionsverlusten auch von den Unternehmervorteilen abhängt, sowie von Billigkeitsüberlegungen.¹²⁰

Der Ausgleichsanspruch verfolgt nach herrschender Meinung keinen sozialen Schutzzweck im engeren eigentlichen Sinn.¹²¹ Deshalb können auch juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften als Handelsvertreter einen Ausgleichsanspruch haben.¹²² Allerdings erfüllt der Ausgleichsanspruch – trotzdem der Vergütungszweck im Vordergrund steht – durch seine „funktionelle Verwandtschaft mit einer Altersversorgung [auch eine]

¹¹⁷ Welser, Grundriss 301.

¹¹⁸ Küstner/Thume, Handbuch 21; Nocker, Kommentar 483.

¹¹⁹ Fock, Richtlinie 204ff; zum Begriff des Vergütungsanspruches in herrschender Lehre und Rechtsprechung, siehe auch Küstner/Thume, Handbuch 19.

¹²⁰ Küstner/Thume, Handbuch 19f.

¹²¹ Nocker, Kommentar 482f mwN.

¹²² Nocker, Kommentar 483.

„soziale Funktion“¹²³ und das deutsche Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss vom 22.8.1995 festgestellt, dass der Ausgleichsanspruch (über den Vergütungscharakter hinaus) auch die wirtschaftliche und soziale Absicherung der Handelsvertreter bezweckt.¹²⁴

6. Der Schadenersatzanspruch des französischen Rechts

Die französische Regelung eines Schadenersatzanspruchs des Handelsvertreters in Art L 134-12 Code de commerce auf Grundlage des Art 17 Abs 3 der Richtlinie soll als Beispiel für die Wahl eines anderen Systems dienen.

Art 17 Abs 3 der Richtlinie und Art L 134-12 Code de commerce normieren den Anspruch des Handelsvertreters auf Ersatz des ihm durch die Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Unternehmer entstandenen Schadens. Art L 134-12 Code de commerce beschränkt sich dabei auf die Feststellung: „*en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi*“ Im Falle der Beendigung der Vertragsbeziehungen mit dem Auftraggeber hat der Handelsvertreter Anspruch auf eine Entschädigungszahlung für den erlittenen Schaden.¹²⁵

Der französische Gesetzgeber hat also die in der Richtlinie gegebenen Beispiele, welche Schädigung jedenfalls vom Auftraggeber ersetzt werden soll, legislativ nicht umgesetzt.¹²⁶ Laut Art 17 Abs 3 der Richtlinie sollen jedenfalls mit umfasst sein: der Verlust von Ansprüchen auf Provision, die dem Handelsvertreter bei normaler Fortsetzung des Vertrages zugestanden hätten und deren Nichtzahlung dem Unternehmer einen wesentlichen Vorteil aus der Tätigkeit des Handelsvertreters verschaffen würde, sowie Nachteile, die sich aus der nicht erfolgten Amortisation von Kosten und Aufwendungen ergeben, die der Handelsvertreter in Ausführung des Vertrages auf Empfehlung des Unternehmers gemacht hatte.

Die französische Rechtsprechung hat die konkrete Berechnung des Ausgleichsanspruchs präzisiert und judiziert in ständiger Rechtsprechung eine über die Beispiele des

¹²³ Küstner/Thume, Handbuch 1f.

¹²⁴ BVerfG, Beschl v. 22.8.1995 - 1 BvR 1624/92 zit in Küstner/Thume, Handbuch 20 mwA.

¹²⁵ Übersetzung vom Verfasser.

¹²⁶ Art L 134-12 Code de commerce.

Art 17 Abs 3 der Richtlinie hinausgehende Ersatzpflicht bezüglich der diversen Schäden, die der Handelsvertreter bei Vertragsende erleidet als ersatzpflichtig.¹²⁷

C. Die analoge Anwendung des § 24 HVertrG auf andere Formen der Absatzmittlung

Die Rechtsfigur des Handelsvertreters im Allgemeinen und sein Ausgleichsanspruch gemäß § 24 HVertrG im Besonderen wurden durch Lehre und Judikatur bereits in sehr genauem Umfang analysiert bzw ausjudiziert, wobei sich in der Praxis immer neue Probleme stellen und schon allein durch die Einzelfallbezogenheit der Ausgleichsberechnung viele Fragen nicht nachhaltig lösbar sind; so erscheint auch die Rechtsvereinheitlichung in diesem Bereich trotz der seit langem bestehenden Richtlinie und ausführlichen Rechtsprechung des EuGH kaum zu gelingen.

Dass es für Handelsvertreter eine große Bandbreite an Tätigkeiten gibt, wurde im Abschnitt zum Wesen des Anspruchs bereits einleitend erwähnt. Das Ausgleichsrecht des Handelsvertreters strahlt aber zusätzlich noch auf andere Absatzmittlungsverträge aus, deren rechtliche Ausprägung und wirtschaftliche Situation solche Analogien zum Handelsvertreter zulassen, dass ein Ausgleichsanspruch für die Rechtsprechung analog argumentierbar wird. Daraus kann sich dann durch den Regelungsdruck der Praxis wie etwa im Falle des Versicherungsvertreters auch eine legistische Lösung ergeben.

Für eine analoge Anwendung des Ausgleichsanspruchs spricht regelmäßig, dass die Leistungen des Handelsvertreters sich – unter bestimmten Bedingungen – sachlich nicht von der des mit ihm verglichenen Absatzmittlers unterscheidet, der etwa in vergleichbarer Weise einen Kundenstock aufbaut oder – wenn man das Wesen des Anspruchs anders auffasst – einen vergleichbaren Verlust aus einer Vertragsbeendigung erleidet. Auf eine soziale Schutzwürdigkeit (Schutzbedürftigkeit) des Handelsvertreters kommt es zumindest in Österreich nicht an¹²⁸, sie ist daher auch für eine mögliche Gesetzeslücke nicht zu prüfen.

Eine solche Analogie ist nur dann zulässig, wenn eine echte Rechtslücke vorliegt: Eine solche liegt dann vor, „wenn das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten

¹²⁷ Lamy 2009, 1458 (4097); im Detail siehe Abschnitt VI.F.2. der vorliegenden Arbeit.

¹²⁸ Nocker, Kommentar 482f.

*Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist, und seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht*¹²⁹. Dass durch die Nicht-Normierung eines Ausgleichsanspruchs bei anderen Absatzmittlerformen eine solche „*planwidrige Lücke*“¹³⁰ entstanden sei, die einer Füllung mittels Analogie bedarf, wurde in der neueren Judikatur oft vertreten, wie durch die in diesem Kapitel dargestellten Figuren ersichtlich wird.

Im Folgenden möchte ich andere Formen der Absatzmittlung insbesondere in Hinblick auf den Ausgleichsanspruch darstellen. Dabei ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, ob die Form der Absatzmittlung in den entscheidenden Punkten der Form des Handelsvertreters entspricht. Besonders schwierig ist dies jedoch hinsichtlich der Spielarten an Absatzmittlern, die sich nur äußerst schwer voneinander abgrenzen lassen, etwa bei einem Vergleich von angestellten Provisionsvertretern und sogenannten „Freien Handelsvertretern“.

Während nach herrschender Meinung etwa für den angestellten Provisionsvertreter, für den das AngG gilt, für den Kommissionär, den Handelsmakler und den „freien Handelsvertreter“ (der in der Lehre besonders umstritten ist) keinen analogen Ausgleichsanspruch gemäß § 24 HVertrG erhalten, wird dieser sehr wohl etwa den Kommissionsagenten, Vertragshändlern, Franchisenehmern und Tankstellenhaltern gewährt und wurde bereits vor der gesetzlichen Regelung im § 26a HVertrG (in Kraft seit 1.7.2006) auch den Versicherungsvertretern in Analogie zu § 24 HVertrG zugesprochen.

Im Folgenden daher ein Überblick über einzelne Absatzmittlertypen und deren Abgrenzung hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs:

1. Angestellter Provisionsvertreter (Unselbständiger Handelsvertreter)

Auf den angestellten Provisionsvertreter ist nicht das HVertrG, sondern das Angestelltengesetz (AngG) anzuwenden¹³¹, wodurch ihm selbst dann kein Ausgleichsanspruch zusteht, wenn sonst alle Voraussetzungen gegeben wären.¹³² Um zu

¹²⁹ Koziol, Grundriss I, 25f.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Nocker, Kommentar 495.

¹³² Ibid.

überprüfen, ob theoretisch auch auf den angestellten Provisionsvertreter die Bestimmungen über den Ausgleichsanspruch analog angewendet werden könnten, ist daher zu klären, ob er in den wesentlichen Merkmalen doch insoweit dem Handelsvertreter entspricht. Seine Tätigkeit ist von der des Handelsvertreters nämlich nur unwesentlich verschieden, denn auch der angestellte Provisionsvertreter ist gewöhnlich vergleichsweise lose in die betriebliche Organisation eines Unternehmens eingebunden.¹³³

Eine wesentliche Charakteristik der Figur des Handelsvertreters iSd HVertrG ist aber gerade seine Selbständigkeit und Unabhängigkeit. „Selbständigkeit“ ist aber im HVertrG nicht definiert. Der angestellte Provisionsvertreter ist als Angestellter jedenfalls nicht selbständig, auch wenn er wie erwähnt im Vergleich zu anderen Angestellten eher lose eingebunden ist.¹³⁴ Das Merkmal der Unabhängigkeit ist nicht nach wirtschaftlichen, sondern persönlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.

Ein angestellter Provisionsvertreter ist jedenfalls persönlich abhängig von seinem Arbeitgeber: Er unterliegt seiner Kontrolle, der Pflicht, seine Weisungen zu befolgen, und ist ihm disziplinar verantwortlich.¹³⁵ Gewissermaßen spiegelbildlich kommen bezüglich des angestellten Provisionsvertreters auch die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften zur Anwendung.¹³⁶

Aus diesen Unterschieden ist klar ersichtlich, dass der angestellte Provisionsvertreter dem Handelsvertreter in wesentlichen Fragen so verschieden ist, dass eine analoge Anwendung des § 24 HVertrG ausgeschlossen bleiben muss.

2. „Freier“ Handelsvertreter

Provisionsvertreter im Allgemeinen wurden auf Grund der schwierigen Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Vermittlungstätigkeit von der Rechtsprechung schließlich weder unter die selbständigen Handelsvertreter, noch unter die angestellten

¹³³ OGH 9 ObA 88/97z vom 26.3.1997; Nocker, Kommentar 53.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Nocker, Kommentar 56ff.

¹³⁶ Nocker, Kommentar 58, 62.

Provisionsvertreter eingeordnet. Es wurde die Rechtsfigur des „freien Handelsvertreter“ geschaffen.“¹³⁷ So urteilt der OGH zur alten Rechtslage des HVG noch die Abgrenzung zwischen Angestelltem und freiem Handelsvertreter dahingehend, dass auf den freien Handelsvertreter nicht das AngG, das Urlaubsgesetz (UrlG) und der einschlägige Kollektivvertrag anzuwenden sind, sondern eben das HVG.¹³⁸

In aktuellerer Rechtsprechung unterscheidet der OGH allerdings noch weiter: Bei dem (rechtlich) selbständigen Handelsvertreter, dessen Bezeichnung als „freier“ Handelsvertreter er als unscharf kritisiert, soll wiederum nach der wirtschaftlichen Selbständigkeit und Unselbständigkeit unterschieden werden. Denn rechtlich selbständige Handelsvertreter, die wirtschaftlich unselbständig sind, beurteilt der OGH als arbeitnehmerähnlich.¹³⁹

Teilweise wurde von der Rechtsprechung die Existenz eines solchen „freien“ Handelsvertreter also eines freien Vertreter- oder Dienstverhältnisses dann angenommen, wenn ein Handelsvertreter regelmäßig nur für einen Unternehmer tätig ist und von diesem wirtschaftlich abhängig ist.¹⁴⁰

Die Klassifizierung als freier Handelsvertreter wird allerdings von der Lehre stark kritisiert.¹⁴¹ Eine Folge ist nämlich, dass die betroffenen Handelsvertreter weder vom HVertrG, noch vom AngG geschützt werden, soweit einzelne Normen des letzteren nicht auch zwingend analog auf freie Dienstverhältnisse angewandt werden. Letzteres ist allerdings nur dann der Fall, wenn typischerweise nicht sozial schwächere geschützt werden sollen, etwa Kündigungsmöglichkeiten und -gründe, nicht jedoch Kündigungsfristen und -termine.¹⁴² Auch Krejci steht dem Begriff eines solchen „freien“ Handelsvertreter sehr kritisch gegenüber.¹⁴³

¹³⁷ OGH 9 ObA 280/01v vom 23.1.2002; Nocker, Kommentar 62.

¹³⁸ RS0028923.

¹³⁹ Zur Bezeichnung als „freier Handelsvertreter“ siehe auch zuletzt OGH 4 Ob 235/04v vom 8.2.2005 und jüngst OLG Wien 8Ra 13/09d vom 24.2.2009.

¹⁴⁰ Nocker, Kommentar 62.

¹⁴¹ Nocker, Kommentar 63.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Krejci, Unternehmensrecht 375.

Ein Ausgleichsanspruch kann jedenfalls nicht analog zugesprochen werden, wenn der verglichene Absatzmittler diese zentrale Eigenschaft des Handelsvertreters, die Selbständigkeit nicht teilt. Diesbezüglich ist vor allem auf die Kritik Nockers zu verweisen, der insbesondere eine Vermischung der Begriffe wirtschaftliche Abhängigkeit und wirtschaftliche Unselbständigkeit bekrittelt.¹⁴⁴

3. Kommissionär

Das Kommissionsgeschäft wird durch die §§ 383 bis 406 UGB und subsidiär durch die §§ 1002 ff ABGB (Auftrag und Vollmacht) normiert. Gem § 383 UGB ist Kommissionär, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen.¹⁴⁵ § 384 Abs 2 UGB normiert, dass der Kommissionär den aufgebauten Kundenstock bei Beendigung der Vertragsbeziehung seinem Auftraggeber zu überlassen hat. Man unterscheidet – nach den umgesetzten Waren und Art des Umsatzes – zwischen Einkaufs-, Verkaufs-, Effekten- und Gelegenheitskommissionen (nicht gewerbsmäßig).¹⁴⁶

Auch der Kommissionär wird auf Rechnung eines anderen tätig. Aber anders als der Handelsvertreter ist der Kommissionär (im Rahmen des vertraglich zulässigen) weisungsgebunden und wird dem Auftraggeber ersatzpflichtig, wenn er dessen Weisungen missachtet und die Ausnahmebedingungen des § 385 Abs 2 UGB vorliegen.¹⁴⁷ Schwerer als diese operative Unselbständigkeit wirkt allerdings, dass gar keine Stellvertretung vorliegt, der Kommissionär wird ja in eigenem Namen tätig; schon deshalb kann § 24 HVertrG nicht angewandt werden.

¹⁴⁴ Nocker, Kommentar 64.

¹⁴⁵ Siehe auch Nocker, Kommentar 48; Krejci, Unternehmensrecht 358.

¹⁴⁶ Krejci, Unternehmensrecht 360.

¹⁴⁷ Krejci, Unternehmensrecht 362.

4. Kommissionsagent

Ist ein Kommissionär zusätzlich verpflichtet, ständig für seinen Auftraggeber Geschäfte auszuführen¹⁴⁸ und ist er außerdem ausreichend in die Absatzorganisation des Kommittenten eingebunden, so ist seine Stellung der eines Handelsvertreters relativ stark angenähert: Er ist dann ein Kommissionsagent und im Innenverhältnis zu seinem Auftraggeber (Kommittent) ist gemäß § 383 UGB das HVertrG anzuwenden, auch hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs gem § 24 HVertrG.¹⁴⁹

5. Makler

Gem § 1 MaklerG ist Makler *„wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein“*. Makler unterscheiden sich in vielfacher Hinsicht vom Handelsvertreter: Makler sind nicht ständig betraut, wodurch das Vertragsverhältnis jederzeit aufgelöst werden kann. Sie wahren die Interessen beider Seiten (*„Maklertreue“*¹⁵⁰), während der Handelsvertreter eindeutig seinem Auftraggeber verpflichtet ist.¹⁵¹ Makler vermitteln lediglich Geschäfte, während der Handelsvertreter auch unter Umständen Geschäfte abschließt. Es trifft den Makler – mangels anderer Vereinbarung – keine Bemühungspflicht, was allerdings nicht gilt, wenn der Makler einen Alleinvermittlungsauftrag gem § 14 Abs 1 MaklerG geschlossen hat. Der Handelsmakler muss diese einseitige Interessenwahrungspflicht einem Dritten gegenüber andernfalls offen legen.¹⁵²

Auf Grund der mannigfaltigen Unterschiede steht dem Makler kein Ausgleichsanspruch analog § 24 HVertrG zu, was nach Rechtsprechung zu § 25 HVG noch der Fall war.¹⁵³

¹⁴⁸ Krejci, Unternehmensrecht 358.

¹⁴⁹ Nocker, Kommentar 92f.

¹⁵⁰ Krejci, Unternehmensrecht 394.

¹⁵¹ Noss, Maklerrecht 6.

¹⁵² Krejci, Unternehmensrecht 395.

¹⁵³ Noss, Maklerrecht 40.

Die angesprochenen Gründe, dass der Makler nicht ständig betraut ist, ihn nicht unbedingt eine Bemühenspflicht trifft und keine einseitige Interessenwahrungspflicht gegeben ist, schließt auch für den *Handelsmakler* – der gewerbsmäßig Gegenstände des Handelsverkehrs makelt – eine analoge Anwendung des § 24 HVertrG aus.

6. Vertragshändler

Der Vertragshändler ist nicht gesetzlich normiert. Er wurde durch die Rechtsprechung definiert.¹⁵⁴ Der Vertragshändler kauft und verkauft Waren in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Er ist dabei in die Vertriebsorganisation eines Unternehmers eingegliedert. Trotz seiner Abhängigkeit trägt er das Absatz- und Kreditrisiko, vor allem durch eigene Lagerhaltung, Transport und Absatzfinanzierung.¹⁵⁵

Für die Anwendung bestimmter Teile des HVertrG müssen die maßgeblichen Eigenschaften des Handelsvertreters im Vertragshändlervertrag vereinbart sein. Der Vertragshändler ist – wie der Handelsvertreter – mit dem Absatz der Waren des Auftraggebers ständig betraut, nur handelt er eben im eigenen Namen und nicht im Namen des Auftraggebers.

Die Ähnlichkeit zum Handelsvertreter ist dann gegeben, wenn der Vertragshändler in sehr hohem Maße in die Absatzorganisation des Unternehmers eingegliedert ist – es muss dabei ein Rechtsverhältnis bestehen, dass über eine reine Verkäufer-Käufer-Beziehung hinausgeht.¹⁵⁶ Dabei sind besonders auch die Interessenwahrungspflicht und das daraus folgende Konkurrenzverbot zu beachten, wobei ein Fehlen der vertraglichen Vereinbarung des Wettbewerbsverbots nach der Rechtsprechung kein Hindernis für eine analoge Anwendung des HVertrG mehr darstellt.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Nocker, Kommentar 499.

¹⁵⁵ Nocker, Kommentar 501f.

¹⁵⁶ Nocker, Kommentar 501.

¹⁵⁷ Nocker, Kommentar 504.

Der Vertragshändler muss außerdem zu Absatzförderung und Warenabnahme verpflichtet sein, dafür eine angemessene Verkaufs- und Kundendienstorganisation unterhalten und neue Produkte einführen.¹⁵⁸

Dem Hersteller müssen wiederum ein Weisungsrecht und die entsprechenden Kontrollrechte – Bucheinsicht und Zutritt zu den Geschäftsräumlichkeiten – vertraglich zugesichert sein.¹⁵⁹ Auch Berichts- und Mitteilungspflichten müssen vertraglich vereinbart sein.¹⁶⁰

Die Überlassung des Kundenstammes nach Vertragsende muss – außer im Kfz-Vertrieb, wo dies nicht möglich ist¹⁶¹ – gewährleistet sein. Im Unterschied zum Handelsvertreter, der Verträge im Namen des Unternehmers abschließt, handelt der Vertragshändler aber im eigenen Namen und es ist daher für den Unternehmer umso wichtiger die Informationen über den Kundenstock zu übertragen, da die Kunden von Anfang an Vertragspartner des Vertragshändlers sind und nicht des Unternehmers. Der Hersteller muss sich dabei den Kundenstamm „sofort und ohne weiteres nutzbar machen“ können.¹⁶² Es kommt dabei nicht darauf an, ob er diesen Kundenstock auch nutzen möchte, sondern nur auf die Möglichkeit der Nutzbarmachung.¹⁶³

Wenn all diese Erfordernisse kumulativ gegeben sind, kann man von einer solchen Nähe des Vertragshändler dem Handelsvertreter gegenüber ausgehen, dass eine analoge Anwendung des § 24 HVertrG zulässig und gem § 27 Abs 1 HVertrG unabdingbar wird.

7. Tankstellenhalter

Dem Tankstellenhalter wird durch den OGH seit den Entscheidungen OGH 8 ObA 299/01f und OGH 8 ObA 290/01g, beide vom 28.3.2002 – wenn alle Voraussetzungen gegeben sind – ein Ausgleichsanspruch gemäß § 24 HVertrG zuerkannt. Hierzu muss beachtet werden, dass

¹⁵⁸ Nocker, Kommentar 508.

¹⁵⁹ Nocker, Kommentar 509.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Nocker, Kommentar 513.

¹⁶² Nocker, Kommentar 515.

¹⁶³ Nocker, Kommentar 515.

es sich in der Entscheidung auch tatsächlich um Handelsvertreter iSd § 1 HVertrG gehandelt hat. Nocker weist diesbezüglich darauf hin, dass in der Praxis häufig übersehen wird, dass es nicht nur um die Frage geht, ob ein Handelsvertreterverhältnis gegeben ist, sondern vielmehr, ob alle Anspruchsvoraussetzungen – hier insbesondere der (Stamm)Kundenwerbung erfüllt sind.¹⁶⁴

8. Franchisenehmer

Der Franchisenehmer übernimmt die Vertriebskonzeption des Franchisegebers. Er ist als selbständiger Unternehmer komplett in die Absatzorganisation des Herstellers integriert und übernimmt das Warensortiment (Produktfranchising) oder die Dienstleistungen (Dienstleistungsfranchising). Außerdem verwendet er Namen, Marken, Geschäftsbezeichnungen, Unternehmensausstattung und Werbung des Franchisegebers, der auch das Know-how und die sonstige Unterstützung gewährt. Die Kosten für Betriebseinrichtung, Personal und Sachaufwand, sowie das Erfolgsrisiko – gemessen an Umsatz und Gewinn – hat der Franchisenehmer zu tragen. Er entrichtet dem Franchisegeber eine Eintrittsgebühr (entrance fee) und eine umsatzabhängige Franchisegebühr (franchise fee).¹⁶⁵

Der Franchisenehmer handelt auf eigene Rechnung und in eigenem Namen. Dem Franchisegeber werden auch vertraglich regelmäßig Kontroll- und Weisungsrechte eingeräumt.¹⁶⁶ Das Produktfranchising ist vielfach kaum noch vom oben beschriebenen Vertragshändlervertrag zu unterscheiden.¹⁶⁷

Hinsichtlich zweier Merkmale des Franchisevertrages ist eine mögliche Analogie zum Handelsvertreter zu untersuchen: Zum einen ist zu fragen, ob der Franchisenehmer Aufgaben wahrzunehmen hat, die denen des Handelsvertreters gleichen, zum anderen muss der Grad der Eingliederung des Franchisenehmers in die Absatzorganisation des Franchisegebers jener des Handelsvertreters gegenübergestellt werden.

¹⁶⁴ Nocker, Kommentar 527f.

¹⁶⁵ Nocker, Ausgleichsanspruch 19.

¹⁶⁶ Nocker, Kommentar 541.

¹⁶⁷ Nocker, Ausgleichsanspruch 19.

Für beide Absatzmittler trifft zu, dass sie Waren des Vertragspartners absetzen. Der Franchisenehmer nützt aber oft das ihm zur Verfügung gestellte „Franchisepaket“, um eigene Waren (bzw Dienstleistungen) herzustellen und abzusetzen. Während ein Handelsvertreter in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert wird, findet für den Franchisenehmer ein damit zu vergleichender „Beitritt“ zum Franchisesystem des Franchisegebers statt. Der Unterschied liegt allerdings im eindeutigen Nutzen, den der Franchisenehmer – durch geschäftliche Vorteile, insbesondere die deutliche Reduktion des wirtschaftlichen Risikos – dadurch seinerseits bezieht.

Ausgleichsschädlich erscheint allerdings, dass bei Vertragsbeendigung gar kein Kundenstock, jedenfalls kein ausgleichsbegründender Kundenstock, überlassen wird. Wenn die Verträge zwar mit dem Franchisenehmer zustande kommen, so sind die Kunden trotzdem eigentlich Kunden des Franchisesystems und können somit nicht vom Franchisenehmer überlassen werden.¹⁶⁸

Auch zwei weitere Voraussetzungen für das Entstehen des Ausgleichsanspruchs sind zu hinterfragen: Zum einen kann kein „erheblicher Unternehmervorteil“ vorliegen, wenn gar kein direkter Kundenkontakt des Franchisegebers entsteht. Auch erhält der Franchisenehmer – im Gegensatz zum Handelsvertreter – keine Provision oder andere Vergütung, sondern zahlt dem Franchisegeber eine franchise fee, die mit Vertragsbeendigung wegfällt.

Wenn bei gewöhnlichem Produktfranchising auch noch die Erfordernisse der Zuführung von Kunden, des erheblichen Unternehmervorteils und von „Provisionsverluste“ hinzukommen, kann man die analoge Anwendung des Ausgleichsanspruchs gem § 24 HVertrG aber argumentieren und dies wurde vom OGH auch judiziert. Der Franchisenehmer ist, unter den genannten Voraussetzungen, laut OGH einem Vertragshändler nicht unähnlich.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Nocker, Ausgleichsanspruch 21.

¹⁶⁹ Liebscher/Petsche, Franchising in Österreich 151.

Zur Berechnung wird diesfalls die Handelsspanne (Differenz aus Bezugs- und Verkaufspreis) des Franchisenehmers heranzuziehen sein, ohne all jene Leistungen, die ein Handelsvertreter typischer Weise nicht erbringt.¹⁷⁰

Auch beim Franchisenehmer ist bei Vorliegen aller Voraussetzungen ein Ausgleichsanspruch argumentierbar.

9. Versicherungsvertreter

Schon vor der gesetzlichen Regelung des § 26d HVertrG durch das PuG¹⁷¹ vom 26.6.2006 bekamen Versicherungsvertreter einen Ausgleichsanspruch analog zugesprochen.¹⁷² Verschiedene Senate des OGH hatten trotz des Anwendungsausschlusses des § 28 HVertrG mit durchaus unterschiedlichen Argumenten einen Ausgleichsanspruch gewährt. (§ 28 HVertrG normierte bis zur Gesetzesänderung, dass das HVertrG nicht auf die Vermittlung und den Abschluss von Versicherungsgeschäften angewendet wird.) Die Versicherungsvertretung ist im Gegensatz zur Handelsvertretung vor allem durch langfristige Einmalgeschäfte und daraus Folge- und Verwaltungsprovisionen, also Betreuungsprovisionen geprägt.¹⁷³

D. Rechtswahl in Handelsvertreterverträgen

Wie bereits in der Einleitung, sowie im Abschnitt zur wirtschaftlichen Bedeutung der Handelsvertretung erwähnt, spielt diese insbesondere auch gerade für solche Unternehmen eine Rolle, die auf einem ausländischen Markt noch nicht vertreten sind und die ihr Produkt, auf diesem für sie nicht erschlossenen Markt vertreiben wollen. Aus diesem Vertriebsweg ergibt sich eine Fülle von Fragen in Zusammenhang mit der Rechtswahl in Handelsvertreterverträgen, insbesondere hinsichtlich des in der Europäischen Union durch die Richtlinie gewährleisteten Ausgleichsanspruchs.

¹⁷⁰ Nocker, Ausgleichsanspruch 21f.

¹⁷¹ Publizitätsrichtlinie-Gesetz, BGBl. I Nr. 103/2006.

¹⁷² Siehe Nocker, Der Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreters „analog“ § 24 HVertrG, wbl 2004, 53.

¹⁷³ Nocker, Kommentar 866.

Im Folgenden sollen zwei Fragen in diesem Zusammenhang behandelt werden. Zum ersten die Frage nach dem anwendbaren Recht, wenn im Vertrag dazu nichts vereinbart wurde; dies am Beispiel eines deutsch/französischen Handelsvertretervertrages. Zum zweiten die Frage der Unabdingbarkeit des Ausgleichsanspruchs; letzteres auch im Lichte der anstehenden Kodifizierung des Eingriffsrechts in der *Rom I Verordnung*.¹⁷⁴

1. Kollisionsnormen betreffend eines deutsch/französischen Handelsvertretervertrages

In der Europäischen Union sind Handelsvertreterverträge als Dauerschuldverhältnisse im *EG-Vertrag über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht* (EVÜ) vom 19.6.1980 geregelt. In einem deutsch/französischen Handelsvertretervertrag kommen diese Abkommen daher zur Geltung und können die Parteien gemäß Art 3 Abs 1 S 2 EVÜ ausdrücklich oder schlüssig fremdes Recht wählen, wobei sie in dieser Wahl völlig frei sind, allerdings gemäß Art 7 EVÜ hinsichtlich *Eingriffsnormen* und gemäß Art 16 EVÜ hinsichtlich des *ordre public* eingeschränkt werden.

Die gewählte Rechtsordnung muss dabei keine objektive Beziehung zum Vertragsverhältnis aufweisen.¹⁷⁵ Im Einzelfall ist allerdings nach Art 6 EVÜ auch zu prüfen, ob ein Handelsvertreter unter diese Bestimmung fällt, die den Schutz einer sozial und wirtschaftlich schwächeren Partei bezweckt, indem diese Partei nicht schlechter gestellt werden darf, als er stünde, wenn das Recht des Ortes angewendet wird, an dem er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Das ist dann zu bejahen, wenn ein gewisses Maß an Abhängigkeit und Fremdbestimmung gegeben ist.¹⁷⁶

Entweder die Parteien einigen sich auf das anwendbare Recht, was gemäß Art 3 EVÜ ohne weiteres möglich ist, also auch möglicherweise zur Anwendung des Rechts eines dritten Staates, oder sie vereinbaren im Vertrag das anwendbare Recht nicht ausdrücklich. Im ersten Fall stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit dieser Rechtswahl. Im zweiten Fall ist zu

¹⁷⁴ Verordnung (EG) Nr 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (*Rom I-Verordnung*).

¹⁷⁵ Küstner/Thume, Handbuch 686.

¹⁷⁶ Nocker, Kommentar 99 mwN.

klären, welches Recht Anwendung findet, worauf die Regeln des Internationalen Privat- und Verfahrensrechtes (IPR) eine Antwort geben.

Dabei ist zu beachten, dass der nationale Richter jeweils nationales internationales Privatrecht anwendet. Das (nationale) IPR gibt auch Antwort auf die Frage, ob der jeweilige nationale Richter überhaupt international zuständig ist. Durch verschiedene Staatsverträge, Richtlinien und Verordnungen haben die Staaten der EU in den vergangenen Jahrzehnten ihr IPR mehr und mehr angenähert. Das europäische Gerichtsstand und Vollstreckungsübereinkommen vom 22. Dezember 2000 (EuGVVO¹⁷⁷), in Kraft seit 1.3.2002, hat die internationale Zuständigkeit EU-weit einheitlich geregelt. Für den Handelsvertretervertrag sind die Art 2 und 5 Abs 1 dieser Verordnung einschlägig: Art 2 normiert die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes am Wohnort des Beklagten, Art 5 Abs 1 normiert die Möglichkeit eine Klage am Erfüllungsort einzubringen.

Für einen deutsch/französischen Handelsvertretervertrag sind allerdings sowohl das bereits erwähnte EVÜ, das durch die Art 27 bis 37 EGBGB in das deutsche Recht integriert wurde¹⁷⁸, als auch die zwischen Frankreich, Portugal, den Niederlanden und Argentinien abgeschlossene *Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation de La Haye* (Haager Übereinkommen über das auf die Stellvertretung anzuwendende Recht)¹⁷⁹ vom 14. März 1978 einschlägig, die gemäß ihrem Art 4 auch dann relevant ist, wenn die Rechtsordnung eines Staates betroffen ist, der dem Haager Abkommen nicht beigetreten ist.

Deutschland hat das Haager Abkommen nicht unterzeichnet, wodurch sich das auf den Handelsvertretervertrag anwendbare Recht ausschließlich nach den Art 27 ff EGBGB, dh nach den allgemeinen deutschen Konfliktnormen über vertragliche Schuldverhältnisse bestimmt, die das EVÜ umsetzen. In Frankreich hingegen stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von EVÜ und Haager Abkommen. Artikel 21 EVÜ normiert, dass es „*nicht die Anwendung internationaler Übereinkommen [berührt], denen ein Vertragsstaat angehört oder*

¹⁷⁷ EU 44/2001

¹⁷⁸ Küstner/Thume, Handbuch 685.

¹⁷⁹ Küstner/Thume, Handbuch 684.

angehören wird.“ Das EVÜ steht also der Anwendung des Haager Abkommens in Frankreich nicht entgegen.

Allerdings erkennen sowohl das EVÜ als auch das Haager Abkommen den sich aus der Privatautonomie ergebenden Grundsatz der freien Rechtswahl an, das heißt, dass im Falle einer Rechtswahl durch die Parteien das durch die Parteien gewählte Recht auch Anwendung findet. Dieses Prinzip hat jedoch durch eine – in der Lehre vielfach kritisierte – Entscheidung des EuGH eine interessante Einschränkung erfahren.¹⁸⁰ Dem Urteil zufolge ist die Wahl des Rechts eines Drittstaates dann unwirksam, wenn der Handelsvertretervertrag einen engen Bezug zum EG-Binnenmarkt aufweist und die Wahl des Drittstaatenrechts zur Folge hat, dass dem Handelsvertreter der durch Art 19 der Richtlinie gewährte Schutz¹⁸¹ entzogen wird. Der Cour de cassation hatte interessanter Weise wenige Tage nach dem EuGH-Urteil, noch in Unkenntnis dieses EuGH-Urteils, ein gegensätzliches Urteil gefällt.¹⁸²

In Ermangelung einer Rechtswahl ist in Deutschland das Recht des Staates anzuwenden, mit dem der Vertrag die engste Verbindung aufweist (Art 28 Abs 1 EGBGB). Gemäß Art 28 Abs 2 EGBGB wird – allerdings widerlegbar gem Art 28 Abs 5 EGBGB – vermutet, dass die engsten Verbindungen zu dem Staat bestehen, in dem sich die Hauptniederlassung für die berufliche oder gewerbliche Tätigkeit der Partei befindet, welche die *charakteristische Leistung* des Vertrages zu erbringen hat. Im Falle eines Handelsvertretervertrages erbringt der *Handelsvertreter* die charakteristische Leistung – somit ist das anzuwendende Recht nach dem EVÜ, bzw EGBGB das Recht des Staates, in dem der Handelsvertreter seine Hauptniederlassung hat.

Das Haager Abkommen normiert in Art 6 bezüglich des in Frankreich anwendbaren Rechts in Ermangelung einer Rechtswahl: *„Dans la mesure où elle n'a pas été choisie dans les*

¹⁸⁰ EuGH, 9.11.2000, Rechtssache „Ingmar GB Ltd“; Slg 2000, I-9305; Ofner, Ausgleichsansprüche des Handelsvertreterers und Rechtswahl, *ecolex* 2001, 715. Freitag/Leible, Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie – Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?, *RIW* 2001, 4, 287; im Detail siehe im folgenden Abschnitt dieser Arbeit.

¹⁸¹ Die Parteien können vor Ablauf des Vertrages keine Vereinbarungen treffen, die von Artikel 17 und 18 (Ausgleichsanspruch nach deutschem oder französischem System) zum Nachteil des Handelsvertreterers abweichen.

¹⁸² Cour de cassation, chambre commerciale, *JCP* 2001 II 10527 vom 28.11.2000.

conditions prévues à l'article 5, la loi applicable est la loi interne de l'Etat dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'intermédiaire a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle. Toutefois, la loi interne de l'Etat dans lequel l'intermédiaire doit exercer à titre principal son activité est applicable, si le représenté a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet Etat.“

Soweit nichts anderes vereinbart ist, kommt das Recht des Staates zur Anwendung, in dem der Vertreter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses seine Hauptniederlassung hat oder bei fehlender Niederlassung das Recht seines Wohnsitzes. Das Recht des Staates in dem der Vertreter seine Tätigkeit vertragsgemäß ausüben soll, ist immer dann anzuwenden, wenn der Vertreter seine Hauptniederlassung oder seinen Wohnsitz in diesem Staat hat.¹⁸³ Auch hier wird also grundsätzlich auf die *Hauptniederlassung (établissement professionnel) des Handelsvertreterers* abgestellt.

Bei Anwendung des EVÜ, bzw EGBGB und des Haager Abkommen wird man also grundsätzlich zum gleichen Ergebnis gelangen.¹⁸⁴

Die Rom I-Verordnung¹⁸⁵, die im Juni 2008 beschlossen wurde und das EVÜ mit Dezember 2009 ersetzen soll, sieht bezüglich Vertriebs- und Franchiseverträgen die Anknüpfung an den *gewöhnlichen Aufenthalt des Vertriebshändlers oder Franchisenehmers* vor. Grundsätzlich soll gemäß Art 4 Abs 2 Rom I-VO das Recht jenes Staates anzuwenden sein, in dem die Partei, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Gemäß Art 4 Abs 3 Rom I-VO wird die Wahl eines anderen Rechts nur noch dann möglich sein, wenn zum Recht dieses Staates eine „*offensichtlich engere Verbindung*“¹⁸⁶ besteht.

¹⁸³ Übersetzung vom Verfasser.

¹⁸⁴ Küstner/Thume, Handbuch 685.

¹⁸⁵ Verordnung (EG) Nr 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO).

¹⁸⁶ Berger, Die Rom I-Verordnung, AnwBl 2009, 113.

2. Der Unabdingbarkeitsgrundsatz des Art 19 der Richtlinie

Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters ist auf Grundlage des Art 19 der Richtlinie zwingendes Recht. Der EuGH hat bezüglich des Schutzes des Art 19 anlässlich der Rechtssache *Ingmar* am 9.11.2000 entschieden.¹⁸⁷ In dem Fall liegt ein Handelsvertretervertrag mit Auslandsbezug vor: Es sollte kalifornisches Recht zur Anwendung kommen, welches allerdings grundsätzlich keinen Ausgleichsanspruch vorsieht. Der Kläger, die Ingmar GB Ltd. klagte den Auftraggeber vor englischen Gerichten auf Zahlung des Ausgleichsanspruchs. Diese entschieden unter Berufung auf die Rechtswahlfreiheit des Art 3 EVÜ, dass kalifornisches Recht zur Anwendung komme und daher kein Anspruch zustünde.

Das Berufungsgericht, der Court of Appeal, legte die Frage allerdings dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Dieser erkannte die Regelung der Art 17 bis 19 der Richtlinie als zwingendes Recht, da die Mitgliedstaaten verpflichtet wären, diesen Ausgleichsanspruch der Handelsvertreter in den nationalen Rechtsordnungen zwingend zu verankern. Außerdem würde gerade dieser Bestimmung eine grundlegende Bedeutung zukommen, da sie Niederlassungs- und Wettbewerbsfreiheit im Binnenmarkt schütze, ja die Einhaltung der Richtlinie sogar grundlegende Bedeutung für die Ziele des EG-Vertrages hätte. Die Bestimmungen bezüglich des Ausgleichsanspruches seien daher vor Umgehung zu schützen und wären daher durch Rechtswahl nicht abdingbar. Die Entscheidung bedeutet, dass die Art 17 und Art 18 der Richtlinie – bzw ihre Umsetzung in nationales Recht – auch im Kollisionsrecht zwingend sind.¹⁸⁸

Die Entscheidung des EuGH wurde in der Literatur zwar überwiegend positiv aufgenommen¹⁸⁹, teilweise aber auch kritisiert.¹⁹⁰ Dies insbesondere in zwei Punkten: Der EuGH bietet – außer einem vagen Verweis¹⁹¹ auf Art 7 Abs 2 EVÜ – keine Rechtsgrundlage für die Durchbrechung des Prinzips der Rechtswahlfreiheit des Art 3 EVÜ. Art 7 Abs 2 EVÜ

¹⁸⁷ EuGH Rs C-381/98 *Ingmar GB Ltd. V Eaton Leonard Technologies Inc.*, Slg 2000, I-9305.

¹⁸⁸ Ofner, *Ausgleichsansprüche des Handelsvertreters und Rechtswahl*, *ecolex* 2001, 715.

¹⁸⁹ Ofner, *Ausgleichsansprüche des Handelsvertreters und Rechtswahl*, *ecolex* 2001, 715, 716.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

normiert den Vorrang einer Norm des Forumstaates, die einen Sachverhalt ohne Rücksicht auf das anwendbare Recht zwingend normiert. Des Weiteren entsteht der Eindruck, dass der EuGH – unter Bruch mit seiner ständigen Rechtsprechung – eine horizontale Direktwirkung von Richtlinien zulassen würde.¹⁹² So verweist auch Ofner kritisch auf den Art 20 EVÜ der die Subsidiarität der Regeln des EVÜ nach kollisionsrechtlichen Bestimmungen in Rechtsakten der EG oder nationaler Umsetzungsvorschriften normiert und wirft die Frage auf, „ob nicht auch in anderen Richtlinien des Verbraucherrechts [...] Kollisionsnormen enthalten sind“.¹⁹³

Da die Entscheidungskriterien des EuGH in der Rechtssache Ingmar GB Ltd. – daher eine Vorschrift soll im nationalen Recht erlassen werden, sie Norm soll zwingend sein und sie schützt den unverfälschten Wettbewerb am Binnenmarkt auch in anderen Richtlinien zu erkennen sind, wäre wohl auch dort vom Vorliegen einer zwingenden Kollisionsnorm auszugehen.¹⁹⁴

Nach *Mankowski* stehen sich bezüglich des Handelsvertreterrechts seit der Entscheidung Ingmar zwei Lager gegenüber, das eine, das eingriffsrechtliche Qualität befürwortet und das andere, das eingriffsrechtliche Qualität ablehnt.¹⁹⁵

Die bereits erwähnte Rom I-VO wird in Art 3 Abs 4 normiert, dass – somit alle anderen Elemente des Sachverhalts zum Zeitpunkt einer Rechtswahl in einem anderen als demjenigen Staat belegen sind, dessen Recht gewählt wurde – die Rechtswahl der Parteien nicht die Anwendung derjenigen Bestimmungen des Rechts eines anderen Staates berührt, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann. Dies umfasst sowohl Verbraucherverträge, als auch „B2B-Verträge“, also Verträge zwischen Unternehmern, bei denen zwar intern rechtlich zwingende gemeinschaftsrechtliche Normen selten sind, aber gerade hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreeters vorliegen.¹⁹⁶

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Mankowski, Die Rom I-Verordnung, 147.

¹⁹⁶ Mankowski, Die Rom I-Verordnung, 136.

Art 9 Abs 1 Rom I-VO kodifiziert nunmehr das Eingriffsrecht und definiert Eingriffsnormen auf Grundlage der jüngsten einschlägigen Rechtsprechung des EuGH in *Arblade*¹⁹⁷ und *Mazzoleni*¹⁹⁸ als Recht, dessen Einhaltung „als so entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation eines Staates angesehen wird, dass ihre Anwendung auf alle Sachverhalte, die in ihren Anwendungsbereich fallen, vorgeschrieben ist, ungeachtet des nach Maßgabe der Rom I-VO auf den Vertrag anzuwendenden Rechts“¹⁹⁹.

¹⁹⁷ EuGH 23. 11. 1999 - verb. Rs. C-369/96 u. C-374/96, Slg. 1999, I-8453, I-8513 Rn. 31 - Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & fils SARL, Bernard u. Serge Leloup u. Sofrage SARL.

¹⁹⁸ EuGH 15. 3. 2001 - Rs. C-165/98, Slg. 2001, I-2189, I-2221 f Rn. 22 - 26 - Strafverfahren gegen André Mazzoleni u. Inter Surveillance Assistance SARL.

¹⁹⁹ Mankowski, Die Rom I-Verordnung, 146.

V. Provisionsverluste als ein zentrales Element der Ausgleichsberechnung nach der deutschen Berechnungsmethode

Diesem Kapitel ist voranzuschicken, dass bei Versicherungsvertretern auf Grund der strukturellen Unterschiede zum Geschäft der Warenvertreter ein teilweise sehr unterschiedliches Regime und eine Ausnahme in der Rechtsprechung zu beachten ist²⁰⁰, daher soll hier eine Einschränkung auf den Warenvertreter vorgenommen werden, soweit nicht im Einzelfall explizit auf den Versicherungsvertreter eingegangen wird.

A. Die Bedeutung der Provisionsverluste im Lichte des EuGH Urteils Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH²⁰¹

In der Richtlinie heißt es in Art 17 Abs 2 lit a Satz 2, dass ein Ausgleichsanspruch nur dann entsteht, wenn *„die Zahlung eines solchen Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.“*²⁰². Daraus kann abgeleitet werden, dass eine Berücksichtigung der Provisionsverluste des Handelsvertreters jedenfalls auch im Rahmen der Billigkeitsprüfung zu erfolgen hat; dies, um der Billigkeitsprüfung im Rahmen der Ausgleichsberechnung einen bedeutenderen Stellenwert zu geben.²⁰³ Immerhin sollen Billigkeitserwägungen ja auch zu einer Einschränkung oder gar einem gänzlichen Entfall des Anspruches führen können.²⁰⁴ So wurde das in Österreich auch umgesetzt; § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG übernimmt oben stehende Formulierung der RL beinahe gleichlautend, jedenfalls aber inhaltsgleich.

Der deutsche Gesetzgeber hatte hingegen bis zur jüngsten Gesetzesänderung²⁰⁵ diesbezüglich in § 89b Abs 1 HGB Z 2 (alt) als eigenständige Anspruchsvoraussetzung normiert, dass *„der Handelsvertreter infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision*

²⁰⁰ Küstner/Thume, Handbuch 264.

²⁰¹ EuGH (1. Kammer) Rs. C-348/07 vom 26.3.2009 – *Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH*; EWS 2009/4, 150.

²⁰² RL 86/653/EWG, § 17.

²⁰³ Küstner/Thume, Handbuch, 264 mwN.

²⁰⁴ Nocker, Kommentar, 704; zu Einschränkung arg „soweit“, zum Entfall arg „wenn“.

²⁰⁵ Zu den jüngsten Änderungen durch siehe im Detail weiter unten.

verliert, die er bei Fortsetzung desselben aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustande kommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte“ und getrennt davon in Ziffer 3 der Bestimmung die Voraussetzung Billigkeit. Erst jetzt wurde die Bestimmung dahingehend abgeändert, dass die Provisionsverluste nicht mehr eigenständige Anspruchsvoraussetzung sind, sondern im Rahmen der Billigkeitserwägungen zu prüfen sind.²⁰⁶

Die Reaktion der Rechtsprechung auf diese Veränderung steht noch aus, in der deutschen Lehre wird aber bereits die Ansicht vertreten, dass sich dadurch enorme Veränderungen ergeben könnten.²⁰⁷ Der Titel des diesbezüglich ersten Aufsatzes *„Das Handelsvertreterrecht muss neu geschrieben werden (...)“*²⁰⁸, nach dem die Änderungen durchaus auch auf sämtliche Absatzmittler Auswirkungen haben könnten, auf die § 89b HGB analog angewendet wird,²⁰⁹ täuscht allerdings, denn die in diesem Titel anklingenden grundlegenden Änderungen relativiert der Verfasser im demselben Aufsatz wieder überwiegend, zumindest hinsichtlich der Bedeutung der Provisionsverluste im Rahmen der Ausgleichsberechnung.²¹⁰ Als grundlegend könnte sich allerdings die allgemeine Vorgabe des EuGH herausstellen, dass immer die handelsvertreterfreundlichste rechtliche Auslegung zu bevorzugen ist.²¹¹ Dabei stellt der Verfasser dieses Aufsatzes fest: *„Angesichts des Wegfalls der Provisionsverluste als notwendiges TB-Merkmal wäre es dogmatisch vielleicht zutreffender, die allerdings schwer quantifizierbaren Unternehmervorteile und nicht die Provisionsverluste des HV zur Basis der Ausgleichsberechnung zu erheben.“*²¹² Weiters merkt er an, dass freilich *„die Unternehmervorteile dem HV nicht notwendiger Weise bekannt sein müssen und eine gewisse Schematisierung trotz aller Ungerechtigkeiten ihres Einzelfalls erforderlich ist“*²¹³ In diesem Zusammenhang prognostiziert er auch, dass Rechtsprechung grundsätzlich bei den

²⁰⁶ Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung vom 31.7.2009 (dBGBI. I S. 2512) mit Wirkung vom 5.8.2009.

²⁰⁷ Emde, Raimond, Das Handelsvertreterrecht muss neu geschrieben werden, DStR 29/2009, 1478.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Emde, Raimond, Das Handelsvertreterrecht muss neu geschrieben werden, 1479f.

²¹⁰ Emde, Raimond, Das Handelsvertreterrecht muss neu geschrieben werden, 1484f.

²¹¹ Emde, Raimond, Das Handelsvertreterrecht muss neu geschrieben werden, 1479.

²¹² Emde, Raimond, Das Handelsvertreterrecht muss neu geschrieben werden, 1484.

²¹³ Emde, Raimond, Das Handelsvertreterrecht muss neu geschrieben werden, 1485.

entwickelten Berechnungsmethoden bleiben wird.²¹⁴ Die Unternehmervorteile als erste Voraussetzung sind dabei nach den Provisionsverlusten zu prüfen, da diese meist klar zu beziffern sind, jene aber lediglich „erheblich“ sein müssen.²¹⁵ Die Vorteile müssen aus der Geschäftsverbindung stammen und Verluste aus einer Doppelbelastung wegen der Zahlung von Provisionen an den Nachfolger des Handelsvertreters stehen dem Ausgleichsanspruch nicht entgegen.²¹⁶ Die Unternehmervorteile entsprachen dann bisher einfach den Provisionsverlusten des Handelsvertreters, wenn der Unternehmer nichts anderes nachwies.²¹⁷

Gerade aus österreichischer Sicht ist dies besonders interessant, zumal sich die österreichische Rechtsprechung, während Bestehens der eben jetzt in Deutschland geänderten richtlinienkonformen Rechtslage, bereits bis jetzt an der deutschen Rechtsprechung zur bis dato differierenden deutschen Rechtslage orientiert hat. Hinsichtlich der Bezifferung der Unternehmervorteile ist man in Österreich wie in Deutschland auch dem pragmatischen Weg gefolgt, diese grundsätzlich den Provisionsverlusten - als einzigen (gewissermaßen realen buchhalterischen) Anhaltspunkt der Ausgleichsberechnung - gleichzusetzen²¹⁸, wodurch ja wiederum die Provisionsverluste im Zentrum der Ausgleichsberechnung stehen und zuvorderst berechnet werden müssen. Eine vom Verfasser des oben zitierten Aufsatzes gesehene „Herabstufung“²¹⁹ der Provisionsverluste zu einem Beispielsfall der Billigkeit und lediglich ausgleichserhöhendes Tatbestandmerkmal des § 89b HGB kann sich also wohl eher nur auf formale Einordnung des Tatbestandmerkmals und nicht auf die konkrete Bezifferung eines Ausgleichsanspruchs beziehen.

Nach dieser jüngsten Rechtsprechung²²⁰ des EuGH zu Art 17 Abs 2 lit a der Richtlinie kann die bisherige deutsche Rechtsprechung, die dasjenige Element in der Ausgleichsbemessung als das maßgeblichste ansehen wollte, wenn es das niedrigste Ergebnis brachte, insofern nicht mehr aufrecht erhalten werden, als der Anspruch des Handelsvertreters nicht von vornherein

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Hopt, Handelsvertreterrecht 140; Küstner/Thume, Handbuch 707.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Küstner/Thume, Handbuch 238 mwN zit ua BGH I ZR 29/89 vom 29.3.1990.

²¹⁸ Jüngst etwa OGH 8 ObA 45/08p vom 13.11.2008.

²¹⁹ Emde, Raimond, Das Handelsvertreterrecht muss neu geschrieben werden, 1479.

²²⁰ EuGH (1. Kammer) Rs. C-348/07 vom 26.3.2009 – *Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH*; EWS 2009/4, 150.

mit den Provisionsansprüchen begrenzt werden darf, wenn die Unternehmervorteile größer sind. Diese Rechtsprechung war auf Grund der dargelegten Differenz der Bestimmung des § 89b Abs 1 HGB Z 2 (alt) und des Art 17 Abs 2 lit a der Richtlinie entstanden und hat zu der aktuellen Gesetzesänderung geführt.

Im Folgenden soll die Entwicklung im Detail dargestellt werden.

Im Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Hamburg vom 27.7.2007²²¹ wollte das Gericht unter anderem²²² wissen, ob es mit Artikel 17 Abs 2 lit a der Richtlinie vereinbar sei, dass der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters durch seine Provisionsverluste infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses begrenzt wird, auch wenn die dem Unternehmer verbleibenden Vorteile höher zu bewerten sind. Nach der deutschen Rechtsprechung hätten die drei Tatbestandselemente kumulativen Charakter und würden einander begrenzen, wodurch der Ausgleichsanspruch nur dem niedrigsten der drei Beträge entsprechen könnte und das Landgericht dazu neigen würde, die Richtlinie so auszulegen, dass die Obergrenze für den Ausgleichsanspruch auch durch die Provisionsverluste gebildet werden kann, die im Rahmen der Billigkeitsprüfung nur als ein Element beachtet werden sollen.²²³

In seinem Urteil stellt der EuGH nach Darstellung der betreffenden Normen – bei der auch der diesbezügliche Unterschied²²⁴ von Richtlinie und deutscher Rechtslage hinsichtlich der Prüfung der Provisionsverluste im System der Ausgleichsberechnung augenfällig wird – zunächst fest, dass Art 17 der Richtlinie mit Blick auf die Ziele der Richtlinie und das von ihr eingeführte System zu interpretieren ist, und zwingendes Recht ist, das dazu dient, die Interessen der Handelsvertreter gegenüber den Unternehmern zu schützen.²²⁵ Weiters spricht der EuGH aus, dass die Mitgliedsstaaten lediglich zwischen den in der Richtlinie vorgesehenen Systemen wählen können und sich darin ihr Spielraum auf die

²²¹ ABl. C 235/10 vom 6.10.2007.

²²² Die andere Frage bezog sich auf die Behandlung von Unternehmervorteilen im Rahmen der Ausgleichsberechnung bei Konzernzugehörigkeit des Unternehmers. Diese sollen laut EuGH nicht in die Berechnung einbezogen werden.

²²³ EuGH Rs. C-348/07, Rn 9f.

²²⁴ Siehe Ausführungen weiter unten im gleichen Abschnitt.

²²⁵ St Rechtsprechung des EuGH, zuletzt EuGH C-465/04 vom 23.3.2006 – *Honyvem Informazioni Commerciali* zit in EuGH Rs. C-348/07, Rn 13, 14 und 17.

Gestaltungsmöglichkeiten beschränkt, die durch Art 17 und 18 der Richtlinie gewährt werden.²²⁶

Der EuGH nennt auch explizit die Einbeziehung der Provisionsansprüche als ein Beweggrund der Billigkeitsüberlegungen²²⁷ und erteilt schließlich der Neigung des Landgerichts Hamburg eine klare Absage, im Sinne des deutschen Systems, dahingehend zu entscheiden, dass der Ausgleichsanspruch die Provisionsverluste als im vorliegenden Fall niedrigsten Betrag nicht überschreiten kann: Er hält fest, dass eine solche Umsetzung der Richtlinie, wie sie im deutschen System vorgenommen wird, nur dann zulässig ist, wenn sie für den Handelsvertreter nicht nachteilig sein kann und der Ausgleich dadurch zum Nachteil des Handelsvertreters ausschließlich nach unten angepasst werden darf.²²⁸ Die deutsche Rechtsprechung würde mit einer Entscheidung, wie der zuletzt vom Landgericht Hamburg erwogenen also fehlgehen.²²⁹ Dies bedeutet aber, dass die in der deutschen Rechtsprechung bis dato in diesem Punkt der Ausgleichsberechnung judizierte Methode nicht EU-Rechtskonform war.

Als Vergleich eignet sich hier die österreichische Rechtsprechung, da der OGH den in diesem Punkt der Richtlinie entsprechenden, vom § 89b HGB abweichenden, § 24 HVertrG hinreichend judiziert und etwa in 6 Ob 248/07z vom 12.12.2007 feststellt hat, dass unter anderem die Frage nach den Unternehmervorteilen im Rekurs nicht geeignet ist, eine Überschreitung des für die Bestimmung der Höhe einer angemessenen Ausgleichszahlung bestehenden Spielraums zu beweisen. Die niedrigeren Unternehmervorteile können daher bei höheren Provisionsverlusten den Ausgleichsanspruch nicht einschränken.²³⁰ Es gilt eben nicht wie nach der deutschen Rechtsprechung auf Grundlage des alten § 89b HGB, dass das niedrigste Ergebnis bei der Berechnung der Voraussetzungen den Ausgleichsanspruch begrenzt.

Der deutsche Gesetzgeber hat jetzt auch sehr schnell reagiert und eine richtlinienkonforme Rechtslage hergestellt. Am 3.7.2009 nahm der Bundestag den Gesetzentwurf zur Änderung

²²⁶ Ibid, Rn 15 und 18.

²²⁷ Ibid, Rn 19.

²²⁸ Ibid, Rn 20 und 23.

²²⁹ Ibid, Rn 24.

²³⁰ OGH 6 Ob 248/07z vom 12.12.2007, 3.

des § 89b HGB an und nachdem am 10.7.2009 der deutsche Bundesrat der Änderung zugestimmt hatte, trat sie am 5.8.2009 in Kraft. Der neue Gesetzeswortlaut orientiert sich nunmehr wörtlich an der Richtlinie.

Die Gesetzesanpassung wurde kurzfristig im Rahmen der abschließenden Beratungen des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages in einen Gesetzentwurf der deutschen Bundesregierung zur „*Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung*“ integriert und war zuvor offensichtlich im letzten Moment und offensichtlich ohne Anhörung der Interessensverbände²³¹ in die abschließende Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 1.7.2009 integriert worden.²³² Im Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung zum in Frage stehenden Gesetz²³³ war die damit in keinem Zusammenhang stehende Änderung des § 89b HGB selbstverständlich noch nicht erwähnt, also ein klarer Fall von Anlassgesetzgebung. In der abschließenden Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses heißt es zu den vorangehenden Beratungen im Ausschuss nur, dass die Gesetzesänderung nach dem eindeutigen Urteil des EuGH über die bestehende Differenz zwischen deutscher Rechtslage und Richtlinie notwendig sei und dass eine Anpassung erfordert, dass die Prüfung der Provisionsverluste nicht mehr als eigene Anspruchsvoraussetzung erfolgt, wodurch eine der niedrigste sich aus den drei Voraussetzungen ergebende Betrag den Ausgleichsanspruch nach oben hin begrenzen konnte, sondern die Provisionsverluste vielmehr im Rahmen der Billigkeitsvoraussetzung zu prüfen seien, wodurch der Ausgleichsanspruch künftig zugunsten des Handelsvertreters die auf Grund des Vertrages entstehenden Provisionsverluste auch übersteigen kann.²³⁴ Weitere Erwägungen wurden vom Rechtsausschuss nicht angestellt bzw veröffentlicht.

Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Provisionsverluste ohnehin bereits nach bisheriger Rechtsprechung auch im Rahmen der Billigkeitsprüfung vorrangig zu prüfen waren, wodurch hervor gestrichen wurde, dass die Zahlung eines Ausgleichs ohne näher bezifferte oder strittige Provisionsverluste nicht der Billigkeit entspräche.²³⁵ Ursprünglich war in Reaktion

²³¹ Darüber liegt jedenfalls keine veröffentlichte Dokumentation vor.

²³² Art 6a BT-Drs.16/13672.

²³³ Drs.16/12814 vom 29. 04. 2009.

²³⁴ BT-Drs.16/13672, 33f.

²³⁵ Hopt, Handelsvertreterrecht 149.

auf die Richtlinie im Referentenentwurf des deutschen Bundesministers der Justiz eine der österreichischen Umsetzung der Richtlinie entsprechende Gesetzesänderung bereits vorgesehen gewesen.²³⁶ Allerdings hatte der deutsche Gesetzgeber die Regelung schließlich – auch nach Kritik der deutschen Lehre – so nicht umgesetzt, eigentlich um die Ausgleichsberechnung für alle Beteiligten nicht weiter zu verkomplizieren: In der deutschen Lehre wurde das Belassen der vormaligen deutschen Bestimmung gegen den ursprünglichen Entwurf des deutschen Justizministeriums auch mit dem Argument begrüßt, dass *„die Einbeziehung der bisherigen Anspruchsvoraussetzung des Provisionsverlustes in die Anspruchsvoraussetzung des Billigkeitsgrundsatzes die Ausgleichsberechnung nicht vereinfacht, sondern über alle Maßen erschwert hätte.“*²³⁷ Andererseits hat in Deutschland in jüngerer Zeit auch ein Teil der Lehre eine richtlinienkonforme Auslegung des § 89b HGB dahingehend gefordert, dass die Provisionsverluste keine zwingende Anspruchsvoraussetzung sein dürfen.²³⁸

Es lässt sich also die in Frage stehende Anordnung der Prüfschritte nach den betrachteten Rechtsnormen in Hinblick auf die Provisionsverluste unter Einbeziehung der deutschen Gesetzesänderung in tabellarischer Form wie folgt darstellen:

Prüfschritte	Art 17 RL	§ 24 HVertrG	§ 89b HGB alt	§ 89b HGB neu
1	Unternehmer- vorteile	Unternehmer- vorteile	Unternehmer- vorteile	Unternehmer- vorteile
2	Billigkeit (inkl. Provisions- verluste)	Billigkeit (inkl. Provisions- verluste)	Provisions- verluste	Billigkeit (inkl. Provisions- verluste)
3			Billigkeit	

Wie zentral die Bewertung der Provisionsverluste für den Ausgleichsanspruch insgesamt nach österreichischer Rechtsprechung ist, lässt sich auch daran erkennen, dass die Bewertung des Unternehmervorteils, also der anderen theoretisch bezifferbaren Voraussetzung des

²³⁶ Küstner/Thume, Handbuch, 264 mwN.

²³⁷ Küstner/Thume, Handbuch 264f.

²³⁸ Thume, Das Handelsvertreterrecht in Deutschland, IHR 2006, 191.

Ausgleichsanspruchs – im Fall, dass der Unternehmer keinen Gegenbeweis antritt – vom OGH mit der Höhe der Provisionsverluste des Handelsvertreters angenommen wird, da der Unternehmer zumindest genau die bezifferten Provisionen einsparen wird.²³⁹ Die Schätzung der Unternehmervorteile nach dem § 89b HGB wird idR auf Grundlage des § 287 Abs 2 d ZPO²⁴⁰ vorgenommen, wobei auch die deutsche Rechtsprechung unterstellt, dass die Unternehmervorteile der Höhe der Provisionsverluste des Handelsvertreters entsprechen wird.²⁴¹ Ansatz jeglicher Bezifferung bleiben also für gewöhnlich erst recht die Provisionsverluste des Handelsvertreters.

Bei Berechnung des Ausgleichsanspruchs ist nach dem OGH der Unterschied zwischen dem alten deutschen System und dem (richtlinienkonformerem) österreichischen System hinsichtlich der Platzierung der Provisionsverluste jedoch nicht entscheidend, weil die Billigkeitsüberlegungen nach § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG ohnehin von der Frage beherrscht werden, ob dem Handelsvertreter Provisionen entgehen.²⁴² Die Ergebnisse der österreichischen Diskussion hinsichtlich der bis dato spezifisch österreichischen Erfordernisse bezüglich der Orientierung an der von den Intentionen der Richtlinie abweichenden deutschen Rechtsprechung, könnten in der jetzt unter den Rechtsanwendern in Deutschland herrschenden Unsicherheit eigentlich ebendort von Interesse sein. Andererseits könnte man spiegelbildlich in Österreich hinterfragen, ob die starke Anlehnung der österreichischen Lehre und Rechtsprechung an die in Deutschland entwickelten Berechnungsmethoden nicht zu der gleichen problematischen Auslegung geführt haben könnten, die nunmehr vom EuGH kritisiert wurde; dies könnte zumindest zu einem vorsichtigeren Einsatz vergangener deutscher Rechtsprechung zur Ausgleichsberechnung im österreichischen Kontext führen.

Gleichzeitig sollte auch die allgemeine Aussage, dass für den Handelsvertreter günstiger entschieden werden soll, jedenfalls auch auf die österreichische Rechtsprechung ausstrahlen, die sich in ihrer Berechnungsmethode so stark an der nunmehr zurechtgewiesenen deutschen Rechtsprechung orientiert hat.

²³⁹ OGH 8 ObA 45/08p vom 13.11.2008.

²⁴⁰ Entspricht inhaltlich § 273 ZPO im österreichischen Recht.

²⁴¹ Küstner/Thume, Handbuch 238 mwN zit ua BGH I ZR 29/89 vom 29.3.1990.

²⁴² OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003.

B. Bewertung von Provisionsverlusten

Wie man den österreichischen Materialien entnehmen kann, stehen die Provisionsverluste jedenfalls im Zentrum der Ermittlung des Ausgleichsanspruchs²⁴³, sie bilden sogar den maßgeblichen Umstand bei dessen Berechnung und insbesondere wird auch der so genannte „Rohausgleich“ im Rahmen der Ausgleichsberechnung nach österreichischer herrschender Lehre an Hand der Provisionsverluste ermittelt.²⁴⁴

Für die richtige Bewertung der Provisionsverluste muss das Augenmerk insbesondere auf diese zwei zentralen Aspekte des Ausgleichrechts des Handelsvertreters liegen: (erstens) welche Geschäfte (zweitens) mit welchen Kunden provisionsrelevant und daher ausgleichsrelevant sind. Aus praktischer Überlegung heraus, sollen diese Aspekte in der Folge in umgekehrter Reihenfolge behandelt werden. Ziel ist es, besonders interessante typische Fragen zu klären, die auch zeigen, wie dichotomisch verwoben Provisions- und Ausgleichsrecht sind; einerseits kann nur in den Ausgleich einfließen und beziffert werden, was auch provisionsfähig wäre, dem Handelsvertreter also voraussichtlich als Provision entgehen wird, andererseits kann das, was auch nach Vertragsabschluss als Provision geleistet wird (etwa Überhangsprovisionen – dazu siehe unten) gerade nicht auch einen Teil des Ausgleichs bilden.

In ständiger Rechtsprechung des OGH trägt der Handelsvertreter zwar die Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des Ausgleichsanspruchs, allerdings trifft in eine Beweiserleichterung, wenn ihm der Beweis für die Zuführung neuer Kunden und der Nachweis der getätigten Geschäftsabschlüsse gelingt. Den Unternehmer trifft die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die ihm keine bleibenden Vorteile durch diese Geschäftsverbindungen zugekommen sind oder zukommen werden.²⁴⁵

²⁴³ 578 BlgNR 18. GP 15.

²⁴⁴ Nocker, Kommentar 707 zit auch OGH 8 ObS 183/99s vom 9.9.1999.

²⁴⁵ OGH RS0106003; zuletzt OGH 7 Ob 233/07a vom 28.11.2007.

1. Kunden

a) Neukunden

Nach herrschender Meinung in Österreich und Deutschland, sowie der Rechtsprechung des OGH und BGH sind nur solche Provisionsverluste maßgeblich, die dem Handelsvertreter aus Geschäften mit Neukunden oder diesen gleichgehaltenen intensivierten Altkunden entstanden wären.²⁴⁶ Die Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen trifft grundsätzlich den Handelsvertreter.²⁴⁷

Ein Neukunde gemäß § 89b HGB ist ein Kunde, zu dem vor Beginn eines in Frage stehenden Handelsvertretervertrages noch keine, bzw eine wesentlich geringere Geschäftsverbindung bestanden hatte und für dessen Werbung die Tätigkeit des Handelsvertreters zumindest in irgendeiner Weise mitursächlich war, wobei nur vertragliche Verhältnisse (nicht zB behördlich erzwungene) Relevanz haben.²⁴⁸ Je nach Branche, Vertriebsweg und Wirtschaftsstufe können dies auch die unterschiedlichsten Marktteilnehmer sein, etwa Händler, Wiederverkäufer oder Verbraucher.²⁴⁹ Ausgleichsrechtlich relevant werden allerdings nur Stammkunden im Zusammenhang mit den Unternehmervorteilen.²⁵⁰

Auch nach § 24 HVertrG sind relevante Kunden nur Neukunden des Unternehmers, also solche, die erst nach dem Vertragsschluss mit dem Handelsvertreter hinzugekommen sind, indem sie in eine Geschäftsverbindung schließen.²⁵¹ Damit ist auch wie nach deutscher Rechtslage lediglich ein vertragliches Verhältnis mit dem Unternehmer gemeint.²⁵² Eine Geschäftsverbindung muss dabei bedeuten, dass weitere Geschäftsabschlüsse mit diesem Kunden in überschaubarem Zeitraum in Aussicht stehen²⁵³, wodurch erst die für künftige

²⁴⁶ OGH 4 Ob 65/06x vom 9.8.2006; Nocker, Kommentar 708; Küstner/Thume, Handbuch 265, 271.

²⁴⁷ OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000.

²⁴⁸ Küstner/Thume, Handbuch 181f zit ua BGH I ZR 149/82 vom 29.11.1984.

²⁴⁹ Küstner/Thume, Handbuch 182.

²⁵⁰ RS 0124681; OGH 9 ObA 24/08g vom 1.4.2009; OGH 2 Ob 252/08k vom 10.6.2009.

²⁵¹ OGH 9 ObA 24/08g vom 1.4.2009.

²⁵² Nocker, Kommentar 643 unter Rückgriff auf die deutsche Lehre.

²⁵³ OGH 9 ObA 24/08g vom 1.4.2009.

ausgleichsrelevante Provisionsverluste nötige Stammkundschaft entsteht.²⁵⁴ Nach der zitierten jüngsten Entscheidung des OGH, der sich darin auf die österreichische und deutsche Lehre, sowie seine ständige Rechtsprechung bezieht, ist die ausgleichsrelevante Stammkundschaft von der übrigen „unzuverlässigen“ Kundschaft abzugrenzen. Demnach sind Stammkunden ausschließlich Mehrfachkunden, also solche Kunden, die je nach Wirtschaftsgut „in einem überschaubaren Zeitraum, in dem üblicherweise mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben“ oder auch Einmalkunden, „von denen unter den gegebenen Umständen innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes nach Vertragsende Wiederholungskäufe zu erwarten sind“. Für die Beurteilung des Neukundenerwerbes muss laut OGH ein überschaubarer Beobachtungszeitraum herangezogen werden.²⁵⁵

Das Vorliegen von Stammkundschaft wird im Zusammenhang mit Unternehmervorteilen geprüft, da Neukunden ausgleichsrechtlich ja nur dann maßgeblich sind, wenn sie zu Stammkunden werden. Das zu erwartende Geschäft muss außerdem einen gewissen Umfang und eine gewisse Beständigkeit aufweisen.²⁵⁶

In einem Fall allerdings soll die Voraussetzung der Stammkundeneigenschaft nach der deutschen Lehre, und dieser folgend auch nach der österreichischen Lehre²⁵⁷, keine Gültigkeit haben, bzw durch eine schlüssigen Verbindung des Ausgleichsrechts vom Provisionsrechts zu einer Ausnahme führen. Dann nämlich, wenn bei Vertragsende oder nach einer bestimmten Frist alle Provisionsansprüche erlöschen sollen²⁵⁸, oder Provisionsansprüche nur dann entstehen sollen, wenn der Geschäftsabschluss und die provisionsauslösende Ausführung des Geschäftes während des aufrechten Handelsvertretervertrages erfolgt sind²⁵⁹, also eine Provisionsverzichtsklausel vereinbart worden war. In diesem Fall würde nämlich der Handelsvertreter trotz Provisionsverlust und bestehendem erheblichem Unternehmervorteil leer ausgehen, wofür die Lehre die auf Grund des Provisionsverzichts nicht bezahlte Provision

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Zuletzt OGH 9 ObA 24/08g vom 1.4.2009.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Küstner/Thume, Handbuch 266; Nocker, Kommentar 710.

²⁵⁸ Küstner/Thume, Handbuch 266.

²⁵⁹ Küstner/Thume, Handbuch 266; Nocker, Kommentar 710.

für das vermittelte Geschäft nennt²⁶⁰. Wenn bei diesem Einmalgeschäft auch kein Stammkunde geworben wurde – so das Argument der Lehre – wurde doch zumeist ein Kunde geworben, wofür der Unternehmer keine Provision gezahlt hat. Aus dieser Überlegung heraus soll dem Handelsvertreter für so ein Geschäft dann trotzdem ein Ausgleich zustehen.²⁶¹ Der Ausgleichsanspruch kann also in diesem Fall so etwas wie eine „Auffangfunktion“ bekommen.

b) Intensivierung bestehender Geschäftskontakte

Der Werbung von Neukunden wird gemäß § 89b Abs 1 HGB und § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG eine wesentliche Intensivierung von bestehenden Geschäftsverbindungen gleichgehalten. Die Entscheidung des OGH allerdings, in die Berechnung des Rohausgleiches auch die Provisionseinnahmen aus bereits bei Beginn des Handelsvertreterverhältnisses bestehenden Geschäften einzubeziehen²⁶², steht dazu in einem Widerspruch und wird von der Lehre kritisiert, da der durch den Ausgleichsanspruch abzugeltende Mehrwert nur durch die Intensivierung im Sinne einer Ausweitung gebildet werden kann.²⁶³ Dabei hat sich in der Praxis die Fragen gestellt, ob dabei auch eine bloß quantitative Umsatzsteigerung (dh mehr derselben Produkte) ausreicht oder nur eine qualitative Steigerung (dh auch andere Produkte) dazu führen soll, dass die intensivierten Altkunden den Neukunden gleichgehalten werden können. Zu dieser Frage hat der OGH entschieden²⁶⁴, dass auch eine rein quantitative Umsatzsteigerung ausreicht. In der Entscheidung geht er auch auf die alte Rechtslage gemäß § 25 HVG ein, nach der noch die Zuführung von Kunden – anders als nach deutscher Rechtslage – allein Voraussetzung eines Ausgleichsanspruchs war und es erforderlich war, dass eine ausschließliche oder vorwiegende Beschäftigung des Handelsvertreters mit dieser Neukundengewinnung gegeben war.²⁶⁵ Nach jetziger Rechtslage ist dies in Österreich gemäß § 24 Abs 1 Z 1 nicht der Fall. Gemäß § 89b HGB kann also auch eine Umsatzsteigerung der

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Ibid.

²⁶² OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003.

²⁶³ Nocker, Kommentar 681.

²⁶⁴ OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003.

²⁶⁵ So stellte der OGH etwa in 2 Ob 552/90 vom 23.5.1990 fest, dass der Hinweis darauf nicht zielführend sei, dass der Geschäftsherr auch Vorteile durch die Betreuung der Altkunden habe, da § 25 HVG nur auf die Zuführung von neuen Kunden ab stellt, nicht aber auf die Betreuung bereits vorhandener Kundschaft.

Werbung eines Neukunden wirtschaftlich gleichgestellt sein. Die österreichische Rechtsprechung schloss aus § 25 HVG, dass die Erhöhung des Umsatzes allein nicht genüge, sondern der Handelsvertreter tatsächlich Kunden gewinnen müsse, mit denen bisher keine Geschäftsverbindung bestanden habe oder eine Geschäftsbeziehung qualitativ, also dadurch ausgeweitet wurde, dass andere Produkte als bisher bezogenen wurden.²⁶⁶ Das Geschäft musste also insbesondere auf Waren außerhalb des bisher bestellten Sortiments ausgedehnt werden.²⁶⁷ Die Änderung dieser Rechtsprechung erfolgte nach der Umsetzung der Richtlinie durch Orientierung an der deutschen Rechtsprechung und Lehre zu § 89b Abs 1 HGB. Die deutsche Rechtsprechung und Lehre ging einhellig davon aus, dass sowohl die qualitative, als auch die quantitative Umsatzsteigerung maßgeblich sein können. Eine rein quantitative Umsatzsteigerung wird danach jedenfalls dann als wesentlich angesehen, wenn sich der Umsatz ungefähr verdoppelt hat.²⁶⁸ Diese Ansicht wird nunmehr auch von der österreichischen Lehre bezüglich § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG geteilt²⁶⁹, wobei allerdings davon ausgegangen wird, dass nicht nur eine Verdopplung des Umsatzes²⁷⁰, sondern auch bereits „wesentlich geringere Umsatzausweitungen“²⁷¹, also etwa „Umsatzsteigerungen mit einzelnen Kunden [von] ca 50 %“²⁷² die Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Eine Umsatzsteigerung nur durch Geldentwertung genügt nicht, allerdings schadet auch ein Preisverfall nicht, wenn der Stückzahlumschlag wesentlich gesteigert wird.²⁷³

c) Reaktivierte Altkunden

Eine weitere Frage ist, ob auch solche Kunden im Sinne der §§ 89b HGB und 24 HVertrG für den Ausgleichsanspruch Relevanz haben – also Neukunden gleichgehalten werden – zu denen bereits eine Geschäftsverbindung des Unternehmers bestanden hatte, die durch den Handelsvertreter *reaktiviert* wurde. Zwei Elemente müssen hier also unterschieden werden,

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ Ibid mwN.

²⁶⁹ Nocker, Kommentar 681.

²⁷⁰ „Etwa 100 %“ laut OGH 6 Ob 170/02x.

²⁷¹ Nocker, Kommentar 677.

²⁷² Ibid.

²⁷³ Hopt, Handelsvertreterrecht 139 mwN.

erstens das Verhältnis von reaktivierten Altkunden zu Neukunden, zweitens die Abgrenzung zu intensivierten Altkunden.

In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst eigentlich genauer die Frage nach der Neukunden-Eigenschaft, also ab welcher Intensität des Abbruchs einer Geschäftsverbindung eine Wiederaufnahme eher dem Handelsvertreter als dem Unternehmer zuzurechnen ist, wobei auch auf das hinsichtlich der Ursächlichkeit der Tätigkeit des Handelsvertreters auf das weiter unten Gesagte zu verweisen ist²⁷⁴; eine bloße Mitursächlichkeit soll nach österreichischer Lehre, unter Rückgriff auf die deutsche Lehre, ausreichen.²⁷⁵

Nach der deutschen Lehre und Rechtsprechung muss die Verbindung des Unternehmers mit dem Kunden bereits *abgerissen* gewesen sein und es dem Handelsvertreter gelungen sein, den Kunden *wiederzugewinnen*.²⁷⁶ Dies war etwa bzgl eines Verlegers so entschieden worden, dessen Kontakte vor einer Neuauflage eines Adressenverzeichnisses nach neun Jahren von einem Handelsvertreter wieder gewonnen worden waren und in einem anderen Fall als ein Handelsvertreter nach fünfjähriger Tätigkeit einen nennenswerten Umsatz mit Kunden für einen Unternehmer wiederherstellen konnte, zu denen der Umsatz fast zum Erliegen gekommen war, als der Vorgänger des Handelsvertreters bereits drei Jahre zuvor die Vertretung eingestellt hatte.²⁷⁷

Nach der österreichischen Rechtsprechung und Lehre muss eine Geschäftsverbindung *zum Erliegen* gekommen sein, bzw *völlig abgebrochen* gewesen und vom Handelsvertreter wieder aufgenommen worden sein, damit von einer Reaktivierung gesprochen werden kann²⁷⁸, wovon dann ausgegangen werden kann, wenn davor die letzte Bestellung solange zurückgelegen ist, dass mit einer neuen Bestellung ohne die Tätigkeit des Handelsvertreters nicht mehr hätte gerechnet werden können. Dafür sollen die *typischen Bestellintervalle* des jeweiligen Geschäftszweiges und ein allfälliges *Naheverhältnis* in Form von *Service- oder Wartungsverträgen* herangezogen werden; letztere zeigen, dass der Kontakt jedenfalls nicht

²⁷⁴ S unten in Abschnitt [].

²⁷⁵ Nocker, Handbuch 646; Petsche/Petsche Demmel, Handelsvertretergesetz 176f mwN.

²⁷⁶ Küstner, Handbuch 187.

²⁷⁷ OLG Nürnberg HVR Nr. 571 vom 3.11.1982 auch unter Rückgriff auf ältere Rechtsprechung, zit in Küstner, Handbuch 187.

²⁷⁸ Nocker, Handbuch 645f.

abgerissen war.²⁷⁹ Nach der österreichischen Lehre zeigt sich eine Reaktivierung weiters auch daran, dass es dem Handelsvertreter gelingt, abgewanderte Kunden zurück zu gewinnen, wofür allerdings nicht Gelegenheitskäufe maßgeblich sein dürfen und der Handelsvertreter auch keine Schuld an der Abwanderung des Kunden etwa wegen mangelhafter Betreuung treffen darf.²⁸⁰ Letztlich muss wohl auch das mit den reaktivierten Altkunden zu erwartende Geschäft, genauso wie mit neuen Stammkunden und intensivierten Altkunden *einen gewissen Umfang und eine gewisse Beständigkeit*²⁸¹ dahingehend aufweisen, dass auch dem Unternehmer als Vorteil eine *Wertsteigerung des Unternehmens durch die Chance, den neuen Kundenstand zu nutzen*²⁸² zukommt. Hinsichtlich der Frage, ob eine quantitative oder auch eine qualitative Umsatzsteigerung maßgeblich sein soll, kann wohl entsprechende Judikatur zu den intensivierten Altkunden²⁸³ herangezogen werden, wonach beides möglich ist. Demnach wäre dann aber mA – gewissermaßen spiegelbildlich – zur Fragestellung bei intensivierten Altkunden das Vorliegen einer relevanten Reaktivierung eines Altkunden nicht nur dann zu prüfen, wenn an eine Geschäftsbeziehung mit diesem Altkunden quantitativ, also hinsichtlich etwa der gleichen Produktgruppe angeknüpft wurde, sondern auch qualitativ, also bezüglich anderer Produkte.

Reaktiviert der Handelsvertreter aber Kunden, die lediglich eine Zeitlang nicht beliefert wurden, so kann es nach deutscher Rechtsprechung sein, dass diese nicht als neuen Kunden iSd § 89b Abs 1 Z 1 HGB gelten und es kann dann auch keine ausgleichsfähige Kundenwerbung argumentiert werden, der Kundenstock wird nicht erweitert.²⁸⁴ Dies zeigt, dass nach der deutschen Rechtsprechung jedenfalls ein strenger Maßstab anzulegen sein soll²⁸⁵, was wohl auch nach österreichischem Recht gelten muss.

Hinsichtlich der Abgrenzung der Reaktivierung zur Intensivierung der Geschäftsbeziehung mit Altkunden kann man also konstatieren, dass die strengen Auflagen bezüglich einer Reaktivierung hinsichtlich des erforderlichen Bruchs mit dem Altkunden hier die strengen

²⁷⁹ Nocker, Handbuch 646.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ 9 ObA 24/08g vom 1.4.2009 zit 6 Ob 170/02x ua.

²⁸² 7 Ob 233/07a vom 28.11.2007 zit RS0062649.

²⁸³ OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003.

²⁸⁴ OLG Köln, 26.1.2001 – 19 U 113/00, BB 2001, 1601.

²⁸⁵ Küstner, Handbuch 188.

bzw relativ hohen Auflagen hinsichtlich einer Intensivierung ersetzen, die sonst wohl umgangen werden könnten.

d) Vorvertraglich geworbene Kunden

Damit Kunden für den Ausgleichsanspruch relevant sind, müssen sie vom Handelsvertreter *während des aufrechten Handelsvertreterverhältnisses*²⁸⁶ geworben worden sein. In diesem Zusammenhang ist die Abgrenzung, ob eine ausgleichrelevante Kundenwerbung vorliegt, immer danach zu treffen, ob auch der Unternehmer mit den vorvertraglich geworbenen Kunden bereits in Geschäftsverbindung stand, oder lediglich der Handelsvertreter.²⁸⁷

Zunächst ist also beachtlich, dass hinsichtlich der ausgleichsrelevanten Kunden immer auf den Unternehmer abzustellen ist, also darauf, ob die Kunden überhaupt, bzw in welcher Intensität sie mit dem Unternehmer bereits in Geschäftsverbindung standen. Nur wenn ein Handelsvertreter Kunden einbringt, mit denen der Unternehmer noch nicht in Kontakt stand, so sind diese Geschäftsverbindungen als für den Unternehmer neue Verbindungen, für den Ausgleichsanspruch relevant.²⁸⁸

Im Zusammenhang mit der Thematik der vorvertraglichen Kunden kann sich in der Praxis eine Vielzahl von Problemen stellen, von denen im Folgenden nur eine Auswahl behandelt werden kann.

²⁸⁶ Nocker, Kommentar 655.

²⁸⁷ Küstner/Thume, Handbuch 183ff.

²⁸⁸ Ibid.

(1) Vertragsumwandlung

Wird ein Vertrag zwischen Unternehmer und Handelsvertreter umgewandelt, so stellt sich die Frage, welche Kundenkontakte des Handelsvertreters für den Ausgleichsanspruch relevant sind.

Eine Umwandlung des Vertragsverhältnisses kann in Hinblick auf den Ausgleichsanspruch insbesondere dann besonders bedeutsam sein, wenn nur bei einem der in Frage stehenden Vertragsverhältnisse ausgleichsfähige Leistungen getätigt werden, steht der Anspruch doch – gegebenenfalls auch analog – nach § 89b HGB oder § 24 HVertrG nur unter ganz bestimmten, gesetzlich normierten oder von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zu.

Ein sehr praktischer Fall stellt sich etwa dann, wenn ein Handelsvertretervertrag einvernehmlich beendet und zwischen dem Unternehmer und einer Kapital- oder Personengesellschaft neu abgeschlossen wird, an der der bisherige Handelsvertreter beteiligt ist (Handelsvertretergesellschaft). Das Vertragsverhältnis wird also aus Sicht der Vertragsparteien fortgesetzt, richtiger Weise entsteht aber wohl ein neuer Vertrag und der bisherige wird einvernehmlich beendet.²⁸⁹ Den Anspruch muss der berechtigte Handelsvertreter gemäß § 24 Abs 5 HVertrG innerhalb der Frist von einem Jahr geltend machen, andernfalls entfällt dieser. Gemäß § 24 Abs 3 Z 3 HVertrG kann der Handelsvertreter seinen Anspruch aber auch einem Dritten, also etwa der neuen Handelsvertretergesellschaft übertragen.²⁹⁰

In dieser Vertragsumwandlung wird in der Lehre teilweise eine einvernehmliche Beendigung des Vertragsverhältnisses gesehen.²⁹¹ Wobei diese Interpretation von *Nocker* – der allerdings genauso den Begriff der Beendigung des Vertrages verwendet – nicht unkritisch gesehen wird: Er stellt fest, dass eine solche Umwandlung, durch die lediglich der Handelsvertreter ausgetauscht wird, eigentlich keine Beendigung des Vertrages, sondern eher die

²⁸⁹ Nocker, Kommentar 575.

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Petsche/Petsche-Demmel, Handelsvertretergesetz 162.

einvernehmliche Auswechslung eines Vertragspartners darstellt.²⁹² Diesbezüglich zeigt ein Blick ins Zivilrecht, dass nach der Lehre und Rechtsprechung tatsächlich ein bloßer Wechsel des Schuldners oder Gläubigers grundsätzlich noch keine Novation bedeutet.²⁹³ Erst mit einer Änderung des Rechtsgrundes oder des Hauptgegenstandes gelten gemäß § 1410 ABGB die Bestimmungen der Novation und nicht die Bestimmungen der Schuldübernahme gemäß §§ 1404ff ABGB.²⁹⁴ Findet auch ein Gläubigerwechsel statt, so sind zusätzlich die Bestimmungen über die Zession einzubeziehen.²⁹⁵

Folgt man der nach herrschender Lehre geltenden Diktion der Vertragsbeendigung, die auch nach der deutschen Lehre gilt²⁹⁶, wird also das Vertragsverhältnis durch Novation gemäß § 1376 ABGB bzw § 311 Abs 1 BGB geändert, wodurch ein neues Rechtsverhältnis entsteht, so impliziert dies auf Grundlage des Prinzips der Vertragsfreiheit jedenfalls Einvernehmlichkeit, die zugunsten des Handelsvertreters dann grundsätzlich den Ausgleichsanspruch entstehen lässt.²⁹⁷

Zu unterscheiden ist, ob ein Handelsvertretervertrag erneuert wird, ein Angestellter zum Handelsvertreter wird oder umgekehrt ein Handelsvertreter in ein Angestelltenverhältnis wechselt.

Wird etwa ein bestehender Handelsvertretervertrag erneuert, so löst dies noch keinen Ausgleichsanspruch aus.²⁹⁸ Nachher wie vorher werden gleichermaßen ausgleichsfähige Leistungen erbracht.

Befand sich der Vertreter, bevor er Handelsvertreter wurde, bei demselben Unternehmer als Reisender bereits in einem Angestelltenverhältnis, dann sind die in dieser Zeit vermittelten Geschäftsverbindungen, die ihm der Unternehmer in das Handelsvertreterverhältnis mit

²⁹² Nocker, Kommentar 575.

²⁹³ Heidinger in Schwimann, ABGB (Band 6) 714; Ertl in Rummel, Kommentar (Band 2 Teil 3) 133ff.

²⁹⁴ Ibid; OGH 4 Ob 559/81 vom 21.9.1982 SZ 55/132.

²⁹⁵ Heidinger in Schwimann, ABGB (Band 6) 714; Ertl in Rummel, Kommentar (Band 2 Teil 3) 133ff.

²⁹⁶ etw Küstner/Thume, Handbuch 184.

²⁹⁷ Küstner/Thume, Handbuch 184; Nocker, Kommentar 575; Petsche/Petsche-Demmel, Handelsvertretergesetz 162.

²⁹⁸ Ibid.

übertragen hat, nur bei ausdrücklicher Vereinbarung ausgleichsfähig.²⁹⁹ Da die Ausgleichsfähigkeit hinsichtlich der infrage stehenden Kundenwerbung allerdings nur auf das Verhältnis zum aktuellen Unternehmer abstellt, ist ein Kundenstock dann sehr wohl ausgleichsfähig, wenn er ursprünglich für einen anderen Unternehmer geworben wurde.³⁰⁰ Es sind alle Kunden beachtlich, die nach der Umstellung auf den Handelsvertretervertrag geworben wurden, daher auch die, zu denen sich die Kundenbeziehung zwar schon angebahnt hat, als der Handelsvertreter noch etwa angestellter Reisender war, die aber erst nach der Umstellung tatsächlich Kunden wurden.³⁰¹

Wird umgekehrt ein Handelsvertreter- in ein Angestelltenverhältnis umgewandelt, so lässt die Einvernehmlichkeit der Umstellung den Ausgleichsanspruch deshalb entstehen, weil es in dem neuen Vertragsverhältnis dem Angestellten nicht mehr möglich sein wird, weitere ausgleichsfähige Leistungen zu erbringen.³⁰²

(2) Mehrfache Umstellung

Wird ein Handelsvertretervertrag in einen Angestelltenvertrag umgewandelt, gehen die Parteien dann aber wieder zu einem Handelsvertreterverhältnis über, so stellt sich die Frage, ob die Kundenwerbung, die der Handelsvertreter als Angestellter geleistet hat, ausgleichsfähig ist. Dies ist – „*mag auch diese Beurteilung [...] nicht voll befriedigen*“³⁰³ – bei streng formaler Betrachtung nur dann der Fall, wenn es vereinbart wurde. Hier ist allerdings einfach das Resultat der oben ausgeführten Umstellung eines Angestellten- in einen Handelsvertretervertrag umzusetzen und auch möglicherweise im Lichte einer am Parteiwillen orientierten Vertragsauslegung zu beurteilen, sodass dem Handelsvertreter unter Umständen wohl unterstellt werden kann, dass ihm der mit dem Eingehen des zeitweiligen Angestelltenverhältnisses einhergehende Verlust der Ausgleichsfähigkeit – bezüglich der während dieses Vertragsverhältnisses durchgeführten Kundenwerbung – bewusst war. Es ist ja gerade auch dieses Kriterium, das die beiden Vertragsverhältnisse unterscheidet.

²⁹⁹ Küstner/Thume, Handbuch 184.

³⁰⁰ Vgl dazu oben stehende Ausführungen zu vorvertraglich erworbenen Kunden.

³⁰¹ Küstner/Thume, Handbuch 184.

³⁰² Petsche/Petsche-Demmel, Handelsvertretergesetz 162 mwN; Küstner/Thume, Handbuch 184.

³⁰³ Küstner/Thume, Handbuch⁷ 236.

(3) Mehrstufige Vertragsverhältnisse

Wird ein Kunde, den der Handelsvertreter bereits für einen Unternehmer geworben hat, von einem Untervertreter für einen anderen Unternehmer geworben, so liegt deshalb eine ausgleichsfähige Neukunden-Werbung des Unterververtreters gegenüber dem Handelsvertreter vor, da ja auch er dem zweiten Unternehmer gegenüber diesen Neukunden im Rahmen der Ausgleichsberechnung geltend machen kann. Weiters ist dieser Kunde in Bezug auf den zweiten Unternehmer auch tatsächlich ein Neukunde.³⁰⁴

Nach dem OGH kann auch einem organisatorisch übergeordneten Handelsvertreter in mehrgliedrigen Vertreterorganisationen ein Ausgleichsanspruch zustehen, wenn er mittelbar – durch den Aufbau einer Untervertreterorganisation oder Unterstützung und Weiterbildung der Untervertreter – an der erfolgreichen Kundenzuführung durch einen "unechten Unterververtreters" ursächlich ist.³⁰⁵

(4) Von nebenberuflicher zu hauptberuflicher Handelsvertreterstätigkeit

In diesem Zusammenhang ist auf einen interessanten Unterschied zwischen deutscher und österreichischer Rechtslage hinzuweisen. Gemäß Art 2 Abs 2 der Richtlinie³⁰⁶ ist es den Mitgliedstaaten möglich, vorzusehen, dass die Richtlinie nicht auf Personen anwendbar ist, die Handelsvertretertätigkeiten so ausüben, dass sie nach dem Recht dieses Mitgliedstaates als nebenberufliche Tätigkeiten angesehen wird.

Die Ausnahme von nebenberuflichen Handelsvertretern von den Bestimmungen für den Handelsvertreter – so auch die ausgleichsrechtlichen Bestimmungen – ist in Deutschland in § 92b Abs 1 HGB normiert. In dieser Bestimmung wird vorgesehen, dass die Frage, ob ein Handelsvertreter nur als nebenberuflicher Handelsvertreter tätig ist, nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen ist. Die deutsche Regierungsvorlage folgte hinsichtlich der Definition der Hauptberuflichkeit dem in der Lehre als *Übergewichtstheorie* bekannten

³⁰⁴ Küstner/Thume, Handbuch 184.

³⁰⁵ OGH 9 ObA 44/98f vom 1.4.1998.

³⁰⁶ RL 86/653/EWG.

Zugang, wonach Hauptberuflichkeit bei überwiegender Tätigkeit und überwiegendem Einkommen gegeben ist.³⁰⁷

In Österreich wurde hingegen keine Ausnahme nebenberuflicher Handelsvertreter normiert, allerdings ist bei diesen genau zu prüfen, ob tatsächlich eine Pflicht zum Tätig werden bestand, andernfalls ein Maklerverhältnis gegeben war, auf welches das HVertrG wiederum nicht anwendbar ist.³⁰⁸

Das hat zur Folge, dass die Thematik des Wechsels von einer in die andere Beschäftigungsweise ausgleichsrechtlich nur in Deutschland problematisch ist, da es dort eben ausgleichsrechtlich einen Unterschied macht, ob haupt- oder nebenberufliche Tätigkeit vorliegt.³⁰⁹

In Deutschland können gemäß § 89b Abs 1 Z 2 HGB nur diejenigen Kunden des Unternehmers als ausgleichsfähige geworbene Kunden beachtlich sein, die der Handelsvertreter aufgrund seiner unmittelbaren hauptberuflichen Werbe- und Vermittlungstätigkeit ab Beginn des Vertreterverhältnisses für den Unternehmer angeworben hat.³¹⁰ Also können die von einem nebenberuflichem Handelsvertreter oder einem Angestellten des Unternehmers für diesen Unternehmer geworbene Kunden nur dann für den Ausgleichsanspruch relevant werden, wenn die Geschäftsbeziehungen mit ihnen dann während des aufrechten Handelsvertreterverhältnisses in qualifizierter Weise so intensiviert wurden, dass sie Neukunden gleichzuhalten sind.³¹¹

Wie im Angestelltenverhältnis, so ist auch die in nebenberuflicher Handelsvertretung durchgeführte Kundenwerbung nach dem HGB dann nicht ausgleichsfähig, wenn dies nicht vor Übergang zur hauptberuflichen Handelsvertretung eigens vereinbart worden ist.³¹² Der Unterschied liegt allerdings darin, dass dieser Übergang – aus einer wirtschaftlichen Perspektive heraus betrachtet – fließend erfolgt, und der vertragliche, und damit aus

³⁰⁷ Küstner/Thume, Handbuch 79f.

³⁰⁸ Nocker, Kommentar 37.

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Küstner/Thume, Handbuch 79ff.

³¹¹ Küstner/Thume, Handbuch 183ff.

³¹² Küstner/Thume, Handbuch 184.

juristischer Perspektive zeitlich eindeutig bestimmte, Umstieg in ein hauptberufliches Handelsvertreterverhältnis oft nur diesem tatsächlich bereits bestehenden wirtschaftlichen Verhältnis nachzieht.³¹³ Jedenfalls ausgleichsfähig ist eine Kundenbeziehung, die sich zwar angebahnt hat, aber erst bei hauptberuflicher Handelsvertreterstätigkeit eigentlich zustande gekommen ist, oder in die Intensivierung einer bestehenden Kundenbeziehung iSd § 89b Abs 1 Z 3 HGB intensiviert wurde.³¹⁴

(5) Unternehmensübergang

Erhält der Handelsvertreter dem übernehmenden Unternehmen die Kunden des übernommenen Unternehmens, beziehen diese Kunden also durch Veranlassung des Handelsvertreters ihre Waren weiterhin vom Unternehmen so sind diese Kunden im Rahmen der Ausgleichsberechtigung zu berücksichtigen, insbesondere wenn diese Kunden dem Erwerber vor dem Erwerb nicht bekannt waren.³¹⁵

(6) Großhändler

Ein besonderes Problem stellt sich außerdem dann, wenn ein Großhändler zum Handelsvertreter wird. Wenn dieser nämlich als Handelsvertreter Kunden in das Vertragsverhältnis einbringt, die er bis dahin als Eigenhändler mit den Produkten dieses Unternehmers beliefert hatte, so sind diese Kunden an sich ausgleichsfähige Neukundschaft.³¹⁶ Es bestand nämlich vorher – im Unterschied zu einer Kundenwerbung durch einen angestellten Vertreter oder nebenberuflichen Handelsvertreter – noch keine Geschäftsbeziehung zwischen ihnen und dem Unternehmer. Angeknüpft wird hier also an die direkte Verbindung zwischen Unternehmer und Kunden, denn es muss der Kunde für den Unternehmer neu sein und nicht für den Handelsvertreter, was – wie Nocker bemerkt – eigentlich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht.³¹⁷

³¹³ Küstner/Thume, Handbuch 7 236.

³¹⁴ Dies trifft generell zu; Küstner/Thume, Handbuch 183ff.

³¹⁵ OLG Koblenz 6 U 940/96 vom 18.6.1996, HVR Nr. 882.

³¹⁶ Nocker, Kommentar 644.

³¹⁷ Ibid.

e) Ursächlichkeit der Kundenwerbung

Eine zentrale Frage des Ausgleichsrechts ist, ob nur solche Kundenwerbung ausgleichsfähig ist, die der Handelsvertreter alleine durchgeführt hat, oder dem eine lediglich mitursächliche Tätigkeit des Handelsvertreters gleichzuhalten ist. Dazu lässt sich aus dem § 89b HGB keine Antwort ableiten³¹⁸, was auch für § 24 HVertrG und zuvorderst auch den Art 17 der Richtlinie gilt. Ein Blick auf die Rechtsprechung zum Verdienstlichkeitsbegriff im Provisionsrecht zeigt allerdings, dass grundsätzlich kein bestimmtes Ausmaß an Verdienstlichkeit erforderlich ist, um einen Provisionsanspruch entstehen zu lassen;³¹⁹ ein Provisionsanspruch entsteht demnach sogar, wenn der Handelsvertreter für das zustande gekommene Geschäft nur eine untergeordnete Rolle gespielt hat.³²⁰

Erst dann wird eine Mitursächlichkeit nach herrschender Meinung verneint, wenn ein Geschäft durch *Weiterempfehlung* eines anderen Kunden zustande kam, selbst wenn der Handelsvertreter diesen Kunden an den Unternehmer vermittelt hatte, außer der Handelsvertreter selbst hatte das Geschäft in die Wege geleitet.³²¹ Sowohl nach deutscher, als auch nach österreichischer Rechtsprechung und Lehre reicht auch für den Ausgleichsanspruch die bloße Mitursächlichkeit der Tätigkeit des Handelsvertreters an der Kundenwerbung aus.³²²

In diesem Zusammenhang interessant sind die Ausführungen von *Küstner/Thume* zur Verknüpfung von Ausgleichs- und Provisionsrecht in der 7. Auflage ihres Handbuchs.³²³ Das OLG München hat nämlich auch im Zusammenhang mit der Frage von Werbemaßnahmen von Unternehmern geurteilt, dass, wenn für den Erwerb eines Provisionsanspruchs die Mitwirkung des Handelsvertreters ausreicht, dies auch für den Ausgleichsanspruch gelten muss.³²⁴ *Küstner/Thume* bemerken dazu allgemein, dass kein Grund ersichtlich sei, dass für den Begriff der Werbung eines Kunden im Ausgleichrecht strengere Bestimmungen gelten

³¹⁸ Küstner/Thume, Handbuch 186.

³¹⁹ Nocker, Kommentar 238 mwN, zit dLehre.

³²⁰ Ibid.

³²¹ Ibid.

³²² Küstner/Thume, Handbuch 185ff; BGH 4.6.1975, BB 1975, 1275; OLG Köln, 4.11.1970, BB 1971 S 103; Nocker, Kommentar 657ff; OGH in stRechtsprechung RS0109607.

³²³ Küstner/Thume, Handbuch⁷, 2003.

³²⁴ OLG München, 14.10.1987, HVR Nr. 640.

sollten, als im Provisionsrecht.³²⁵ Dahinter steht das allgemeine Argument, dass die Bestimmungen des Ausgleichsrechts im Allgemeinen nicht strenger sein sollen, wie die vergleichbaren Bestimmungen des Provisionsrechts.

Wenn auch eine bloße Mitwirkung des Handelsvertreters an der Kundenwerbung ausgleichsrelevant ist, stellt sich weiters die Frage, welchen Anteil der Handelsvertreter an einer Kundenwerbung haben muss, damit diese Mitwirkung die ausgleichsrechtlich relevante Schwelle überschreitet.

Von all den denkbaren Fällen, werden einige praktische Beispielfälle im Handbuch von Küstner und Thume beschrieben:³²⁶ Die erste Verhandlung mit einem Interessenten, dem bereits ein Angebot des Unternehmers vorliegt, ist nicht durch den Handelsvertreter allein durchgeführt worden, sondern in Anwesenheit eines Angestellten des Unternehmers (zB eines technischen Mitarbeiters oder Verkaufsleiters). Oder etwa, ein Kunde wird auf einer Messe von Handelsvertreter und Unternehmer gemeinsam angeworben. Zuletzt, der Unternehmer leitet Adressen von Interessenten, die sich auf Grund einer Werbeaktion bei ihm gemeldet haben, an den Handelsvertreter zur Bearbeitung weiter. In all diesen Fällen ist die Schwelle der Mitwirkung des Handelsvertreters erreicht und es wurden ausgleichsfähige Kunden geworben. Der letzte Beispielfall ist in der Praxis von besonderer Relevanz, da es oft vorkommt, dass sich Kunden beim Unternehmer auf Grund einer Werbeaktion melden, die dann vom Unternehmer an den Handelsvertreter weiter verwiesen werde. Der OGH hat in jüngster Rechtsprechung zu § 24 HVertrG diesbezüglich neuerlich bestätigt, dass auch die Werbetätigkeit des Unternehmers einer Mitursächlichkeit der Tätigkeit des Handelsvertreters nicht schadet.³²⁷ 1997 hatte der OGH geurteilt, dass die Werbetätigkeit des Handelsvertreters (*nur*) *zumindest mitursächlich* gewesen sein muss.³²⁸ Eine eigene Werbung des Unternehmers steht der Werbung durch den Handelsvertreter grundsätzlich nicht entgegen. Er beruft sich dabei auf die österreichische Lehre und ständige Rechtsprechung und führt aus, dass an der *entscheidenden* Mitursächlichkeit der Klägerin die eigene Werbetätigkeit des Unternehmers nichts ändert. In diesem Fall war nicht einmal klar, ob vom Unternehmer nach Vertragsende tatsächlich *sehr viele* Verträge mit vom Handelsvertreter akquirierten Kunden abgeschlossen

³²⁵ Küstner/Thume, Handbuch 7 241.

³²⁶ Küstner/Thume, Handbuch 186.

³²⁷ OGH 9 ObA 24/08g vom 1.4.2009.

³²⁸ 4 Ob 83/97b vom 18.3.1997.

worden waren, daher, ob diese Mitursächlichkeit tatsächlich den nötigen nachhaltigen Effekt hatte. Allerdings verlangt ein Blick in das Provisionsrecht wohl nach einer Differenzierung: Hat sich der Kunde nämlich nicht erst nach einem Beratungsgespräch mit dem Handelsvertreter, sondern schon vor dem Kontakt mit dem Unternehmer zu einem Kauf entschieden (*fester Kaufentschluss*), so entsteht dem Handelsvertreter – soweit der Kunde nicht mit ihm als Abschlussvertreter kontrahieren musste – kein Provisionsanspruch³²⁹, was wohl auch eine entsprechende Auswirkung auf die Beurteilung des Ausgleichsanspruchs haben wird.

So hat auch das deutsche Bundesarbeitsgericht, hinsichtlich der Frage, welcher Maßstab an die Mitursächlichkeit zum Entstehen des Provisionsanspruchs angelegt werden soll, geurteilt, dass man sich daran orientieren soll, was nach den Vertragsbedingungen an Mitwirkung erwartet werden kann.³³⁰ Wobei diesbezüglich aber unerheblich sei, ob die vom Handelsvertreter geleistete Arbeit alleine ausreiche, zum Abschluss des Vertrages zu führen und eine als Erfolgsvergütung zugesagte Provision jedenfalls zustehe, selbst wenn Zufall oder die Tätigkeit anderer – sogar in erster Linie – beitragen.³³¹

In einem bereits zitierten Urteil aus 1997 hatte der OGH in interessanter Formulierung geurteilt, dass eine *objektive Mitwirkung* des Handelsvertreters bei der Gewinnung von Kunden ausreicht.³³²

In Rechtsprechung zum Tankstellenhalter aus 2002 urteilte der OGH in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung, dass für das Zuführen neuer Kunden im Sinn des § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG eine Mitursächlichkeit ausreicht, und dass auch allein schon das *Offenhalten und Betreiben einer Tankstelle* eine solche Mitursächlichkeit für das Zustandekommen der Geschäftsbeziehung mit einem Stammkunden sei.³³³

Zur Beantwortung der Frage hat der OGH auf die Grundlagen des Rechts des Ausgleichsanspruchs zurückgegriffen und auf breiter Basis die deutsche Rechtsprechung,

³²⁹ Nocker, Kommentar 239 mwN, zit dLehre.

³³⁰ BAG HVR Nr. 435 vom 12.1.1971; kommentiert in Küstner/Thume, Handbuch 187.

³³¹ Ibid.

³³² OGH 4 Ob 83/97b vom 18.3.1997.

³³³ 8 ObA 290/01g vom 28.3.2002 und 8 ObA 299/01f vom 28.3.2002; auch zit in 7 Ob 122/06a vom 30.8.2006.

sowie die deutsche und auch österreichische Lehre einbezogen. Er hat insbesondere argumentiert, dass die ständige deutsche Rechtsprechung des BGH *allein in dem Offenhalten und Betreiben der Tankstellen* schon die nötige Mitursächlichkeit für das Zustandekommen der Geschäftsbeziehungen erkennen würde, was in deutschen Lehre kaum kritisiert worden wäre. Es würde vielmehr nach herrschender Lehre von einem Ausgleichsanspruch des Tankstellenpächters oder Tankstellenhalters ausgegangen.³³⁴ Der BGH hatte dazu insbesondere ausgeführt, dass für das Aufsuchen einer Tankstelle zwar allein die Lage, die Marke oder der Preis maßgeblich sein kann, aber für das Zustandekommen von Geschäftsverbindungen und insbesondere die ausgleichsfähige Stammkundschaft jedenfalls auch erforderlich ist, dass der Tankstellenhalter die Tankstelle auch tatsächlich betreibt, also offen und betriebsbereit hält. Es ginge auch nach der deutschen Lehre gerade darum, dass die Zuführung von ausgleichsrelevanten Kunden durch den Abschluss von Verträgen erfolgt und solche eben durch den Tankstellenbetreiber zustande kämen. Der Tankstellenbetreiber würde außerdem noch einen Teil des wirtschaftlichen Risikos des Vertriebes übernehmen.³³⁵

f) Sogwirkung der Marke

Der Begriff der Sogwirkung einer Marke ist in der Praxis mit unterschiedlichen Vorstellungen verknüpft und ist dadurch, dass eine klare Begriffsdefinition fehlt, ausgleichsrechtlich eher schwer fassbar, was insbesondere im Markenartikelvertrieb problematisch ist.³³⁶ Unter der Sogwirkung einer Marke versteht man für gewöhnlich, dass eine Erleichterung für den Handelsvertreter dadurch eintritt, dass er eine bekannte Marke vertreibt³³⁷ und bemisst diese Erleichterung durch einen Abschlag im Rahmen der Billigkeitsprüfung.³³⁸ So hatte der OGH etwa in der zuvor zitierten Entscheidung mit zu beurteilen, ob die Sogwirkung der Marke für die Kundenwerbung eines Tankstellenpächters als kritisch zu beurteilen war. Dies war durch eine Kundenbefragung festgestellt worden. Es waren dafür in einem Zeitraum von etwa zwei Wochen 873 Kunden der Tankstelle – fast die Gesamtheit der Kunden – befragt worden. Die

³³⁴ BGH 6. 8. 1997 NJW 1998, 66 sowie 71 jeweils mwN, sowie BGH 28. 11. 2001 VIII ZR 38/01 zit in OGH 8 ObA 290/01g vom 28.3.2002.

³³⁵ OGH 8 ObA 290/01g vom 28.3.2002.

³³⁶ Küstner/Thume, Handbuch 432.

³³⁷ Ibid.

³³⁸ So etwa OGH 8 ObA 45/08p vom 13.11.2008.

Untersuchung zeigte, dass die auf den Verpächter bezogenen Motive, insbesondere die geografische Lage, preisliche Gründe und die günstigen Zu- und Abfahrtsmöglichkeiten, für die Kundenentscheidung, bei dieser Tankstelle zu tanken, dominierten, dass aber die Sogwirkung der Marke als extrem schwach einzustufen war.³³⁹ Demgegenüber klar einsichtig ist die vernachlässigbare Mitwirkung des Handelsvertreters an der Kundenwerbung wenn der Unternehmer eine Monopolstellung hat, denn dann muss der Vertreter nicht einmal die ausgleichsbegründende akquisitorische Tätigkeit entfalten.³⁴⁰ Eine bestimmte Zahl an Kunden wird aber oftmals auf Grund des Bekanntheitsgrades der Marke leichter zu werben sein. Allerdings ist nach der deutschen und österreichischen Lehre auch nur dann von einer Sogwirkung auszugehen, wenn der Kunde auf Grund der Markenstärke sozusagen *gezwungen* wird, die Ware des Unternehmers zu kaufen, da – wenn dieser Kunde etwa Wiederverkäufer ist – diese Ware ein notwendiges Angebot an seine Kunden darstellt. Diese Sogwirkung soll nach der deutschen und österreichischen Lehre alleinig eine Wirkung auf den Ausgleichsanspruch haben.³⁴¹ Diesbezüglich wird auch von „Mussartikeln“ gesprochen, bei denen der Handelsvertreter selbst nur noch eine Kontroll- und Ordnungstätigkeit hinsichtlich des geregelten Absatzes versieht und für den so genannten „Regaldienst“ Verantwortung trägt, was allerdings für sich auch als eine den Absatz fördernde Tätigkeit im Rahmen der Kundenwerbung interpretiert werden kann.³⁴²

Die Sogwirkung der Marke stellt also ein Element in der Sphäre des Unternehmers dar, durch das dem Handelsvertreter eine Voraussetzung für das Bestehen des Ausgleichsanspruchs, nämlich eine ausgleichsrelevante Kundenwerbung wesentlich erleichtert werden kann. Deshalb ist zu fragen, auf welchen Ebenen der Ausgleichsberechnung dieses Argument einzubeziehen ist. Man könnte ja etwa davon ausgehen, dass die Sogwirkung auf jeder Ebene der Anspruchsvoraussetzungen, der Werbung von Neukunden oder gleichgehaltenen Kunden, der Unternehmervorteile, der Provisionsverluste und der Billigkeitsüberlegungen eine nicht unbedeutende Rolle spielt; dem ist nach österreichischer Lehre und Rechtsprechung und nach der deutscher Rechtsprechung aber nicht so. Während *Nocker* die Sogwirkung der Marke lediglich unter den Billigkeitsgesichtspunkten problematisiert³⁴³ und – unter Rückgriff auf die

³³⁹ Ibid.

³⁴⁰ Küstner/Thume, Handbuch 197.

³⁴¹ Nocker, Kommentar 659; Küstner/Thume, Handbuch 199.

³⁴² Küstner/Thume, Handbuch 197.

³⁴³ Nocker, Kommentar 775ff.

deutsche Rechtsprechung zu § 89b HGB – für das HVertrG feststellt, dass die Sogwirkung keine Rolle für die Frage der Mitursächlichkeit, daher für die Neukundenwerbung an sich spielt³⁴⁴, problematisieren aber *Küstner* und *Thume* diese Frage sehr wohl auch im Rahmen der Kundenzuführung.³⁴⁵ Hinsichtlich von Provisionsdifferenzen stellen österreichische und deutsche Lehre gleichermaßen fest, dass man davon ausgehen kann, dass bei Markenartikeln die vereinbarte Provision geringer ausfallen wird, als bei Produkten ohne Markencharakter, wodurch sich die Erleichterung für den Handelsvertreter bereits in der Provisionsvereinbarung niederschlägt.³⁴⁶ Diese Provisionsdifferenzen schlagen sich wohl ohnehin automatisch in den Provisionsverlusten und Unternehmervorteilen nieder. Der OGH hat diesbezüglich zuletzt in einer Entscheidung vom 30.8.2006³⁴⁷ zum Ausgleichsanspruch eines Franchisenehmers unter Zugrundelegung von vorangehender Rechtsprechung zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters ausgesprochen, dass er in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung zum Ergebnis kommt, dass für das Zuführen neuer Kunden im Sinn des § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG eine Mitursächlichkeit ausreicht und er schon allein im Offenhalten und Betreiben einer Tankstelle eine solche Mitursächlichkeit für die Stammkunden erkennt.³⁴⁸ Inwieweit daher die Kundenwerbung durch etwa eine besondere Lage oder eben die Sogwirkung einer Marke entstände, wäre daher in ständiger Rechtsprechung regelmäßig eben nicht im Zusammenhang der Kundenwerbung, sondern *erst im Rahmen der Billigkeitsbeurteilung* zu beurteilen.³⁴⁹ Bereits in einem Urteil aus 1997 entschied der OGH, ausgehend davon, dass eine objektive Mitwirkung des Handelsvertreters bei der Gewinnung von Kunden ausreicht, dass die Werbetätigkeit des Handelsvertreters nur mitursächlich gewesen sein muss und daher eine eigene Werbung des Unternehmers der Werbung durch den Handelsvertreter grundsätzlich nicht entgegen steht, was laut OGH vor allem eben unter dem Gesichtspunkt der Sogwirkung einer Marke eine Rolle spielt.³⁵⁰ In einem Urteil aus 2003 äußerte sich der OGH zu einem darauf gezielten Einwand des beklagten Unternehmers, der unter anderem als Argument angeführt hatte, dass ein höherer Abzug deshalb gerechtfertigt sei, weil die Umsatzsteigerungen während der Geschäftstätigkeit des Handelsvertreters überwiegend

³⁴⁴ Ibid.

³⁴⁵ *Küstner/Thume*, Handbuch 197.

³⁴⁶ *Nocker*, Kommentar 659; *Küstner/Thume*, Handbuch 198.

³⁴⁷ OGH 7 Ob 122/06a vom 30.8.2006.

³⁴⁸ RS0109607.

³⁴⁹ OGH 8 ObA 290/01g vom 28.03.2002 und OGH 8 ObA 299/01f vom 28.03.2002.

³⁵⁰ OGH 4 Ob 83/97b vom 18.3.1997.

darauf zurückzuführen seien, dass die Kunden wegen der Insolvenz des Großhändlers zeitweise brach gelegen seien. Diese Argumente, so der OGH, würden die Frage der vom Kläger zugeführten Neukunden und intensivierten Altkunden betreffen, nicht aber die nach Berechnung des Rohausgleichs anzustellenden Billigkeitserwägungen.³⁵¹

Allein im Rahmen der Billigkeitserwägungen ist daher zu entscheiden, ob unter den im Einzelfall gegebenen Voraussetzungen billigerweise ein prozentueller Abschlag (vom Rohausgleich) vorzunehmen ist. Um einen passenden Abschlag zu argumentieren, muss dann überlegt werden, wie diese Tätigkeit des Handelsvertreters in Abgrenzung zum Unternehmer bzw dem Effekt der Marke konkret zu bewerten ist. Die deutsche Rechtsprechung hat zu Vertragshändlern in der Autobranche bereits Abschläge auf Grund der Sogwirkung der Marke von zwischen 10% und 25% zugelassen. Bei Tankstellenpächter einen Abschlag von 10%.³⁵² Die österreichische Rechtsprechung hat für Vertragshändler in der Autobranche bereits einen Abschlag auf Grund der Sogwirkung der Marke von 20% nicht beanstandet.³⁵³ In einem anderen – fast zeitgleichen – Fall aus der Autobranche hatte der vom OGH zugelassene Abschlag 10% betragen.³⁵⁴ Im Falle eines Herstellers von Unterhaltungselektronik wurde ein Abschlag von 11% zugelassen.³⁵⁵ Dabei stellte der OGH fest, dass sich die Sogwirkung einer Marke, in Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannt, als anspruchsmindernder Faktor auswirken kann, dass sich aber die Höhe des diesbezüglichen Abschlags *letztlich dem richterlichen Ermessen überlassen* bleibt und in diesem Fall eine zu beanstandende Überschreitung des Ermessensspielraumes nicht zu erblicken war. Auch sei hinsichtlich der Höhe des Abschlags dahingehend Bedacht zu nehmen, dass der – in diesem Fall in Frage stehende – Handel mit elektronischen Unterhaltungsgeräten nicht ohne weiteres mit dem – vom Unternehmer verglichenen – Autohandel vergleichbar sei und sich bei letzterem die Sogwirkung der Marke besonders stark auswirke. Vom Unternehmer war nämlich auch Höhe des Abschlags beanstandet worden; er hatte einen Abschlag von 40% gefordert.³⁵⁶ *Nocker* gibt hinsichtlich eines der Sogwirkung bei Vertragshändlern in der Autobranche zu bedenken, dass wohl lediglich ein Abschlag von bis zu 10% zu rechtfertigen ist, da die

³⁵¹ OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003.

³⁵² Küstner/Thume, Handbuch 198.

³⁵³ OGH 6 Ob 248/07z vom 12.12.2007.

³⁵⁴ OGH 4 Ob 189/07h vom 13.11.2007.

³⁵⁵ OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003.

³⁵⁶ *Ibid.*

Sogwirkung bereits in der Höhe der Handelsspanne (dem Provisionsäquivalent) berücksichtigt wird.³⁵⁷

Interessant ist auch die Frage, wie man in diesem Zusammenhang *langfristige Lieferverträge mit einer Genossenschaft oder einem Einkaufsverband* beurteilt, da die Mitglieder von Genossenschaften und Verbänden die Produkte ohnehin kaufen würden und damit die Tätigkeit des Handelsvertreters hinsichtlich des einzelnen Vertrages gänzlich an Bedeutung verliert.³⁵⁸ Wenn ein Unternehmen solche Verträge abgeschlossen hat, dann ist die Ausgleichsfähigkeit der Kundenwerbung unter deren Mitgliedern umstritten. Hier hat die deutsche Judikatur bereits unterschiedlich entschieden, einmal, dass die Tätigkeit des Handelsvertreters unerheblich gewesen sei und die Vertragsabschlüsse viel eher durch die Sogwirkung der Marke zustande gekommen wären, wodurch die in Frage stehenden Provisionen nicht ausgleichsfähig waren³⁵⁹, ein andermal, dass für die Werbung von Stammkunden unter den Mitgliedern eines Einkaufsverbandes die Mitursächlichkeit des Handelsvertreters ausreiche und daher seine Tätigkeit ausgleichsfähig gewesen sei.³⁶⁰ Die Lehre kritisiert die erstere Entscheidung unter Hinweis auf ungenügende Beschäftigung mit der Mitverursachung durch den Handelsvertreter, sowie die Klärung der Frage, ob nicht etwa ohnehin schon die Provisionen mit der vereinfachten Kundenwerbung korreliert hätten, also *„von vornherein niedriger angesetzt worden sind“*³⁶¹ und begrüßte die letztere Entscheidung. Ausgleichsfähigkeit durch eine ausreichende Mitwirkung des Handelsvertreters an der Kundenwerbung wurde allerdings in den sehr ähnlichen Fällen judiziert, in denen die Kundenwerbung durch Empfehlungen eines Einkaufsverbandes erleichtert ist, der den Auftraggeber des Handelsvertreters listet.³⁶²

³⁵⁷ Nocker, Kommentar 777f.

³⁵⁸ Küstner/Thume, Handbuch 198.

³⁵⁹ LG München I am 23.11.1973, HKO 192/72 u.v. zit in Küstner/Thume, Handbuch 199 mit krit Anm.

³⁶⁰ OLG Düsseldorf am 5.2.1988, HVR Nr. 673 zit in Küstner/Thume, Handbuch 200.

³⁶¹ Küstner/Thume, Handbuch 199.

³⁶² OLG Düsseldorf, 5.2.1988, HvuHM 1988 S. 298 zit in Küstner/Thume, Handbuch⁷ 242.

g) Vertragsabschlüsse durch Empfehlungen

Zu unterscheiden sind drei praxisrelevante Fälle³⁶³ in denen es lediglich durch Empfehlungen zu Vertragsabschlüssen kommt: Zunächst der erste Fall, in dem ein Neukunde einzig auf Grund einer Empfehlung eines anderen vom Handelsvertreter geworbenen Kunden eine Geschäftsverbindung eingeht, dann der zweite Fall, dass ein Dritter seinen Kunden die Produkte des Unternehmers empfiehlt und zuletzt schließlich der dritte Fall, dass ein Kunde nur deshalb mit dem Handelsvertreter kontrahiert, weil der Unternehmer keine Direktgeschäfte abschließen darf. Diesen Fällen ist gemeinsam, dass sie eigentlich die Frage nach der Mitursächlichkeit der Tätigkeit des Handelsvertreters in sich bergen. In allen diesen Fällen werden von der österreichischen Lehre in Bezugnahme auf die deutsche Lehre und deutsche Rechtsprechung schon die Kundenwerbung selbst und daher die Ausgleichsfähigkeit verneint.³⁶⁴ Mitursächlichkeit ist deshalb nicht argumentierbar, weil die dafür notwendige werbende oder vermittelnde Tätigkeit des Handelsvertreters fehlt.³⁶⁵

In Österreich wurde die Ausgleichsfähigkeit von Geschäften die der Handelsvertreter branchenbedingt nur empfehlen, nicht aber vermitteln konnte, noch nicht judiziert. Entschieden wurde allerdings die – im Folgenden ausgeführte – sehr ähnliche Frage, nämlich die Ausgleichsfähigkeit des Wirkens eines Handelsvertreters im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung.

h) Ausschreibungsproblematik

Schließlich kann man auch eine andere Konstellation mit den genannten Fällen einer reinen Empfehlung in Verbindung setzen – die der werbenden Tätigkeit des Handelsvertreters Grenzen ziehen – nämlich die Tätigkeit eines Handelsvertreters im Rahmen eines Vergabeverfahrens, in dem der Handelsvertreter zwar derjenige ist, der das Produkt des Unternehmers empfiehlt und in das Vergabeverfahren einbringt, allerdings sich die Frage stellt, ob lediglich eine empfehlende Tätigkeit im Sinne der oben ausgeführten Fälle, oder eine

³⁶³ Nocker, Kommentar 658.

³⁶⁴ Nocker, Kommentar 658f.

³⁶⁵ Ibid.

ausgleichsfördernde werbende Tätigkeit des Handelsvertreters vorliegt. Dies soll in diesem Abschnitt insbesondere an Hand der Rechtsprechung näher untersucht werden.

Küstner und *Thume* sprechen sich dafür aus, dass die Rolle des Handelsvertreters in dieser Konstellation über die eines *Propagandisten* hinausgeht, obwohl er auch wieder keine Möglichkeit hat, unmittelbar Geschäfte zu vermitteln und seine Tätigkeit diesbezüglich darauf eingeschränkt ist, das Interesse des Kunden zu erwecken.³⁶⁶ Dies steht in einem kritischen Gegensatz zu diesbezüglicher zweitinstanzlicher deutscher Judikatur³⁶⁷, welche noch entschieden hatte, dass für den Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Handelsvertreters und der entstandenen Geschäftsverbindung die Einführung des Unternehmers in einen Kreis von Ausschreibungsteilnehmern – also lediglich Vorbereitungshandlungen zu Geschäftsverbindungen, die der Handelsvertreter selbst gar nicht mehr abschließen kann – nicht ausreicht. Der BGH hatte dann 1980 die Verbindung zur Thematik der Mitursächlichkeit geschlagen und entschieden, dass eine ausreichende (mitursächliche) werbende Tätigkeit sehr wohl vorliege³⁶⁸, und dass es auch der Lebenserfahrung widerspreche, dass es bei der Vergabe öffentlicher Bauvorhaben keinen Platz für eine ausgleichsfähige Handelsvertreterertätigkeit gäbe.³⁶⁹

Dazu hat der OGH 1989 noch zur alten Rechtslage unter Rückgriff auf die deutsche Rechtsprechung und Lehre entschieden, dass dem Handelsvertreter in diesem Fall aus Billigkeitsüberlegungen heraus ein Ausgleichsanspruch zusteht.³⁷⁰ Eine wesentliche Anspruchsvoraussetzung des Ausgleichsanspruchs ist es nämlich laut OGH³⁷¹, dass der Handelsvertreter neue Kunden zugeführt bzw. geworben hat, die nach der Vertragsauflösung als Kundenstamm (also Stammkunden) beim Geschäftsherrn verbleiben, während der Handelsvertreter aus diesem ausgleichenden Kundenstamm keine Vorteile mehr ziehen kann. In der Rechtsprechung und Lehre zum § 89b HGB, so argumentiert der OGH, herrsche die *wirtschaftliche Begriffsinterpretation* des Kunden vor. Dadurch ist auch derjenige ein Kunde, der einmal vom Handelsvertreter geworben worden ist und zu dessen Beruf es gehört

³⁶⁶ Küstner/Thume, Handbuch 202.

³⁶⁷ LG Bielefeld vom 24.7.1974, BB 1975, 7; krit. Küstner/Thume, Handbuch 203.

³⁶⁸ BGH vom 8.2.1980, DB 1981, 92 zit. in Küstner/Thume, Handbuch 203.

³⁶⁹ Küstner/Thume, Handbuch 203.

³⁷⁰ OGH 1 Ob 609/89 vom 13.12.1989 mwN zu deutscher Lehre und Rechtsprechung.

³⁷¹ Ibid.

Bestellungen zu vergeben, wenngleich dies zwar in eigener EntschlieÙung, aber formell im Namen und für Rechnung von Auftraggebern erfolgt. Ein Beispiel dafür sind insbesondere Architekten. Daher kann auch dann von der Werbung eines Kunden gesprochen werden, wenn der Bezieherkreis einer solchen Person (*Mittelstelle*³⁷²) durch die vertreterischen Tätigkeiten erweitert wird. Weiters ist nach deutscher herrschender Meinung die Tätigkeit des Handelsvertreters, der lediglich dritte Personen für die Produkte seines Geschäftsherrn interessiert oder gewinnt, dann nicht ausgleichsfähig, wenn der Dritte – ohne selbst Kunde zu werden – die Erzeugnisse des Geschäftsherrn bloÙ weiterempfiehlt und dadurch zu ihrem Absatz beiträgt. Ausgleichsfähig ist ja auch nur die Tätigkeit des Handelsvertreters, die dem Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen vom Handelsvertreter geworbenen Kunden, noch nach Beendigung des Vertreterverhältnisses erhebliche Vorteile erwachsen lässt. Schon die Vorinstanzen hatten in diesem Fall entschieden, dass der Handelsvertreter selbst bzw seine Mitarbeiter auf Grund des Vertrages mit dem Unternehmer an sich nicht mit einer Kundenzuführung beauftragt waren, sondern mit einer auf die für Ausschreibungen zur Vergabe von Bauprojekten konzentrierten Produktwerbung. Ziel der werbenden Tätigkeit des Handelsvertreters waren also maßgebliche Personen, etwa Architekten und Baugesellschaften, die Produkte des Unternehmers in Ausschreibungen vorteilhaft platzieren konnten. Insbesondere hinsichtlich der Tätigkeit von Architekten will der OGH in dieser Entscheidung der deutschen Rechtsprechung folgen. Nach der deutschen Rechtsprechung kommt es laut OGH nicht darauf an, wer formell die Käufe von Waren der beklagten Partei tätigt, sondern wer die entscheidenden Weichen dafür stellte, dass Waren der beklagten Partei gekauft wurden. Eine solche Weichenstellung wäre dann noch zu verneinen, wenn der Vertreter nur allgemeine Produktwerbung in Form der Erweckung des Interesses betrieben hat. Im vorliegenden Fall oblag es dem Handelsvertreter aber, die Bearbeitung von Objekten durch Kontakte mit planenden und ausschreibenden Stellen bis zur Ausschreibung zu betreuen, also darauf Einfluss zu nehmen, dass die Stellen nicht nur allgemein interessiert wurden, sondern auch tatsächlich so ausschrieben, dass die Verwendung von Produkten der beklagten Partei in den Ausschreibungen vorgeschrieben wurden.³⁷³ Gelang es dem Handelsvertreter, etwa Architekten oder Wohnbaugesellschaften zu solchen Tätigkeiten zu veranlassen und führte er hierbei der beklagten Partei auch solche Stellen zu, dann hatte er dem Unternehmer damit ausgleichsfähige Kunden zugeführt, auch wenn die Bestellungen in der Folge nicht auf deren

³⁷² Ibid.

³⁷³ Ibid.

Namen und Rechnung getätigt wurden.³⁷⁴ Interessanter Weise sind im Vertrag die Mittelsstellen, also die anvisierten planenden und ausschreibenden Stellen, nicht bloß als Kunden, sondern sogar als „Abnehmer“ bezeichnet worden. Die vereinbarte Tätigkeit des Handelsvertreters wurde im Vertrag auch „Verkauf“ genannt.³⁷⁵ Auch die Provisionen waren nur für den Fall vereinbart worden, dass die Tätigkeit des Handelsvertreters konkrete Ergebnisse bei diesen Mittelsstellen ergab.³⁷⁶ Daher sind nach der zitierten OGH Entscheidung die anvisierten Mittelsstellen ausgleichsfähige Kunden – eigentlich also ausgleichsfähigen Kunden gleichhaltene Mittler – der beklagten Partei geworden, wenn sie selbst wieder erfolgreich den Kauf der Produkte des Unternehmers vermittelten.³⁷⁷

Wenn der OGH schon nach alter Rechtslage der deutschen Interpretation dieser Thematik gefolgt ist, so behält diese Rechtsprechung wohl erst recht nach den Veränderungen durch die Richtlinie und eine stärkere Anlehnung an das deutsche System des Art 17 der Richtlinie im § 24 HVertrG Relevanz. Die diesbezügliche deutsche Lehre und Rechtsprechung, insbesondere zu den Architekten, hat sich auch seit ihrer letzten Rezeption durch den OGH nicht verändert und wird auch zuletzt von *Nocker* in der Weise auf § 24 HVertrG angewandt.³⁷⁸

Nach der deutschen Rechtsprechung kann eine Vermittlertätigkeit im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen mitursächlich für den Vertragsabschluss sein. Laut deutschem BGH verstößt es aber wie oben erwähnt gegen die Lebenserfahrung, wenn man annimmt, dass bei der Ausschreibung öffentlicher Bauvorhaben kein Platz für eine Handelsvertreterstätigkeit sei. Auch diese untypische Vermittlungstätigkeit ist also ausgleichspflichtig. Analog ist daher nach dem Größenschluss zwingend auch dann von Ausgleichsfähigkeit auszugehen, wenn sich ein Interessent ohne Ausschreibung lediglich zur Suche des besten Angebotes einen Marktüberblick verschafft, weil dann auch die werbende Tätigkeit des Handelsvertreters und seine Einflussnahme viel weiter gehen kann, als in einem öffentlichen Vergabeverfahren.³⁷⁹

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ Nocker, Kommentar 641, 658.

³⁷⁹ Küstner/Thume, Handbuch 204.

i) Bezirkskunden als Neukunden

Geschäfte, die zwischen Personen eines Bezirkes oder Kundenkreises unmittelbar mit dem vertretenen Unternehmen – also gänzlich ohne Mitwirkung des Handelsvertreters – zustande kommen (Direktgeschäfte) sind nicht ausgleichsfähig, da diese schon die nach § 89b Abs 1 Z 2 HGB bzw § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG erforderliche werbende Tätigkeit des Handelsvertreters nicht aufweisen³⁸⁰, insbesondere etwa, wenn einem Kunden der direkte Geschäftsabschluss mit dem Unternehmer auf Grund des Handelsvertretervertrages verwehrt war, ein Kunde ausschließlich auf Grund der Werbung des Unternehmers zu einem Geschäftsabschluss bereit war, ein Kunde deshalb gezwungen ist, eine Geschäftsbeziehung einzugehen, weil seine eigenen Kunden das Produkt des Unternehmers verlangen oder schließlich wenn das Geschäft nur auf Grund der Empfehlung eines Dritten zustande kam.³⁸¹

Kunden, die dem Bezirksvertreter vom Unternehmer zugewiesen worden sind, sind gleichermaßen nach deutscher und österreichischer Lehre ausgleichsrechtlich als Altkunden zu behandeln, zu denen die Geschäftsbeziehung intensiviert werden muss, damit eine ausgleichsfähige Tätigkeit des Handelsvertreters gegeben ist.³⁸²

In der deutschen und österreichischen Lehre wird allerdings darauf hingewiesen, dass dann ausgleichsfähige Geschäfte vorlägen, wenn eine allgemeine Werbetätigkeit des Handelsvertreters in dem in Frage stehenden Bezirk mitursächlich für das Zustandekommen der Geschäftsverbindungen war.³⁸³ In einem Urteil hat der BGH auch entschieden, dass es für die Provisionen eines Bezirksvertreter allgemein auf den Abschlussort ankommt und nicht auf den Erfüllungsort.³⁸⁴ Das ist wohl deshalb nahe liegend, da die provisionspflichtige Arbeit des Handelsvertreters am Abschlussort getätigt wird. Diese Problematik entsteht insbesondere dann, wenn von größeren Vertriebsketten zentral geordert wird, aber nur für diejenigen Geschäfte Provisionen geschuldet werden, die mit bezirkiszugehörigen Kunden abgeschlossen wurden.³⁸⁵

³⁸⁰ Küstner/Thume, Handbuch 202; Nocker, Kommentar 730.

³⁸¹ Küstner/Thume, Handbuch 202.

³⁸² Nocker, Kommentar 730 mwN.

³⁸³ Küstner/Thume, Handbuch 202; Nocker, Kommentar 730.

³⁸⁴ BGH 18.6.1976, HVR Nr. 500.

³⁸⁵ Küstner/Thume, Handbuch⁷ 246.

j) Kaufhauskonzerne – Ladenketten – Filialbetriebe

Werden vom Unternehmer Kaufhauskonzerne, Ladenketten oder Filialbetriebe beliefert, die zentral ordern, so stellt sich die Problematik, dass der Handelsvertreter zwar für diese Zentralen ausgleichsfähige Kunden geworben hat, die Ware allerdings dann an Kaufhäuser, Läden oder Filialen in anderen Bezirken weiter übermittelt werden, wodurch dort der Absatz entsteht und nicht schon im dem – dem Handelsvertreter zugewiesenen – Bezirk. Es stellt sich also die Frage, wo die das provisionsfähige und ausgleichsfähige Geschäft entsteht, bzw welcher Handelsvertreter davon profitieren soll.³⁸⁶ Ist im Handelsvertretervertrag festgelegt, dass der Handelsvertreter nur von Geschäften mit bezirkzugehörigen Kunden profitieren soll, so erwachsen ihm aus den Geschäftsbeziehungen mit bezirksfremden Kunden keine Provisionen und es entstehen ihm dadurch auch keine Provisionsverluste: Folge ist, dass lediglich die Geschäftsbeziehungen mit bezirkzugehörigen Kunden ausgleichsrelevant sind.³⁸⁷ In der deutschen Lehre wird thematisiert, dass dann, wenn hinsichtlich der Werbung einer solchen Zentrale etwa keine anderen Handelsvertreter mitgewirkt haben (Mitsursächlichkeit ihrer Tätigkeit), die selbst für die ihnen bei Vertragsende entstehenden Provisionsverluste einmal Ausgleich beanspruchen könnten, der Unternehmer für einen Teil der geworbenen Kunden überhaupt keinen Ausgleich leisten müsste; daher soll in diesem Fall der gesamte Ausgleich dem Handelsvertreter zustehen, der die Zentrale geworben hat.³⁸⁸

k) Messekunden

Wenn Handelsvertreter unterschiedlicher Bezirke auf einer Messe in einem Team zusammenwirken, so gilt die Werbung eines Kunden immer für den Handelsvertreter als ausgleichsfähige Kundenwerbung, in dessen Bezirk der Kunde ansässig ist, unabhängig davon, welcher Vertreter diesen Kunden geworben hat.³⁸⁹ Eine ausgleichsfähige Kundenwerbung liegt in jedem Fall vor, in dem die Tätigkeit des Handelsvertreters, dem dieser Bezirk vertraglich zugeordnet ist, zumindest mitsursächlich für das Entstehen der

³⁸⁶ Küstner/Thume, Handbuch 200.

³⁸⁷ Küstner/Thume, Handbuch 200f.

³⁸⁸ Küstner/Thume, Handbuch 201.

³⁸⁹ Küstner/Thume, Handbuch 201; Hopt, Handelsvertreterrecht 72.

Geschäftsverbindung ist, so auch etwa wenn die betreffenden Kunden auf der Messe hauptsächlich durch den Unternehmer oder dessen Mitarbeiter geworben wurden.³⁹⁰

I) Mittelbare Kundenwerbung

Ein interessantes Problem stellt sich in komplexeren Vertriebsstrukturen, in denen sich die Frage stellt, wann und in welcher Weise die Provisionen von Untervertretern des Handelsvertreterers ebenfalls für den Ausgleichsanspruch relevant sein können, daher nach Vertragsbeendigung nachhaltige ausgleichsfähige Provisionsverluste entstehen lassen. Dazu ist vorzuschicken, dass der Aufbau eines Kundenstammes durch (echte³⁹¹) Untervertreter regelmäßig wiederum zwischen einem übergeordneten Handelsvertreter und diesen Untervertretern auszugleichen ist.³⁹² Die Anwendung des Ausgleichsrechtes der Handelsvertreter auf Untervertreter ist erst seit dem HVertrG 1993 normiert, nach der Rechtslage des HVG war dies nicht der Fall. Auch die Richtlinie schreibt eine Einbeziehung der Untervertreter in die gesetzlichen Bestimmungen für Handelsvertreter nicht vor.

In der Entscheidung 8 Ob A 65/06a³⁹³ urteilte der OGH, dass die Anwendbarkeit des Handelsvertretergesetzes im Gegensatz zur alten Rechtslage nicht dadurch verhindert würde, dass der übergeordnete Handelsvertreter selbst nur Produkte von Partnergesellschaften vermittelt, die auch von dem Untervertreter vermittelt werden. Nach § 1 Abs 2 HVertrG komme es eben nicht mehr darauf an, ob ein Handelsvertreter im Namen und auf Rechnung des Vertragspartners oder eines Dritten handelt.³⁹⁴ Der OGH stellt aber auch unter Rückgriff auf die österreichische Lehre fest, dass schon nach alter Rechtslage dann auch für Untervertreter ein Ausgleichsanspruch entstehen konnte, wenn diese Vertreter wiederum im Namen und auf Rechnung des Geschäftsherrn ihres Vertragspartners Geschäfte vermittelten.³⁹⁵

³⁹⁰ Nocker, Kommentar 659.

³⁹¹ Zur diesbezüglichen Differenzierung siehe unten.

³⁹² Nocker, Kommentar 729f.

³⁹³ OGH 8 Ob A 65/06a vom 23.11.2006.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Ibid.

Es ist dabei auch nicht ausgleichsschädlich, dass der übergeordnete Handelsvertreter nicht nur Produkte für ein einziges Unternehmen, sondern gleich für mehrere Unternehmen vermittelt. Es waren im in Frage stehenden Fall sowohl der Untervertreter vom übergeordneten Handelsvertreter mit einer Handelsvertretung ständig betraut, als auch dieser wiederum von den Unternehmen, seinen Partnergesellschaften.³⁹⁶

Interessant sind in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen des OGH zum *Ständige Betrauen*. Er gründet sein Urteil auf die österreichische und deutsche Lehre. Demnach bezieht sich das *Ständige Betrauen* nicht auf das Tätigwerden, sondern den Inhalt des Vertrages, der ein Dauerschuldverhältnis begründen muss, mit dem Inhalt, dass der Betraute eine unbestimmte Vielzahl von Geschäften für den Unternehmer abschließen oder vermitteln soll.³⁹⁷ Inhalt der Vermittlungstätigkeit des Unterververtreters war die *Vermittlung von Vermittlungstätigkeiten*, was allerdings wegen des weiten Anwendungsbereiches des § 1 Abs 1 HVertrG nicht schaden konnte. Der OGH bezieht hier auch ein, dass der Untervertreter sehr wohl eine Vermittlungstätigkeit dadurch entfaltet hat, dass er Geschäftsabschlüsse mit Dritten, also potenziellen Kunden der Partnergesellschaften des übergeordneten Handelsvertreters fördern konnte.³⁹⁸

An die Stelle einfacher Unternehmer-Vertreter Strukturen sind oftmals bereits sehr komplexe Vertriebsstrukturen, wie *Multi-Level-Marketing-Systeme*, *Pyramid-Selling-Systeme* oder *Schneeball-Systeme* getreten.³⁹⁹ In diesen Systemen stellt sich das Problem der Ausgleichsfähigkeit von Kundenwerbung im Zusammenhang mit den Provisionsverlusten eben in einem entsprechend komplexeren Kontext, obwohl man auch in diesen Systemen sieht, dass die grundlegenden Regeln des Ausgleichsrechts hinsichtlich der Verknüpfung mit dem Provisionsrecht des Handelsvertreters gleichermaßen anwendbar bleiben.

Zwischen unmittelbarer und mittelbarer Kundenwerbung ist ausgleichsrechtlich in der Regel nicht zu unterscheiden.⁴⁰⁰ Mittelbare Kundenwerbung kann allerdings durch echte oder unechte Handelsvertreter erfolgen und diesbezüglich ist genauer zu differenzieren: Die

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid mwN.

³⁹⁸ Ibid mwN.

³⁹⁹ siehe dazu Viehböck, Strukturvertrieb, wbl 1998/434.

⁴⁰⁰ Küstner/Thume, Handbuch 204.

Unterscheidung liegt drin, dass echte Untervertreter einen Vertrag mit dem Handelsvertreter haben. Da sie somit Erfüllungsgehilfen des Handelsvertreters sind⁴⁰¹, werden von ihnen geworbene Kunden als solche des Handelsvertreters angesehen und es entstehen dadurch eigene Provisionsansprüche⁴⁰² und daraus nach Vertragsbeendigung auch Provisionsverluste, die in weiterer Folge ausgleichsfähig sein können.⁴⁰³ Unechte Untervertreter sind hingegen dem Handelsvertreter lediglich organisatorisch unterstellt. Der Handelsvertreter ist dann zB *Generalvertreter, Hauptvertreter, Regionalleiter, Bezirksleiter* oder *Verkaufsleiter* einer solchen Vertriebsorganisation.⁴⁰⁴ Oft hat der Handelsvertreter diese Untervertreterorganisation auch durch Vertragsabschlüsse im Namen des Unternehmers aufgebaut. Seine Untervertreter stehen aber nicht mit ihm, sondern mit dem vertretenen Unternehmer in einer direkten Vertragsbeziehung und von diesem beziehen sie auch ihre Provisionen.⁴⁰⁵

Da auch die Unterstützung und Betreuung der unechten Untervertreter für die Kundenwerbung durch die Untervertreter mitursächlich sind, erhält der Handelsvertreter Provisionen, die in der Praxis unterschiedlichste Bezeichnungen tragen können, so etwa *Teamleiter-Bonus* oder *Gruppenleiter-Bonus*, und in der Lehre als *Superprovisionen*⁴⁰⁶ bezeichnet werden, zur Abgeltung. Diese Provisionen sind dem Grunde und der Höhe nach von den Leistungen der Untervertreter abhängig.⁴⁰⁷

Küstner und *Thume* unterscheiden für das deutsche Ausgleichsrecht auch konform mit der deutschen Rechtsprechung hinsichtlich der Superprovisionen weiter zwischen den Provisionen für verwaltende Tätigkeit einerseits und den Provisionen für vermittelnde bzw werbende Tätigkeit andererseits; und nur Provisionen für letztere Tätigkeit sollen ausgleichsrelevant sein.⁴⁰⁸ Die österreichische Rechtsprechung hat auf Grundlage der

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Nocker, Kommentar 729.

⁴⁰³ BGH, 13.3.1969, VII ZR 174/66 BB 1969 S 510 zit in *Küstner/Thume, Handbuch*⁷ 248.

⁴⁰⁴ Viehböck, *Strukturvertrieb*, wbl 1998/434, 434.

⁴⁰⁵ *Küstner/Thume, Handbuch* 306.

⁴⁰⁶ Viehböck, *Strukturvertrieb*, wbl 1998/434, 434; *Küstner/Thume, Handbuch* 204.

⁴⁰⁷ *Küstner/Thume, Handbuch* 306.

⁴⁰⁸ Ibid.

deutschen Lehre ebenfalls so entschieden.⁴⁰⁹ In der zitierten Entscheidung urteilte der OGH, dass andere als eigene Umsätze für den Ausgleichsanspruch relevant sein können. Ein Bonus etwa kann dann ausgleichsfähig sein, wenn er nicht für die verwaltende Tätigkeit des Handelsvertreters bezahlt wurde, sondern für die mittelbare Werbung von ausgleichsfähigen Kunden. Um diese Unterscheidung einzubeziehen, muss gemäß der deutschen Lehre, so der OGH, die Tätigkeit des Handelsvertreters dahingehend analysiert werden, dass zwischen vermittelnder bzw der verwaltender Tätigkeit unterschieden wird. Vermittelnd und daher ausgleichsrelevant ist dann alles, was direkt einer umsatzfördernden Kundenzufuhr und damit der Schaffung eines Kundenstammes gedient hat. Darunter fällt die gesamte Kundenwerbende Tätigkeit der Untervertreter, die dem Handelsvertreter organisatorisch unterstellt waren und vom Handelsvertreter geschult bzw laufend betreut wurden. der Handelsvertreter hat dadurch nämlich in mittelbarer Weise oder – bemerkenswerter Weise – auch *unmittelbar* an der Umsatzerzielung und der Kundenzuführung dieser Berater mitgewirkt.⁴¹⁰

Im vorliegenden Fall hatte der Handelsvertreter neue Mitarbeiter geworben, diese eingeschult und solange betreut, bis diese Aufgabe von einem Verkaufsleiter übernommen worden war. Die Hauptaufgabe des Handelsvertreters hatte darin gelegen, Mitarbeiter zu werben und zu Führungskräften aufzubauen.⁴¹¹ Ob allerdings der Bonus des Handelsvertreters für Umsatz, Teamleiter und Gruppenleiter auf eine immer noch bestehende eventuell mittelbare Vermittlungstätigkeit des Klägers beruht hat, war nicht festgestellt worden.⁴¹²

Schlussendlich war nicht die Eigenschaft als Teamleiter oder Gruppenleiter bzw die Einschulungen weiterer Führungskräfte für den OGH maßgeblich, sondern eine *laufende Mitwirkung an der Umsatzsteigerung*. Der OGH hat dahingehend entschieden, dass die vorgenannten Tätigkeiten des Handelsvertreters nur insoweit für den Ausgleichsanspruch Relevanz haben, soweit sie den Umsatz des Unternehmers steigern und schließlich sich in der Tätigkeit die Grundvoraussetzung der ausgleichsfähigen Kundenwerbung durch den Handelsvertreter widerspiegelt.

⁴⁰⁹ OGH 9 ObA 44/98f vom 1.4.1998.

⁴¹⁰ Ibid.

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² Ibid.

Der OGH hat außerdem darauf hingewiesen, dass der Unternehmer nicht nur dem in Frage stehenden Handelsvertreter, sondern auch weiteren Vertretern, ausgleichspflichtig ist, und es nicht sein darf, dass er einen Ausgleich mehrfach bezahlt; Billigkeitserwägungen würden dies nicht zulassen.⁴¹³ Die Lösung ist, dass der Ausgleichsanspruch zwischen allen in Frage kommenden Handelsvertretern nach ihrem Anteil an der Kundenwerbung aufgeteilt werden muss. Für eine Vereinfachung der Aufteilung hat der OGH auch auf die deutsche Lehre insoweit zurückgegriffen, als er entschied, dass sich das unterschiedliche Engagement bei der Kundenwerbung in der Staffelung der Boni für die diversen Berater, Teamleiter, Gruppenleiter und andere abgebildet, welche zusammen eine *Gesamtprovision* pro Abschluss erkennbar machen.⁴¹⁴

Es drängt sich hier zuletzt die Frage auf, ob einem Hauptvertreter auch dann ein Ausgleich für die entfallenden Superprovisionen zusteht, wenn die Untervertreter wegen der Natur des Geschäftes überhaupt keine Geschäftsverbindungen herstellen können, weil zum Beispiel die Kunden als Dauerkunden nicht in Frage kommen.⁴¹⁵ Der Untervertreter kann in diesem Fall ja keinen Ausgleichsanspruch geltend machen. Man könnte aber hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs des Hauptvertreters auch argumentieren, dass es auf seiner Ebene nicht mehr auf die Identität der einzelnen – vom Untervertreter geworbenen – Kunden ankommt, sondern die gesamte Kundenwerbung des Untervertreters eine fortlaufende Geschäftsquelle für den Unternehmer und damit Superprovisionsquelle für den Hauptvertreter darstellt (Letztere geht dem Handelsvertreter durch die Vertragskündigung verloren). Die Vorarbeit hat er durch die Errichtung des Distributionsnetzes und Betreuung der Untervertreter geleistet. Der BGH hat so für die Ausgleichsfähigkeit der Bemühungen des Handelsvertreters beim Aufbau des Vertriebsnetzes entschieden.⁴¹⁶ *Küstner* und *Thume* kritisieren aber auch die Ausgleichsfähigkeit von Superprovisionen aus Einzelgeschäften und argumentieren, dass sich die Superprovisionsverluste ja auf Geschäfte mit Kunden beziehen, die nach Wegfall des Vertrages geworben wurden. Die Fortsetzungsfiktion dürfe nicht soweit geführt werden, zu argumentieren, der Handelsvertreter hätte ohne Beendigung des Vertrages ja weiterhin neue Kunden für den Unternehmer werben können und hätte daher auch Provisionen erhalten.⁴¹⁷

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ Ibid mwN.

⁴¹⁵ *Küstner/Thume*, Handbuch 307.

⁴¹⁶ BGH 24.6. 1971 HVR Nr. 447

⁴¹⁷ *Küstner/Thume*, Handbuch 307.

2. Geschäfte

a) Provisionen aus abgeschlossenen und zukünftigen Geschäften

In diesem Zusammenhang ist das Zusammenspiel von Provisionsrecht und Ausgleichsrecht des Handelsvertreters besonders deutlich. Der Ausgleichsanspruch setzt Provisionsverluste voraus und es ist daher leicht einsichtig, dass solche Provisionen, die dem Handelsvertreter nach Vertragsende noch zustehen – sei es für bereits abgeschlossene oder für zukünftige nach Vertragsende zustande kommende – Geschäfte, nicht ausgeglichen werden müssen.

Gerade das künftig zustande kommende Geschäft ist bei Waren- und Versicherungsvertretern unterschiedlich zu verstehen und zu behandeln, daher auch – wie einleitend bemerkt – die Einschränkung auf den Warenvertreter, soweit nicht ausdrücklich der Versicherungsvertreter einbezogen wird.

In diesem Zusammenhang ist vor allem die Lehre und Judikatur zu den *Überhangprovisionen*, der *Provisionsverzichtsklausel*, der *Mitnahme* bzw *Weiterbelieferung* von Kunden, sowie der *Sukzessivlieferungsverträge* interessant. Was sich darin auch widerspiegelt, ist die logische Abgrenzung von Provisionsanspruch und Ausgleichsanspruch, zwei Ansprüche, die sich dichotomisch gegenüberstehen, und dabei durch die ausgleichsrechtliche Voraussetzung der Provisionsverluste in Wechselwirkung stehen.

(1) Überhangprovisionen

Sind im Vertretervertrag keine abweichenden Regelungen getroffen worden, so steht dem Handelsvertreter für Geschäfte, die mit Neukunden vor Vertragsende abgeschlossen wurden, kein Ausgleichsanspruch zu, da diese Geschäfte bereits durch Provisionsansprüche nach § 87 Abs 1 HGB bzw § 8 HVertrG ausgeglichen sind.⁴¹⁸ Das gilt auch für solche Geschäfte, die vom Handelsvertreter vermittelt wurden, aber erst nach Vertragsende ausgeführt werden. Denn erst mit der Leistung durch den Unternehmer entsteht dem Handelsvertreter der

⁴¹⁸ Küstner/Thume, Handbuch 265; Nocker, Kommentar 708.

Provisionsanspruch.⁴¹⁹ Für sie sind vom Unternehmer nach den genannten Bestimmungen so genannte *Überhangprovisionen* zu leisten.

Um die Rolle der Überhangprovisionen praktisch zu beleuchten, ist ein Blick in die diesbezügliche Judikatur nützlich. Zuletzt hat der OGH 2003 einen Fall entschieden, bei dem Überhangprovisionen eine wichtige Rolle spielten.⁴²⁰ Der OGH hat bei seinen diesbezüglichen rechtlichen Ausführungen auf die österreichische und auch deutsche Lehre Bezug genommen. Es war im in Frage stehenden Fall festgestellt worden, dass der Handelsvertreter Provisionen für Geschäfte bezogen hatte, die zwar noch während des aufrechten Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden waren, aber erst nach Vertragsende ausgeführt wurden.⁴²¹ Bereits mit der Rechtswirksamkeit des Geschäftes wird, so der OGH, die Anwartschaft auf eine Provision begründet, wodurch dem Handelsvertreter für diese Geschäfte bei deren Ausführung nach Vertragsende ein Provisionsanspruch entstanden ist.⁴²² Der OGH thematisiert dann die Taktik des Unternehmers, durch Hinauszögern der Ausführung bereits abgeschlossener Geschäfte, das Entstehen von Provisionsansprüchen zu verhindern und stellt fest, dass genau dies durch die Regelung der Überhangprovisionen verhindert wird.⁴²³ Durch die Beendigung des Handelsvertretervertrages kann laut OGH daher, wenn der Anspruch auf die Überhangprovision vertraglich nicht anders vereinbart wurde – wofür die Bestimmung des § 8 Abs 2 HVertrG die Wahl lässt – aus solchen Geschäften kein (ausgleichsfähiger) *Provisionsverlust* entstehen und *damit auch kein Ausgleichsanspruch*.⁴²⁴ Die resultierenden ausgleichsrelevanten Überhangprovisionen, also aus Geschäften mit neu zugeführten Stammkunden bzw intensivierten Altkunden hat der OGH dann in die Berechnungsgrundlage des Rohausgleichs einfließen lassen. Der OGH folgt auch der Lehre und (deutschen) Rechtsprechung in der Überlegung, dass das letzte Jahr der Vertragsbeziehung deshalb für die Ermittlung des Rohausgleichs im Rahmen der Ausgleichsberechnung entscheidend ist, weil sich darin nicht nur der aktuelle Geschäftserfolg zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung feststellen lässt, sondern auch die weitere Geschäftsentwicklung mit den vom Handelsvertreter geworbenen Stammkunden

⁴¹⁹ Ibid.

⁴²⁰ OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003.

⁴²¹ Ibid.

⁴²² Ibid.

⁴²³ Ibid.

⁴²⁴ Ibid.

prognostizieren lässt.⁴²⁵ Auch für die Unternehmervorteile ist demnach mit den Provisionseinnahmen ein realistisches Beurteilungskriterium gegeben, woraus der OGH folgert, dass nicht in erster Linie der tatsächliche Provisionsumsatz allein, sondern die zumindest bedingten Provisionsansprüche innerhalb des letzten Vertragsjahres für die Beurteilung auch der Unternehmervorteile maßgeblich sind.⁴²⁶ Die Überhangprovisionen werden in die Bemessungsgrundlage einbezogen und dann wird der Provisionsverlust (unter Berücksichtigung der jährlichen Abwanderungsquote) für den prognostizierten Zeitraum berechnet. Dann sind die Überhangprovisionen aber wieder abzuziehen, weil sie für den Handelsvertreter – da sie vom Unternehmer auszubezahlen sind – keinen Provisionsverlust darstellen.⁴²⁷ Der OGH warnt aber auch vor einer Verzerrung der Bemessungsgrundlage, da diese durch ein Hinzuaddieren der mehr als ein Jahr später entstandenen Provisionsansprüche, die also für Geschäftsabschlüsse stehen, welche dem in Frage stehenden Jahr gar nicht zuzuordnen sind, verfälscht werden könnte. Damit diese Verzerrung – zugunsten des Handelsvertreters – nicht eintritt, sind diese Provisionen für Umsätze aus Lieferungen, die auf Geschäftsabschlüsse des vorletzten Geschäftsjahres zurückzuführen sind, bereits vorweg von den im letzten Geschäftsjahr erzielten Provisionen abzuziehen.⁴²⁸

Der Anspruch auf Überhangprovisionen macht also einen Ausgleich unnötig und ist daher nicht in die im Rahmen der Ausgleichsberechnung zu prüfenden Provisionsverluste einzubeziehen.

(2) Provisionsverzichtsklausel

Ausgehend von der Idee, dass der Ausgleichsanspruch für jede qualifizierte Kundenwerbung zustehen soll, die der Handelsvertreter – unter der Voraussetzung von Provisionsverlusten und Unternehmervorteilen – für den Unternehmer getätigt hat, drängt sich die Frage auf, ob auch für solche Tätigkeit ein Ausgleichsanspruch zustehen soll, für die der Handelsvertreter eigentlich auf Provisionsleistungen des Unternehmers verzichtet hat. Dieser Verzicht kann durch eine Provisionsverzichtsklausel im Handelsvertretervertrag erfolgen. Beispiele, die in

⁴²⁵ Ibid.

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ Ibid mwN.

⁴²⁸ Ibid.

der Literatur angeführt werden, sind etwa die Fälle, in denen vereinbart ist, dass bei Vertragsende oder nach einer bestimmten Frist nach Vertragsende alle Provisionsansprüche erlöschen sollen⁴²⁹, oder es ist formuliert, dass Provisionsansprüche nur dann entstehen sollen, wenn der Geschäftsabschluss und die provisionsauslösende Ausführung des Geschäftes während des aufrechten Handelsvertretervertrages erfolgt sind.⁴³⁰ Für diese Fälle gehen die deutsche Lehre, und ihr folgend auch die österreichische Lehre davon aus, dass die Leistungen des Handelsvertreters durch den Ausgleichsanspruch mit ausgeglichen werden sollten.⁴³¹ Dies sollte nach Küstner/Thume aus einer weiten Auslegung der Voraussetzung der *bereits abgeschlossenen Geschäfte* in § 89b Abs 1 Z 2 HGB argumentierbar sein.⁴³² Eine Folge daraus ist allerdings, dass in diesem Fall die Voraussetzung der Stammkundeneigenschaft von ausgleichspflichtigen Kunden aufgehoben wird. Darin erkennbar ist die Wirkung der Provisionsverluste auf die Beurteilung der Unternehmervorteile. In der Regel sind die Provisionsverluste des Handelsvertreters den Unternehmervorteilen gleichzusetzen.⁴³³ In diesem Fall, der Provisionsverluste für Einmalgeschäfte, die durch den Ausgleichsanspruch aufgefangen werden, wird der Sinn dieser Gleichsetzung wohl am deutlichsten: Was der Unternehmer dem Handelsvertreter nicht mehr an Provisionen auszahlen muss, stellt einen Unternehmervorteil dar, der durch den Ausgleichsanspruch in dem gesetzlich normierten Rahmen teilweise aufgefangen wird.

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist in diesem Zusammenhang auch, dass es durchaus einen Unterschied macht, ob der Unternehmer sich bei Vertragsende in Verzug befindet. Denn da im vorliegenden Fall nur diejenigen Provisionsverluste durch den Ausgleichsanspruch aufgefangen werden sollen, deren Fälligkeit nach dem Vertragsende liegt, fallen darunter nicht die Provisionen aus den Geschäften, die streng genommen nicht unter die Provisionsverzichtsklausel fallen, also die Geschäfte, die bereits vor Vertragsende hätten abgeschlossen sein müssen. Diesfalls steht dem Handelsvertreter nämlich noch ein Provisionsanspruch zu. Damit der sich aus dem Provisionsverzicht ergebende

⁴²⁹ Küstner/Thume, Handbuch 266.

⁴³⁰ Ibid; siehe auch Nocker, Kommentar 710.

⁴³¹ Küstner/Thume, Handbuch 268; Nocker, Kommentar 710.

⁴³² Küstner/Thume, Handbuch 268.

⁴³³ OGH 8 ObA 45/08p vom 13.11.2008.

Provisionsverlust ausgleichsfähig bleibt, muss der Handelsvertreter provisionsmäßig so gestellt werden, als hätte der Unternehmer das Geschäft rechtzeitig ausgeführt.⁴³⁴

(3) Mitnahme bzw Weiterbelieferung von Kunden und Erfolgsvergütungen

Fließen dem Handelsvertreter nach Beendigung des Vertrages für die entgehenden Provisionen entsprechende Vergütungen zu – sei es in Provisionsform durch die „Mitnahme“ und Weiterbelieferung der Kunden, oder in Form von Erfolgsvergütungen, etwa wenn der Handelsvertreter nach Umwandlung des Vertretervertrages seine Tätigkeit zB als Angestellter, als Vertragshändler oder in nebenberuflicher Tätigkeit für den Unternehmer fortsetzt, so wird ein Ausgleichsanspruch um diese Beträge gekürzt.⁴³⁵

Nimmt der Handelsvertreter Kunden nach Vertragsende mit bzw beliefert er sie für einen anderen Unternehmer weiter, so entstehen ihm keine Provisionsverluste, da er die Provisionen zukünftig von einem anderen Unternehmer erhalten wird. Dem bisherigen Unternehmer entfallen auch die zukünftigen Vorteile aus dem betroffenen Kundenstamm. Es kann daher dem Handelsvertreter kein Ausgleichsanspruch aus den betroffenen Geschäftsverbindungen entstehen.⁴³⁶ In diesem Zusammenhang ist auch auf die Unzulässigkeit der Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes nach dem österreichischen Recht gemäß § 25 HVertrG hinzuweisen. In Deutschland kann gemäß § 90a HGB ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden, dieses darf allerdings im Rahmen der Billigkeitserwägungen nicht zu Lasten des Ausgleichsanspruchs berücksichtigt werden.⁴³⁷ In Österreich ist es daher wohl etwas wahrscheinlicher, dass eine solche Mitnahme von Kunden erfolgen wird. Die Richtlinie lässt in Art 20 Abs 1 bis 3 beide Möglichkeiten zu, die Normierung der Möglichkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich Schriftlichkeit, Beschränkungen örtlicher und sachlicher Art, sowie einer Wirksamkeitsdauer von höchstens zwei Jahren.⁴³⁸

⁴³⁴ Küstner/Thume, Handbuch 267.

⁴³⁵ Küstner/Thume, Handbuch⁷, 256f.

⁴³⁶ Küstner/Thume, Handbuch 221; Nocker, Kommentar 703.

⁴³⁷ Küstner/Thume, Handbuch 404f.

⁴³⁸ Dazu auch Nocker, Kommentar 808f.

(4) Sukzessivlieferungsverträge

Bei dem Sukzessivlieferungsvertrag verpflichtet sich der Unternehmer langfristig zur Lieferung einer bestimmten Warenmenge in regelmäßigen Abständen während der gesamten Vertragsdauer. Der Kunde verpflichtet sich zur Zahlung des Kaufpreises für die Lieferungen, wodurch ein einheitliches provisionspflichtiges Geschäft entsteht.⁴³⁹ Es besteht eine Verpflichtung von Anfang an, und damit erfolgen statt provisionsfähigen Nachbestellungen – bereits festgelegte – Teilausführungen eines Dauerschuldverhältnisses. Mit dem Vertragsabschluss ist – aufschiebend bedingt durch die Teilausführungen – also das (gesamte) Geschäft entstanden.⁴⁴⁰ Bei Beendigung des Vertretervertrages während der Laufzeit des Sukzessivlieferungsvertrages, tritt kein Provisionsverlust ein, da auch alle weiteren Teillieferungen provisionspflichtig sind (Überhangprovisionen), soweit dies nicht vertraglich ausgeschlossen ist, wodurch der Vertreter Provisionsverluste für die restliche Laufzeit des Sukzessivlieferungsvertrages erleiden würde. Die in den Prognosezeitraum hineinragenden Sukzessivlieferungsverträge sind also – durch die Verhinderung von Provisionsverlusten – in zwei Richtungen hin ausgleichsschädlich⁴⁴¹: Erstens können keine Provisionsverluste aus einem bereits abgeschlossenen Geschäft entstehen, zweitens kann auch – durch die Blockade weiterer Geschäftsabschlüsse – kein Provisionsverlust aus einem künftig zustande kommenden Geschäft entstehen. Gleiches gilt für Gebrauchsüberlassungs- und Nutzungsverträge, die Sukzessivlieferungsverträge iSd § 87b Abs 4 HGB sind.⁴⁴² Den in der Praxis vorkommenden verstärkten Abschluss von Sukzessivlieferungsverträgen in der Kündigungsfrist hat die deutsche Rechtsprechung bereits als Vertragsverstoß, nämlich Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, angesehen, da die Interessen des Unternehmers dadurch gefährdet würden.⁴⁴³ Dies wird von Küstner kritisiert, der argumentiert, dass der betroffene Unternehmer dies vertraglich hätte untersagen können.⁴⁴⁴ Das zitierte Urteil spricht auch darüber ab, dass auch ein nach Vertragsende sinkender Umsatz mit einem vom Handelsvertreter geworbenen Kunden verlust- und ausgleichsmindernd wirkt,

⁴³⁹ Küstner/Thume, Handbuch 275.

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ Küstner/Thume, Handbuch 276f.

⁴⁴² Küstner/Thume, Handbuch 277 FN 51.

⁴⁴³ OLG Celle, 13.11.1969, BB 1970 S. 227.

⁴⁴⁴ Küstner/Thume, Handbuch 277.

wenn diese Entwicklung in ihrem Kern bereits im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung angelegt gewesen ist, also durch den Handelsvertreter mitverursacht wurde.⁴⁴⁵

Auch an Hand der Frage der Sukzessivlieferungsverträge merkt man also, dass das Ausgleichsrecht des Handelsvertreters sich auch gerade auf die Provisionen bezieht, die dem Handelsvertreter ohne Vertragsbeendigung zugestanden hätten. Ist eine solche Provision über die Vertragsbeendigung hinaus vereinbart, bzw steht sie unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen zu, da das Geschäft überwiegend auf die Tätigkeit des Handelsvertreters vor der Vertragsbeendigung zurückzuführen ist und innerhalb angemessener Frist durchgeführt wird, so fällt sie schlüssiger Weise aus der – dem Ausgleich zu Grunde liegenden – Problematik heraus und ist nicht mehr ausgleichsfähig.

b) Rotationsvertrieb

Übt der Handelsvertreter seine Vermittlungstätigkeit in jeweils wechselnden Gebieten aus, dann liegt ein Rotationsvertrieb vor, dessen Problematik darin besteht, dass der Vertreter, der erfolgreich einen Kunden akquiriert hat, von Nachbestellungen dieses Kunden nicht mehr profitiert.⁴⁴⁶ Er hat daraus also keine ausgleichsfähigen Provisionseinnahmen mehr zu erwarten. Diese Form der Vertriebsgestaltung hätte also die gleiche Wirkung auf den Ausgleichsanspruch, wie eine Ausschlussklausel und ist dieser gem BGH Urteil vom 25.10.1984⁴⁴⁷ – als Verstoß gegen den Unabdingbarkeitsgrundsatz des § 89b Abs 4 S 1 HGB – auch gleichzuhalten. In einem weiteren diesbezüglichen Urteil vom 28.4.1999⁴⁴⁸ argumentiert der BGH mit der dafür notwendigen Fiktion, dass der Vertreter die Bereiche weiterbetreue, in denen er Kunden geworben hat und somit von den Folgeprovisionen weiterprofitiere. Hier ist insbesondere auch mit dem Billigkeitsgrundsatz zu argumentieren.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ Küstner/Thume, Handbuch⁷ 257.

⁴⁴⁶ Küstner/Thume, Handbuch 274.

⁴⁴⁷ BGH HVR Nr. 595 vom 25.10.1984; Küstner/Thume, Handbuch 274.

⁴⁴⁸ BGH VIII ZR 354/47 vom 28.4.1999; Küstner/Thume, Handbuch 274f.

⁴⁴⁹ Ibid.

c) Serienbelieferungsverträge

In vielen industriellen Bereichen, etwa in der Automobilherstellung, produziert eine Zuliefererindustrie über längere Zeiträume hinweg Produkte, die gemeinsam mit dem Abnehmer bis zur Serienreife eines neuen Modells entwickelt wurden.⁴⁵⁰ Serienbelieferungsverträge lassen eine Provisionspflicht für jede einzelne Lieferung entstehen. Diese Teilbestellungen und -lieferungen resultieren aber nicht erst im Zeitpunkt der Erfüllung der Teilleistungen aus der Arbeit des Handelsvertreters, sondern bereits bei Abschluss des betreffenden Vertrages sind die später folgenden Teilbestellungen bzw. -leistungen vereinbart. Diese könnte – wenn nichts anderes vereinbart ist – kraft jahrzehntelanger Übung das Ende des Handelsvertretervertrages überdauern und sich bis zum Ende der Serienbelieferungsverträge bei Auslauf des Modells hinziehen.⁴⁵¹ Dem Handelsvertreter stehen daraus jeweils nicht ausgleichsfähige, sondern nach Vertragsende geschuldete *Überhangprovisionen* zu.⁴⁵²

Der Serienlieferungsvertrag ist von der ebenfalls branchenüblichen Blankettbestellung („*Kauf nach Bedarf*“) und dem „*Kauf auf Abruf*“ zu unterscheiden, die mangels Konkretisierung nicht einklagbar sind.⁴⁵³ Die Blankettbestellung ist lediglich eine *Option für künftige Geschäfte*, bei der weder Menge noch Kaufpreis bestimmt ist. Sie wird für Produkte der Zuliefererindustrie abgeschlossen, die nicht nur von einem vorbereiteten Zulieferer, sondern von den Mitbewerbern des Vertragspartners ohne großen Aufwand geliefert werden können. Beim Kauf auf Abruf ist die abzunehmende Menge bestimmbar.⁴⁵⁴

d) Bezugsverträge

Ein Bezugsvertrag bindet den Kunden sehr stark an den Unternehmer, indem er diesen verpflichtet, gewisse Waren ausschließlich von ihm zu beziehen, wobei Zeit und Menge der

⁴⁵⁰ Küstner/Thume, Handbuch 277.

⁴⁵¹ Küstner/Thume, Handbuch 278.

⁴⁵² Küstner/Thume, Handbuch 276.

⁴⁵³ Küstner/Thume, Handbuch 280.

⁴⁵⁴ Küstner/Thume, Handbuch 278.

Lieferungen offen bleiben.⁴⁵⁵ Dies hat der OGH zuletzt in zwei Entscheidungen aus 2004 und 2006 klargestellt⁴⁵⁶: Beim Bezugsvertrag stehe – im Unterschied zum Sukzessivlieferungsvertrag – die vereinbarte Gesamtleistung nicht von vornherein fest, wodurch die Vorschriften für Dauerschuldverhältnisse anzuwenden sind.

Über die Abgrenzung dieser Vertragsformen im Zusammenhang mit dem Provisionsrecht hatte der OGH auch in einer weiteren Entscheidung aus 2004 abzusprechen.⁴⁵⁷ Darin beurteilte er einen Vertragsentwurf für einen Ausrüsterauftrag, den ein Unternehmen mit einem Handelsvertreter abgeschlossen hatte. Dieser Vertragsentwurf enthielt nähere Bestimmungen über den Rahmen nachfolgender konkreter Abrufaufträge gegenüber dem Unternehmen.

Es wurden allerdings insbesondere bestimmte Bestellmengen nicht ausdrücklich zahlenmäßig definiert, aber bis zu einem bestimmten Datum gültige Festpreise bestimmt, die danach einvernehmlich angepasst werden sollten, sowie weiters Zahlungs- und Lieferbedingungen, Gewährleistungsmodalitäten, die für jede zukünftige Abrufmenge gelten sollten. Der Vertragsentwurf ist damit (mangels Bestimmung eines konkreten Kaufobjekts) nicht als Entwurf eines Kaufvertrags einzuordnen gewesen und auch nicht als Entwurf eines Sukzessivlieferungsvertrages. In letzterem – und diesbezüglich beruft sich der OGH auf die deutsche Lehre⁴⁵⁸ – hätte sich nämlich eine Seite verpflichten müssen, über einen längeren Zeitraum hinweg eine bestimmte Warenmenge zu beziehen, womit Rechte und Pflichten bereits verbindlich festgelegt gewesen wären und das Geschäft als abgeschlossen gegolten hätte. In diesem Fall entschied der OGH, dass vielmehr der Entwurf eines Bezugs- oder Rahmenvertrags vorlag, der sich nicht auf ein konkretes Geschäft bezog, sondern nur generell dem Kunden Bezugsrechte einräumte, die dann erst durch einzelne Geschäftsabschlüsse realisiert werden könnten. Da ein solcher Vertrag noch kein Umsatzgeschäft begründet hätte, sondern ein solches erst jeweils durch einen einzelnen Geschäftsabschluss zustande gekommen wäre, wäre nach deutscher Lehre und österreichischer Lehre zur alten aber vergleichbaren Rechtslage⁴⁵⁹ für den Handelsvertreter nur insoweit Provisionsanwartschaft

⁴⁵⁵ Küstner/Thume, Handbuch 278.

⁴⁵⁶ OGH 1 Ob 198/04f vom 12.10.2004; OGH 8 Ob 86/06i vom 30.11.2006.

⁴⁵⁷ OGH 4 Ob 67/04p vom 25. 5.2004.

⁴⁵⁸ Ibid mwN.

⁴⁵⁹ Ibid mwN.

entstanden, als der Geschäftsabschluss vor der Vertragsbeendigung zustande gekommen wäre.⁴⁶⁰

Die Vermittlung eines Bezugsvertrag stellt einerseits zwar kein unmittelbares provisionspflichtiges Umsatzgeschäft dar, andererseits entsteht aber eine enge Bindung, die spätere Geschäfte mit großer Wahrscheinlichkeit (mit größerer Wahrscheinlichkeit, als bei normaler Kundenwerbung) herbeiführen wird, wodurch auch Provisionen an den Handelsvertreter fließen würden, bzw diesem Provisionsverluste entstehen, wenn sein Vertragsverhältnis vorzeitig geendet hat.⁴⁶¹

Die deutsche Judikatur hat in einem ähnlichen Fall bereits das Entstehen eines Provisionsanspruches oder Ausgleichsanspruches auf Grundlage des § 354 HGB (Zweifelsregel zur Entgeltlichkeit von Handelsgeschäften) iVm § 88 Abs 1 HGB idF 18.11.1957 angedacht.⁴⁶²

⁴⁶⁰ Ibid.

⁴⁶¹ Küstner/Thume, Handbuch 279.

⁴⁶² Ibid.

VI. Die Ausgleichsberechnung des Handelsvertreters im deutschen und österreichischen Recht

A. Relative Rechtsunsicherheit im Ausgleichsrecht des Handelsvertreters

Die in der Einleitung bereits erwähnte Rechtsunsicherheit bezüglich des in Ausgleichsprozessen zu errechnenden Ausgleichsanspruchs, die in der deutschen Lehre sogar als „Justizübel“ beklagt wird⁴⁶³, ist relativ. Im Folgenden möchte ich zwei Beispiele bringen, um einerseits zu zeigen, wie groß die Unsicherheit – selbst bei richtlinienkonformer Rechtsprechung – hinsichtlich der Höhe des Ausgleichsanspruchs werden kann, sowie andererseits, dass sehr wohl auch Systeme diskutiert werden, in denen die Rechtssicherheit hinsichtlich der Ausgleichshöhe strukturell höher ist.

Ein englisches Urteil, das den Ausgleichsanspruch eines Handelsvertreters (*commercial agent*) beziffert⁴⁶⁴, hat laut Rechtsabteilung der CDH⁴⁶⁵ europaweit für Aufregung gesorgt, in dem der englische Court of Appeal zwar – richtlinienkonform, da alle Voraussetzungen gegeben waren – entschieden hat, dass ein Ausgleichsanspruch zuzusprechen sei, die Ausgleichshöhe allerdings hat mittels des Wertes der Handelsvertretung zu Vertragsende errechnet und mit Null beziffert hat. Somit war keine Umgehung des in Europa nicht abdingbaren Ausgleichsanspruches gegeben, aber Handelsvertreter müssen selbstverständlich damit rechnen, in England gänzlich leer auszugehen; die Rechtssicherheit nach englischem Handelsvertreterrecht ist damit noch einmal auf eine andere Stufe gerutscht, als dies von der deutschen Lehre – wie einleitend erwähnt – für das deutsche Handelsvertreterrecht beklagt wird.

Gleichzeitig wird ebenfalls laut Auskunft der CDH seit einem Urteil des EuGH⁴⁶⁶ ein alternatives Modell des Vergütungsanspruchs kontroversiell diskutiert: Der italienische

⁴⁶³ Siehe Einleitung der vorliegenden Arbeit mwN.

⁴⁶⁴ *Lonsdale v. Howard & Hallam Ltd.* [2006] EWCA Civ 63.

⁴⁶⁵ Telefonat des Verfassers mit der Rechtsabteilung der CDH; siehe auch Richard Price, *The European Commercial Agency Directive, its Implementation and Operation in England and Wales, France and Germany*, Conference at the University of Westminster, 4th April 2006.

⁴⁶⁶ *Honyvem Informazioni Commerciali Srl v. Mariella De Zotti*, EuGH, 23.2.2006, C-465/04.

Tarifvertrag zwischen den italienischen Verbänden *Confcommercio* und der Vertretungsorganisation der italienischen Handelsagenten FNAARC vom 27.11.1992, der als bindende Auslegung des Art 1751 Codice Civile herangezogen wird, in dem Art 17 der Handelsvertreterrichtlinie aus 1986 umgesetzt wurde, und durch den die Berechnung des Ausgleichsanspruchs durch *Zuschläge von 1 - 4 % auf den Grundbetrag von 1 % aller während des Vertragsverhältnisses ausbezahlten Provisionen* festgelegt wird. Das Problem dieser Regelung besteht darin, dass der Handelsvertreter zwar auch dann einen Anspruch hat, wenn Voraussetzungen der Richtlinie, zB die Werbung von Neukunden, nicht gegeben sind, allerdings jedenfalls einen – gemessen an der Richtlinie – zu niedrigen Anspruch. Der EuGH hat am 23.3.2006 in *Honyvem Informazioni Commerciali Srl v. Mariella De Zotti* entschieden, dass die Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Art 17 Abs 2 (Ausgleichsmodell) zwar einen gewissen Gestaltungsspielraum haben – insbesondere bezüglich des Kriteriums der Billigkeit – dass aber ein Tarifvertrag nicht den Ausgleichsanspruch nach Maßgabe der Richtlinie senken kann, sondern günstiger oder zumindest gleich günstig für den Vertreter sein muss.⁴⁶⁷

Gegenüber dem italienischen Modell erscheint die deutsche Ausgleichsberechnung noch ausnehmend kompliziert, da hier sehr genau unterschieden werden muss und ausführlich judiziert wurde, welche Geschäfte mit welchen Kunden überhaupt zur Berechnung der Provisionsverluste herangezogen werden dürfen. Gleichzeitig erscheint wiederum etwa die Rechtsunsicherheit, die durch eine simplifizierte Berechnung durch ein englisches Höchstgericht – wie im obigen Beispiel dargestellt – ausgelöst wurde, nach der methodisch relativ vorhersagbaren (ständigen) Rechtsprechung kaum denkbar.

B. Das deutsche zweistufige System der Ausgleichsberechnung

In der Praxis wird in Handelsvertreterverträgen häufig ein Ausgleich in individueller, von den Vertragsparteien nach Gutdünken vereinbarter Höhe bzw Berechnungsweise festgelegt.⁴⁶⁸ Dieser Anspruch ist insoweit kritisch zu prüfen und gegebenenfalls zu revidieren, soweit er den Handelsvertreter gegenüber dem Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB schlechter stellt, also unter der gesetzlich geschützten Mindesthöhe liegt, die sich aus einer mit § 89b HGB konformen Ausgleichsberechnung ergeben würde. Der gesetzliche Ausgleichsanspruch kann

⁴⁶⁷ Ibid.

⁴⁶⁸ Siehe dazu auch Küstner/Thume, Handbuch 596.

vertraglich gemäß § 89 Abs 4 S 1 nicht abbedungen werden, wobei dieser Grundsatz nach seinem Sinn und Zweck nicht nur verbietet, den Anspruch ganz auszuschließen, sondern auch, den Anspruch im Ergebnis einzuschränken.⁴⁶⁹ Dies bezieht sich allerdings nur auf die Zeit vor Vertragsbeendigung, danach kann der Anspruch abbedungen bzw beliebig vereinbart werden.⁴⁷⁰ Auch ist es möglich, einen Anspruch oder eine Berechnungsweise zu vereinbaren, die den Handelsvertreter zumindest nicht schlechter stellt, als der gesetzliche Anspruch.⁴⁷¹

Nach der deutschen Lehre und Rechtsprechung lassen sich *schematische Berechnungen* und *Faustregeln* zur Berechnung nicht mit dem Zweck des gesetzlichen Ausgleichsanspruchs vereinbaren.⁴⁷²

Nach § 89b Abs 1 HGB (alt) bestand der gesetzliche Ausgleichsanspruch dann zu Recht, wenn alle Tatbestandselemente der Ziffern 1 - 3 dieser Bestimmung, dh *Unternehmervorteile*, *Provisionsverluste* und *Billigkeit des Anspruchs*, kumulativ gegeben waren⁴⁷³ (wobei dies zunächst abstrakt und ohne konkrete Berechnung festgestellt wurde), und soweit der Umfang von Vor- und Nachteilen ermittelt und einander gegenübergestellt worden war.⁴⁷⁴ Dabei war nach der herrschenden deutschen Lehre und auch nach der Rechtsprechung bis dato der niedrigste der errechneten drei Beträge maßgeblich („*Niedrigstes* [Ergebnis] *unter einer der drei Nummern*“⁴⁷⁵, dh. der Ziffern 1 bis 3 des § 89b Abs 1 HGB), wobei hier auf die jüngste Entscheidung des EuGH zur richtlinienkonformen Berechnung hinzuweisen ist, der diese bisherige Rechtsauslegung kritisiert und entschieden hat, dass diese deutsche Rechtsprechung nicht dem Schutzzweck der Richtlinie nachkommt und daher EU-Rechts widrig ist.⁴⁷⁶ Vielmehr darf mit diesem Argument nicht der Ausgleichsanspruch eingeschränkt werden, indem der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters die Provisionsverluste als niedrigsten Betrag nicht überschreiten kann.⁴⁷⁷

⁴⁶⁹ Küstner/Thume, Handbuch 601.

⁴⁷⁰ Küstner/Thume, Handbuch 602.

⁴⁷¹ Küstner/Thume, Handbuch 603.

⁴⁷² Küstner/Thume, Handbuch 596 mwN.

⁴⁷³ Hopt, Handelsvertreterrecht, 152.

⁴⁷⁴ Ibid.

⁴⁷⁵ Hopt, Handelsvertreterrecht 152.

⁴⁷⁶ EuGH (1. Kammer) Rs. C-348/07 vom 26.3.2009 – Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH; EWS 2009/4, 150.

⁴⁷⁷ Ibid; siehe auch Abschnitt 5.A der vorliegenden Arbeit.

Im Folgenden soll die Systematik der bisherigen deutschen Ausgleichsberechnung dargestellt werden, an der sich auch die österreichische Berechnungsmethode anlehnt. Dies könnte im Übrigen dazu führen, dass die Erfahrungen der österreichischen Berechnungsweise, die sich trotz des legislativen Unterschieds an der in Deutschland entwickelten Methodik orientiert hat, in die deutsche Diskussion einfließen, bzw auch umgekehrt in Österreich die Orientierung an der deutschen Rechtsprechung trotz des legislativen Unterschieds im Einzelfall vorsichtig hinterfragt wird.

Die Unternehmervorteile als erste Voraussetzung sind praktisch am besten nach den Provisionsverlusten zu prüfen, da diese meist klar zu beziffern sind, jene aber lediglich „erheblich“ sein müssen.⁴⁷⁸ Die Vorteile müssen aus der Geschäftsverbindung stammen und Verluste aus einer Doppelbelastung wegen der Zahlung von Provisionen an den Nachfolger des Handelsvertreters stehen dem Ausgleichsanspruch nicht entgegen.⁴⁷⁹ Die Unternehmervorteile entsprechen dann den Provisionsverlusten des Handelsvertreters, wenn der Unternehmer nichts anderes nachweist.⁴⁸⁰

Nach dem deutschen Ausgleichssystem ist zunächst der – von der Rechtsprechung entwickelte – *Rohausgleich* zu berechnen.⁴⁸¹

Dafür werden die Provisionen eines repräsentativen Zeitraums, zumeist der letzten zwölf Monate des Vertragsverhältnisses herangezogen. Allerdings kann im Einzelfall auch die Durchschnittsjahresprovision eines angemessenen Zeitraums vor Vertragsbeendigung beachtet werden. Nicht aber darf dafür die Obergrenze, also die Durchschnittsprovision der letzten fünf Jahre herangezogen werden.⁴⁸² Hat das Vertragsverhältnis kürzer als fünf Jahre aber länger als ein Jahr gedauert, so wird der Durchschnitt der gesamten Periode herangezogen. Hat das Vertragsverhältnis weniger als ein Jahr gedauert, werden nur die in diesem Zeitraum angefallenen Provisionen einbezogen.⁴⁸³

⁴⁷⁸ Hopt, Handelsvertreterrecht 140; Küstner/Thume, Handbuch 707.

⁴⁷⁹ Ibid.

⁴⁸⁰ Küstner/Thume, Handbuch 238 mwN zit ua BGH I ZR 29/89 vom 29.3.1990.

⁴⁸¹ Küstner/Thume, Handbuch 595.

⁴⁸² Küstner/Thume, Handbuch 707; Genzow in Ensthaler, HGB 530.

⁴⁸³ Genzow in Ensthaler, HGB 529.

Der errechnete Rohausgleich wird auf den Barwert abgezinst, da der Ausgleichsanspruch in Form einer Kapitalzahlung fällig wird, obzwar der Provisionsbetrag aus voraussichtlichen Geschäften erst im Laufe des Prognosezeitraumes zugeflossen wäre.⁴⁸⁴ Die *Abzinsung* kann nach einer anerkannten Abzinsungsmethode erfolgen.⁴⁸⁵

Auf dieser Grundlage wird eine *Prognose* abgegeben, wie sich in einem realistischen Zeitraum – was einzelfallabhängig entschieden wird (für gewöhnlich etwa zwei bis drei Jahre) die Geschäfte entwickeln werden, wobei insbesondere maßgeblich ist, wie lange die Verbindung zu den neu geworbenen Kunden noch halten wird.⁴⁸⁶

Nach § 89b HGB (entsprechend Art 17 Abs 2 der Richtlinie) darf der Ausgleichsanspruch die Jahresdurchschnittsprovision der letzten fünf Tätigkeitsjahre des Handelsvertreters – dh einen „Höchstbetrag“ von einer durchschnittlichen Jahresvergütung – nicht überschreiten. Dieser Höchstbetrag hat eine Korrekturfunktion und der Ausgleich darf nicht selbst ausschließlich anhand des Höchstbetrages bemessen werden.⁴⁸⁷ Der niedrigere Wert aus einem Vergleich von Jahresvergütung und Obergrenze wird schließlich als Ausgleich geschuldet, bzw wird der Rohausgleich gegebenenfalls gekappt, um die Obergrenze nicht zu übersteigen.⁴⁸⁸

Zuletzt soll schließlich der Ausgleichsanspruch angemessen sein, wobei der Begriff der Angemessenheit schwierig und wenig untersucht ist und die Prüfung der relevanten Umstände bezüglich der Angemessenheit des Anspruchs in der Regel im Rahmen der Billigkeitsprüfung vorgenommen wird.⁴⁸⁹ In Literatur und Rechtsprechung wird – entgegen der Intentionen des deutschen Gesetzgebers – eher der mit der Angemessenheit in Zusammenhang gebrachte Billigkeitsgrundsatz diskutiert.⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ Küstner/Thume, Handbuch 710.

⁴⁸⁵ Hopt, Handelsvertreterrecht 152.

⁴⁸⁶ Hopt, Handelsvertreterrecht 141.

⁴⁸⁷ Küstner/Thume, Handbuch 707; Genzow in Ensthaler, HGB 530.

⁴⁸⁸ Küstner/Thume, Handbuch 595.

⁴⁸⁹ Hopt, Handelsvertreterrecht.

⁴⁹⁰ Küstner/Thume, Handbuch 5.

Im konkreten Fall wird zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach dem deutschen System des § 89b HGB folgender Maßen vorgegangen⁴⁹¹:

- Prüfung der Beendigungsvoraussetzung und Ausgleichsvoraussetzungen (abstrakt) des § 89b HGB.
- Berechnung der Provisionsverluste:
- Ausgleichsrelevante Provisionen im letzten Vertragsjahr:
 - Provisionen aus Geschäften mit (übernommenen) Altkunden, mit denen der Umsatz wesentlich erweitert wurde: Betrag X
 - plus Provisionen aus Geschäften mit Neukunden: Betrag Y
 - plus Provisionen aus Geschäften mit Bezirkskunden (unter der Voraussetzung der Mitursächlichkeit⁴⁹²) = Betrag Z
 - Summe aus Betrag X plus Y plus Z =

Zwischenergebnis: A (Basisprovision)

- Prüfung Unternehmervorteile (Beweislast bei Unternehmer), allerdings in Gegensatz stehend zu deutscher Rechtsprechung dürfen gemäß jüngster Rechtsprechung des EuGH⁴⁹³ konkret berechnete Unternehmervorteile, die unter den Provisionsverlusten liegen, schließlich den Ausgleichsanspruch auch nicht herabsetzen.
- Unterstellung des Fortbestandes des Vertragsverhältnisses im Prognosezeitraum (zB drei Jahre) unter Berücksichtigung der jährlichen Abwanderungsquote (zB 20%):

⁴⁹¹ Siehe dazu auch Küstner/Thume, Handbuch 707ff.

⁴⁹² Küstner/Thume, Handbuch 202.

⁴⁹³ EuGH (1. Kammer) Rs. C-348/07 vom 26.3.2009 – Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH; EWS 2009/4, 150.

1. Jahr: $0,8 A = A_1$

2. Jahr: $0,8 A_1 = A_2$

3. Jahr: $0,8 A_2 = A_3$

Summe aus A_1 plus A_2 plus $A_3 =$

Zwischenergebnis: B

- Abzinsung auf Barwert nach anerkannter Abzinsungstabelle (zB Multifaktoren nach Gillardon⁴⁹⁴):

Betrag B minus Abzinsungsabschlag =

Zwischenergebnis: C

- Einbeziehung der Billigkeitserwägungen als Abschlag von Ergebnis C:

Betrag C

- minus *Kosten des Handelsvertreters*, die sich dieser durch die Vertragsbeendigung erspart, soweit diese Kosten besonders hoch gewesen sind (jedenfalls höher als 35%)⁴⁹⁵;
- minus *Kostenpauschale* pro Jahr der Fortbestandsprognose, falls eine solche Kostenpauschale bezahlt wurde;
- minus Unterstützung des Handelsvertreters etwa durch *Werbebemühungen in außergewöhnlichem Ausmaß*;

⁴⁹⁴ Küstner/Thume, Handbuch 296ff, 710 mwN.

⁴⁹⁵ Küstner/Thume, Handbuch 712.

- minus Unterstützung des Handelsvertreters durch die „Sogwirkung“ der Marke.
- minus Altersversorgung des Handelsvertreters (unter bestimmten Voraussetzungen)⁴⁹⁶

Zwischenergebnis: D = Rohausgleich

- Berechnung der Höchstgrenze:
 - Durchschnittliche Jahresprovision der letzten fünf Jahre
 - bei kürzerem Vertragsverhältnis, aber länger als ein Jahr: der gesamten Vertragszeit / bei Laufzeit unter einem Jahr: strittig, nach herrschender Lehre ist auf ein Jahr hochzurechnen⁴⁹⁷); im Unterschied zur Berechnung der Provisionsverluste⁴⁹⁸ unter Einbeziehung von:
 - Verwaltungsprovisionen
 - Provisionen aus Geschäften mit Altkunden
 - Provisionen aus Geschäften Bezirkskunden

Ergebnis: Summe H = Höchstgrenze

- Vergleich Rohausgleich und Höchstgrenze:

Ist der Rohausgleich höher, dann wird er durch die Höchstgrenze gekappt. Der niedrigere Wert von D und H stellt also den Ausgleichsanspruch dar.

⁴⁹⁶ Hopt, Handelsvertreterrecht 150.

⁴⁹⁷ Küstner/Thume, Handbuch 577f; Hopt, Handelsvertreterrecht 153.

⁴⁹⁸ Küstner/Thume, Handbuch 713ff.

D > H: Ergebnis H = Ausgleichsanspruch

H > D: Ergebnis D = Ausgleichsanspruch

Fällig wird der Anspruch inklusive Mehrwertsteuer mit seiner Entstehung, also dem Vertragsende; ab diesem Zeitpunkt ist er auch zu verzinsen.⁴⁹⁹

C. Rezeption der deutschen zweistufigen Berechnungsmethode durch den OGH

In diesem Abschnitt soll die Judikatur des OGH zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs gemäß § 24 HVertrG anhand des durch die deutsche Rechtsprechung entwickelten Systems nachverfolgt und analysiert werden. § 24 HVertrG entspricht ja Art 17 Abs 2 der Richtlinie, der wiederum dem historischen § 89b HGB nachgebildet ist, weswegen der OGH die von der deutschen Rechtsprechung entwickelte Systematik heranziehen und umsetzen konnte. Insbesondere in der Rechtsprechung des OGH im Zeitraum 2000 bis 2007 hat sich diesbezüglich eine einigermaßen stabile Methodik herauskristallisiert, wobei die Rechtssicherheit in diesem Bereich aber gerade durch die Einzelfallbezogenheit der Entscheidungen relativiert wird. Hier sollte noch erwähnt werden, dass die Berechnungsmethode trotz der Einbeziehung der Versicherungsvertreter in das Ausgleichsrecht des HVertrG gemäß § 26d HVertrG, anders als nach § 89b deutsches HGB nicht auch die Berechnungsmethode angeglichen wurde.⁵⁰⁰ Auf die zu beachtenden Besonderheiten des Versicherungsvertreter soll hier nicht eingegangen werden.

Auch soll auf damit unmittelbar zusammenhängende Fragen, etwa einzelner Billigkeitsgründe eingegangen werden, soweit diese nicht schon im Zusammenhang mit den Provisionsverlusten in dieser Arbeit dargelegt wurden. Die Urteile werden in chronologischer Abfolge untersucht, in zwei Fällen sind Urteile jedoch zusammen zu lesen, da sie den jeweils zweiten und dritten Rechtsgang desselben Streitfalles darstellen (4 Ob 189/07h-OGH 4 Ob 54/02y und 6 Ob248/07z-6 Ob 82/02f). Nach der Analyse der einzelnen Urteile soll schließlich als Abschluss dieses Abschnittes die Auswertung der Urteile hinsichtlich der

⁴⁹⁹ Küstner/Thume, Handbuch 714.

⁵⁰⁰ Krit Nocker, Kommentar 864.

relevanten ausgleichsrechnerischen Merkmale und danach die vom OGH angewandte Berechnungsmethode tabellarisch zusammengefasst werden.

Hinsichtlich der Rechtssicherheit, also Verlässlichkeit der judizierten Methodik zur Ausgleichsberechnung ist vorauszuschicken, dass der OGH betont, dass § 24 HVertrG ein *Musterbeispiel für eine nach dem jeweiligen Einzelfall zu treffende Billigkeitsentscheidung* ist.⁵⁰¹ In 6 Ob 248/07z vom 12.12.2007 stellte er jüngst wieder fest, dass die Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs *immer im Ermessen der Gerichte* liegt. Allerdings kann die Praxis wohl davon ausgehen, dass man sich an dem deutschen zweistufigen Berechnungsmodell zumindest orientieren kann, das der OGH seit der Entscheidung OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000 anwendet.⁵⁰² In diesem Zusammenhang ist noch ein weiteres zentrales Urteil des OGH hervorzuheben, das auch einer von der Lehre geforderten⁵⁰³ sinnvollen Rechtssicherheit entgegenläuft: In 4 Ob 54/02y vom 9.4.2002 entschied der OGH, dass die Ermittlung des Ausgleichsanspruchs notwendigerweise an den Besonderheiten des Einzelfalls auszurichten ist, und daher für *pauschale Berechnungsweisen oder die Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach festen Formeln grundsätzlich kein Raum* gegeben ist, was er in dieser Entscheidung insbesondere auch auf die *Münchener Formel* bezieht.⁵⁰⁴ An dieser Stelle ist auch auf die jüngste Entscheidung des EuGH bezüglich der deutschen Ausgleichsberechnung und die damit einheitliche Auslegung des § 89b HGB hinzuweisen und in diesem Zusammenhang die mögliche - wenn auch sehr unwahrscheinliche - Änderung der deutschen und unter Umständen auch österreichischen Rechtsprechung.

Der OGH lehnt also feste Formeln und pauschale Berechnungsweisen ab und lässt sich auch auf die – grundsätzlich allerdings rezipierte deutsche Berechnungsmethode, bzw eine von der Lehre geforderte höhere Rechtssicherheit⁵⁰⁵, nicht endgültig festlegen. Im Folgenden sollen einige zentrale Entscheidungen des OGH zur Ausgleichsberechnung analysiert werden.

⁵⁰¹ OGH 4 Ob 65/06x vom 9.8.2006.

⁵⁰² Ibid.

⁵⁰³ Nocker, Kommentar 781.

⁵⁰⁴ OGH 4 Ob 54/02y vom 9.4.2002.

⁵⁰⁵ Nocker, Kommentar 781.

1. OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000

In diesem Fall hatte ein Handelsvertreter den Unternehmer auf Provisionen aus einem bereits erteilten, aber noch nicht durchgeführten Auftrag, aus Gutschriften, sowie auf Schadenersatz für entgangene Provisionen geklagt und diese Ansprüche waren ihm bereits rechtskräftig zuerkannt worden. Ein weiteres Begehren auf Schadenersatz wegen entgangener Provisionen aus kurzfristigen Aufträgen war abgewiesen worden. Auch eine vom beklagten Unternehmer geltend gemachte Gegenforderung stand fest. Daher war der Gegenstand des Revisionsverfahrens lediglich die Berechnung des Ausgleichsanspruchs, wofür sich der OGH die deutsche Rechtsprechung zu § 89b HGB zum Vorbild nahm.⁵⁰⁶

Der *Handelsvertreter* wies insbesondere darauf hin, dass das Vertragsverhältnis 37 Jahre lang Bestand gehabt hätte und ohne Beanstandung verlaufen sei. Er hätte sämtliche Kunden des Unternehmers in dem vereinbarten Gebiet angeworben, wobei sich die Zahl der für die Produkte der Beklagten gewonnenen Kunden kontinuierlich erhöht hätte und der Unternehmer von diesen Kunden auch weiterhin profitieren würde. Weiters sei auch eine ständige Steigerung des Umsatzes gelungen. Der Handelsvertreter nannte hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs die maßgebliche durchschnittliche Jahresprovision.⁵⁰⁷

Der *Unternehmer* hatte eingewendet, dass der Handelsvertreter in den letzten Geschäftsjahren weder relevante neue Kunden zugeführt hätte, noch bestehende Geschäftsverbindungen wesentlich erweitert hätte. Die Marktposition des Unternehmers hätte sich auf Grund der Vernachlässigung des Geschäftes durch den Handelsvertreter verschlechtert, sodass der Unternehmer zur Direktbetreuung von Kunden gezwungen gewesen wäre. Die Werbung wichtiger Kunden für den Unternehmer hätte Jahre, wenn nicht Jahrzehnte, zurückgelegen. Der Unternehmer wandte schließlich ein, dass eine Ausgleichszahlung nicht der Billigkeit entsprechen würde.⁵⁰⁸

Das Erstgericht hatte dem Handelsvertreter neben den bereits in Rechtskraft erwachsenen weiteren Ansprüchen eine Ausgleichszahlung in Höhe der durchschnittlichen Jahresprovision

⁵⁰⁶ OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000, 1.

⁵⁰⁷ Ibid.

⁵⁰⁸ OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000, 2.

der letzten fünf Jahre zugesprochen.⁵⁰⁹ Das Berufungsgericht hatte den Zuspruch der Ausgleichszahlung bestätigt. *Festgestellt* worden waren zunächst die Neukundeneigenschaft, die Vorteile des Unternehmers und die Verluste des Handelsvertreters. Das Ergebnis war dann einer Angemessenheitskontrolle unterzogen worden (Billigkeitsprüfung). den so ermittelten *Rohausgleich* hatte das Berufungsgericht dann der *Höchstgrenze* gegenübergestellt. Außerdem hatte die zweite Instanz festgestellt, dass die widerlegbare Vermutung bestünde, dass die hergestellten Geschäftsverbindungen auch nach Vertragsbeendigung weiter Bestand hätten. Diesbezüglich war allerdings bereits erwiesen, dass der Unternehmer weiterhin mit allen Kunden in Geschäftskontakt stand. Der Umsatzrückgang hätte mit den geringeren Preisen zusammengehungen und hatte daher für die Billigkeitserwägungen keine Bedeutung.⁵¹⁰

Das Berufungsgericht hatte in seinem Urteil laut OGH also bereits die zweistufige Berechnungsmethode aus der deutschen Judikatur angewandt⁵¹¹:

- *Anspruchsvoraussetzungen nach § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 HVertrG:*
 - Neukunden oder wesentliche Erweiterung bestehender Geschäftsverbindungen,
 - Unternehmervorteile,
 - Provisionsverlust,
 - Billigkeit

- *Rohausgleich*

Prognose über die Verluste des Handelsvertreters für einen Zeitraum von vier Jahren nach Vertragsauflösung:

- *Bezifferung Provisionsverluste:*

Provisionseingänge des letzten Vertragsjahres

⁵⁰⁹ Ibid.

⁵¹⁰ OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000, 3.

⁵¹¹ Ibid.

- *Bezifferung Unternehmervorteile:*

Ersparnis des Unternehmers

Bei Berücksichtigung der maßgeblichen Umstände standen dem vom Berufungsgericht ermittelten Provisionsverlust die aus der Beendigung des Vertragsverhältnisses erzielten Unternehmervorteile (die Provision nicht zahlen zu müssen) gegenüber.⁵¹²

- *Billigkeitserwägungen*
 - *Umsatzrückgang 25 %* (bereits bei Provisionsverlusten berücksichtigt)
 - *Abwanderungsquote von 20 %* (bzw Auflösung des Kundenstocks im 5. Jahr)
 - *Vertragsdauer (keine Relevanz)*
 - *Höhe der vereinbarten Provision (keine Relevanz)*
- *Abzinsung* mittels Kapitalisierungszinssatzes von 5 %

Zu den Billigkeitserwägungen stellte der OGH fest, dass der Handelsvertreter angesichts der starken Konkurrenz und hohen Substituierbarkeit gezwungen war, der *Preisgestaltung* besonderes Augenmerk zu schenken, was laut OGH – unter Rückgriff auf die österreichische Lehre – kein sich aus der Vertragsbeendigung ergebender Umstand war und deshalb nicht in die Billigkeitsüberlegungen einbezogen werden konnte.⁵¹³

Auch dass der Handelsvertreter im Einvernehmen mit dem Unternehmer *Großkunden* mitbetreut hatte, konnte mangels gegenteiliger Vereinbarung keinen Einfluss auf den Provisionsanspruch haben und daher auch nicht auf den Entfall der Provisionen bei

⁵¹² Ibid.

⁵¹³ Ibid mwN.

Vertragsende. Für den OGH war das ein Indiz dafür, dass der Handelsvertreter zugunsten des Unternehmers ein Vertrauensverhältnis zu diesen Großhändlern aufbauen konnte, was einen bleibenden Unternehmervorteil darstellen würde. Die Mitbetreuung dieser Kunden konnte daher den Ausgleichsanspruch der Klägerin aus Gründen der Billigkeit nicht mindern.⁵¹⁴

- *Prognose* über die hypothetischen Provisionseinnahmen
- *Vergleich Rohausgleich* und durchschnittliche Jahresvergütung (*Höchstgrenze*)
- *Kürzung des Rohausgleichs* gemäß § 24 Abs 4 HVertrG

Die Angemessenheit des Ausgleichsanspruchs war für den OGH schließlich dadurch gesichert, dass der Geschäftsherr aus der Vertragsbeendigung geringere Vorteile ziehen konnte als der Handelsvertreter.⁵¹⁵

Der OGH stellte fest, dass der so Rohausgleich *in aller Regel höher* ist, als die durchschnittliche Jahresvergütung nach § 24 Abs 4 HVertrG (Höchstgrenze), weil dem Handelsvertreter durch Vertragsbeendigung regelmäßig Provisionseinnahmen während mehrerer Jahre entgehen. Niedriger als die Höchstgrenze werde der Rohausgleich nur bei besonders *hohen Abwanderungsquoten oder Umsatzeinbrüchen* sein.⁵¹⁶

Im zu entscheidenden Fall konnte der *Unternehmer* nur einen zeitweiligen Umsatzrückgang von bis zu 25 % nachweisen. Selbst mit einem dauerhaften Umsatzrückgang des Unternehmers in dieser Höhe und eine mit einer fiktiven jährlichen Abwanderungsquote von 20 %, sowie einem kapitalisierten Zinssatz von 5 % wäre der so ermittelte Rohausgleich höher als die vom Erstgericht zugesprochene Jahresvergütung gewesen.⁵¹⁷

Der *Unternehmer* hatte gegen diese Ausführungen der ersten und zweiten Instanz, die schließlich den nach § 24 HVertrG bemessenen Höchstbetrag zugesprochen hatten, eingewendet, dass die von der Lehre vertretene *zweistufige Berechnungsmethode im Gesetz*

⁵¹⁴ Ibid.

⁵¹⁵ Ibid mwN.

⁵¹⁶ Ibid.

⁵¹⁷ Ibid.

nicht gedeckt sei, da der Ausgleichsanspruch lediglich unter Berücksichtigung der gesetzlichen Voraussetzungen (Unternehmervorteil, Provisionsverluste des Handelsvertreters und Billigkeit) im Rahmen des Höchstbetrages und nach Billigkeit zu bemessen sei und dem Handelsvertreter vielmehr ein *um 50 % reduzierter Betrag* zustehe (soweit nämlich ein Umsatzrückgang von 25 %, eine jährliche Abwanderungsquote von 20 %, sowie ein kapitalisierter Zinssatz von 5 %, zusammen also 50 % in Abzug gebracht würden).⁵¹⁸

Diese Argumentation des Unternehmers erwiderte der OGH allerdings zunächst durch eine allgemeine Einordnung der Berechnungsweise des Ausgleichsanspruchs gemäß § 24 Abs 1 HVertrG im Spannungsfeld der Richtlinie und der deutschen Vorbildbestimmung des § 89b HGB.

Der OGH stellte fest, dass dem Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses unter der Voraussetzung der Neukundenwerbung, der erheblichen Unternehmervorteile und der Provisionsverluste nach Vertragsende unter Einbeziehung der Billigkeit ein angemessener Ausgleichsanspruch gebührt, der durch den § 24 Abs 4 HVertrG auf eine Jahresvergütung aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre begrenzt wird. Er stellte weiters unter Zitierung der österreichischen Lehre fest, dass das HVertrG 1993 der Umsetzung der Richtlinie diene und der österreichische Gesetzgeber sich dabei zwischen den in Art 17 und 18 der Richtlinie eingeräumten Wahlmöglichkeiten für die *deutsche Regelung des Ausgleichsanspruchs nach § 89b dHGB* entschieden hatte, von der er nur insoweit abgewichen ist, dass die Provisionsverluste des Handelsvertreters gemäß § 24 HVertrG nicht als eigenständige Anspruchsvoraussetzung, sondern im Rahmen der Billigkeitserwägungen zu prüfen sind.⁵¹⁹

Erstmals in dieser Entscheidung befasste sich der OGH dann mit der genauen Bemessung des Ausgleichsanspruchs im Einzelfall nach der zweistufigen Berechnungsmethode, insbesondere mit dem Verhältnis des § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 HVertrG (Anspruchsvoraussetzungen und Ausnahmen) zu § 24 Abs 4 HVertrG (Höchstbetrag). Der OGH führt zunächst aus, dass Abs 4 der Bestimmung anordnet, dass der Ausgleich – mangels einer für den Handelsvertreter günstigeren Vereinbarung – höchstens eine aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre berechnete Jahresvergütung beträgt und bezieht da bereits die ständige Rechtsprechung des

⁵¹⁸ Ibid.

⁵¹⁹ Ibid mwN.

BGH in Übereinstimmung mit der deutschen Lehre zur gleichlautenden Bestimmung des § 89b dHGB ein, wo die Auffassung vertreten wird, dass die Bemessungsgrundlage des Ausgleichsanspruchs allein durch die den österreichischen Vorschriften des § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 HVertrG entsprechenden Bestimmungen des dHGB dienen. Der in der Bestimmung des § 89b Abs 2 HGB (entsprechend § 24 Abs 4 HVertrG) geregelte Höchstbetrag demgegenüber diene ausschließlich der Begrenzung des zuerst zu ermittelnden und ziffernmäßig zu bestimmenden Ausgleichsbetrags, wenn dieser also höher ist, als der Höchstbetrag. Dies würde also gewissermaßen gerade die Chronologie und logische Bedingung der Prüfschritte festlegen. Denn der OGH führt aus, dass erst *nach der Berechnung des Rohausgleichs* geprüft werden darf, ob der Ausgleichsanspruch im Lichte der Höchstgrenze zu begrenzen sei. Unternehmervorteile und Provisionsverluste seien daher auch als Gesichtspunkte bei der Beurteilung der Billigkeit zu prüfen und erst danach sei festzustellen, ob der zuzubilligende Ausgleich eine durchschnittliche Jahresprovision übersteigt (Zweistufiges Berechnungsmodell).⁵²⁰

Der OGH nimmt auch darauf Bedacht, die Argumente *österreichischer Lehre* heranzuziehen (wobei er auch feststellt, dass sich diese wiederum an deutscher Lehre und Rechtsprechung orientiert) und verweist darauf, dass der Ausgleichsanspruch im Gegensatz zum Entschädigungsanspruch nach der alten Rechtslage vor dem 1.3.1993 (§ 25 HVG) in einem *zweistufigen Verfahren* zu bemessen ist. Zuerst soll der Rohausgleich berechnet werden, dann die Höchstgrenze, dann wird verglichen und festgestellt, ob der Rohausgleich über der Höchstgrenze liegt. Diesfalls ist der Ausgleichsanspruch auf die Höchstgrenze zu reduzieren. Wenn der Rohausgleich aber geringer ist, spielt die Höchstgrenze wiederum keine Rolle, sondern der Ausgleichsanspruch ist mit dem Rohausgleich gleich zu setzen.

Der OGH entscheidet gemäß diesen Ausführungen und stellt insbesondere fest, dass diese Vorgehensweise schon aus *Inhalt und Systematik des § 24 HVertrG* erkannt werden kann.⁵²¹ Demnach lasse bereits die Systematik der Bestimmung den Schluss zu, dass Fragen der Angemessenheit oder Billigkeit nicht mehr unter der Festlegung der Höchstgrenze geprüft

⁵²⁰ OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000, 4.

⁵²¹ Ibid.

werden sollen, der damit ausschließlich der Begrenzung des Ausgleichsanspruchs dienen soll.⁵²²

Der OGH geht in diesem Urteil auch auf die alte Rechtslage des § 25 HVG bis zum 1.3.1993 ein, woraus ersichtlich ist, dass er diese Systematik als mit der Gesetzesänderung notwendig umzusetzende ansieht. Demnach war nämlich nach § 25 HVG die Angemessenheit einer Entschädigung innerhalb des gesetzlichen Höchstbetrags zu beurteilen und es waren keine dem § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 HVertrG vergleichbaren Berechnungskriterien nötig. Zum anderen hatte der Gesetzgeber in § 25 HVG auch im Zusammenhang mit der Beschränkung auf einen Höchstbetrag auf das Erfordernis der Angemessenheit verwiesen.⁵²³

Der Ausgleichsanspruch war also zu Recht vom Berufungsgericht zunächst unter Heranziehung der Kriterien des § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 HVertrG beurteilt worden und dann – weil diese Beurteilung eben ein über der Höchstgrenze liegendes Ergebnis erbrachte – auf die durchschnittliche Jahresprovision reduziert worden. Da dem Handelsvertreter der Beweis für die Zuführung von Neukunden und ausgleichsfähigen Geschäftsabschlüssen gelungen war, hatte ihn unter Zugrundelegung bereits bestehender Rechtssprechung des OGH⁵²⁴ zu Recht eine Beweiserleichterung für die restlichen Anspruchsvoraussetzungen getroffen. Demgegenüber hatte den Unternehmer die Behauptungs- und Beweislast dafür getroffen, dass die ihm durch den Handelsvertreter geschaffenen Verdienstchancen im Einzelfall über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus keinen Bestand haben. Dem Handelsvertreter war seine Beweisführung gelungen, dem Unternehmer war sein Gegenbeweis nicht gelungen.⁵²⁵

Dass der Handelsvertreter durch die Aufkündigung des Vertragsverhältnisses Provisionseinbußen hinnehmen musste war evident und vom Unternehmer schlussendlich nicht mehr bestritten worden. Der Unternehmer vertrat jedoch die Auffassung, dass aus Billigkeitsüberlegungen heraus der Ausgleichsanspruch nicht mit mehr als 50 % des gesetzlichen Höchstbetrags nach § 24 Abs 4 HVertrG bemessen werden dürfe.⁵²⁶

⁵²² Ibid.

⁵²³ OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000, 5.

⁵²⁴ Ibid mwN.

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000, 3.

2. OGH 8 ObA 290/01g vom 28.3.2002

In diesem Urteil entschied der OGH, dass die Berechnung eines Ausgleichsanspruchs, der einem Tankstellenhalter zukam, nach der zweistufigen Berechnungsmethode zu erfolgen hatte, und nicht, wie von den Unterinstanzen entschieden, durch eine Schätzung gemäß § 273 ZPO.⁵²⁷

Neukundeneigenschaft, Unternehmervorteile und Provisionsverluste sollten gemäß der für § 24 HVertrG ausgearbeiteten Systematik entschieden werden. Dafür relevante Erörterungen und Feststellungen waren aufgrund der abweichenden Rechtsansicht aber noch nicht erfolgt, weshalb der OGH die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwies. Bei den entsprechenden Feststellungen selbst sollte aber wiederum gegebenenfalls gemäß § 273 ZPO bzw unter Heranziehung entsprechender *statistischer Erfahrungswerte* vorgegangen werden.⁵²⁸

Knackpunkt war selbstverständlich zunächst die Frage, ob allein das Betreiben einer Tankstelle ein Zuführen neuer Kunden im Sinne des § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG darstellen könnte. Dies hat der OGH bejaht.⁵²⁹

Interessant ist in diesem Urteil auch die Bewertung des Standort-Arguments. Der Standortvorteil soll hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs von Tankstellenbetreibern nicht zum Ausschluss des Anspruchs führen, sondern zu dessen Minderung. Dies erklärt der OGH, dadurch, als der Kunde nur einem Standort, aber noch nicht konkreten Unternehmensprodukten verbunden scheint und daher auch noch nicht zum Kauf dieser Unternehmensprodukte entschlossen war. Erst durch die an diesem Standort entwickelte Tätigkeit der Tankstellenbetreiber wurde laut OGH, unter Zitierung der deutschen Lehre und Rechtsprechung, der Kauf der Unternehmensprodukte bewirkt.⁵³⁰

⁵²⁷ OGH 8 ObA 290/01g vom 28.3.2002, 4f.

⁵²⁸ Ibid.

⁵²⁹ Im Detail siehe dazu die Ausführungen zur Mitursächlichkeit in Abschnitt 5.B.1.e) der vorliegenden Arbeit.

⁵³⁰ OGH 8 ObA 290/01g vom 28.3.2002.

3. OGH 4 Ob 54/02y vom 9.4.2002

Diese sehr umfangreiche Entscheidung ist für verschiedene Problemstellungen der Ausgleichsberechnung sehr ergiebig und ist daher in mehrfacher Hinsicht interessant; erstens wird darin ausführlich über den Ausgleichsanspruch des *Vertragshändlers* entschieden und zweitens wird durch den OGH über die Rolle der so genannten *Münchener Formel* geurteilt.

Kläger war der Masseverwalter eines in Konkurs gegangenen Vertragshändlers (in der Folge der Einfachheit halber und zwecks Abstraktion „Vertragshändler“, Beklagter der mit dem Vertragshändler in Vertragsbeziehung gestandene und ausgleichspflichtige Unternehmer, wobei mit dem vorliegenden Urteil bereits der zweite Rechtsgang auf das – noch nicht abgewiesene Mehrbegehren – beendet wurde.⁵³¹

Der Rekurs war vom Berufungsgericht zugelassen worden, weil laut Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Feststellung und der Beweisfähigkeit von Sogwirkung und Abwanderungsrisiko abgewichen worden sei und die Frage, inwieweit Meinungs- und Marktforschungsstudien im Zivilprozess zulässige Beweismittel seien, von erheblicher Bedeutung gewesen wären. Außerdem wäre die Anrufung des OGH zur Fortentwicklung der Rechtsprechung zum Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers zulässig gewesen.

Die grundsätzliche Berechtigung eines Vertragshändlers⁵³² auf Ausgleichsanspruch analog dem Handelsvertreter war bereits im Urteil 6 Ob 644/90 des OGH vom 11.10.1990 (damals noch zu § 25 HVG) erstmals judiziert worden.⁵³³ Darin hatte der Oberste Gerichtshof die analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts auf Vertragshändler dann für gerechtfertigt gehalten, wenn die Rechtsbeziehungen zum Hersteller, wie in Agenturverträgen üblich, ausgestaltet seien. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Vertragshändler das *Alleinverkaufsrecht für einen bestimmten Bezirk* innehat. In weiterer Folge war diese Entscheidung noch dahingehend präzisiert worden, dass der die deutsche Lehre und Rechtsprechung zu analogen Anwendbarkeit des § 89b HGB auch bei nach österreichischem Recht zu beurteilenden Händlervertragsverhältnissen berücksichtigt werden könnten.⁵³⁴ In der

⁵³¹ OGH 4 Ob 54/02y vom 9.4.2000, 1.

⁵³² Üblicher Kraftfahrzeug – Händlervertrag.

⁵³³ OGH 6 Ob 644/90 vom 11.10.1990 mwN.

⁵³⁴ OGH 6 Ob 637/79 vom 28.11.1979.

Entscheidung 1 Ob 692/89 vom 29.11.1989 hat der OGH dann weiter differenziert: Der Gesetzgeber habe (in Österreich wie in Deutschland) der Gewährung einer angemessenen Entschädigung eine *typische gegebene, daher vermutete Äquivalenzstörung* zugrunde gelegt. Diese sei eine besondere Vergütung für die das Vertragsverhältnis überdauernden Vorteile und demnach ein erfolgsabhängiges weiteres Entgelt des Handelsvertreters. An diese Wertung habe jede Analogie zu § 25 HVG anzuknüpfen. Beim Vertragshändler müsse die Frage gestellt werden, ob und wie weit dessen Rechtsstellung im Innenverhältnis jener des Handelsvertreters angenähert gewesen sei. Maßgeblich sei dabei auch, ob die dem Vertragshändler zugestandenen Handelsspannen nach der konkreten Vertragsgestaltung bei Überlassung eines kontinuierlichen Kundenstammes *auch schon die Werterhöhung des Unternehmens des Vertragspartners abgegolten* hätten. Die analoge Anwendung des § 25 HVG auf das Vertragsverhältnis des Vertragshändlers sei dann gerechtfertigt, wenn sein Vertrag den wesentlichen Merkmalen des Handelsvertretervertrages derart angenähert sei, dass dessen Elemente überwiegen und die *Verwehrung des Ausgleichsanspruches den Zielsetzungen des Gesetzes zuwiderliefe*.⁵³⁵

Der Vertragshändler hatte aber in OGH 4 Ob 54/02y die vom Berufungsgericht aufgetragenen Verfahrensergänzungen kritisiert, und zwar damit, dass er auf die von der deutschen Rechtsprechung zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines gekündigten Markenhändlers entwickelte *Münchner Formel* hingewiesen hatte und deren *sinngemäße Anwendung* forderte.

Nach dem oben zur Rezeption der deutschen zweistufigen Berechnungsmethode Gesagtem sollte im Sinne der Rechtssicherheit ja eigentlich damit gerechnet werden, dass eine zumindest möglichst anerkannte Methodik eingehalten wird.⁵³⁶

Weiters unbestritten war die Rolle des Ersatzteilgeschäftes im Rahmen der Ausgleichsberechnung, dass nämlich ein Vertragshändler als Eigenhändler grundsätzlich nicht berechtigt ist, den Ausgleichsanspruch analog dem Handelsvertreterrecht für Ersatzteilgeschäfte zu erhalten, da diese ein bloßes Nebenprodukt des Werkstättenbetriebs sind. Dabei ist regelmäßig nicht zu erwarten, dass auch noch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Unternehmervorteile iSd § 24 Abs 1 Z 2 HVertrG entstehen,

⁵³⁵ OGH 6 Ob 644/90 vom 11.10.1990.

⁵³⁶ Nocker, Kommentar 781.

weshalb dieser Geschäftsbereich in die Berechnung eines Ausgleichsanspruchs nicht einzubeziehen ist.⁵³⁷

An dieser Stelle sollte außerdem noch darauf einzugehen, dass die dem Kfz-Vertragshändler analog § 24 HVertrG zustehende Entschädigung sich aber nicht aus einer einfachen Provisionsberechnung ermitteln lässt. Man muss zwischen Provision und Handelsspanne unterscheiden und für die analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts einen Vergleich vornehmen.⁵³⁸ Dabei sind dann die Elemente heraus zu rechnen, bzw zu präzisieren, die auf die Handelsspanne nicht oder anders zutreffen: Man muss, so der OGH unter Verweis auf die Lehre⁵³⁹, ermitteln, inwieweit die Handelsspanne die Werterhöhung des Unternehmens des Herstellers oder Zwischenhändlers durch die Überlassung des Kundenstammes deckt oder nicht. Die Berechnung soll schließlich auf folgende Weise erfolgen⁵⁴⁰:

- *Handelsspanne* des Vertragshändlers;
 - plus allfällige auf die Vermittlungstätigkeit zurückzuführender *Sondervergütungen*⁵⁴¹;
 - minus jene Vergütungen, die der Vertragshändler für Leistungen erhält, die ein *Handelsvertreter typischerweise nicht erbringt*;
 - minus die größere oder geringere *Sogwirkung der Marke*, die insbesondere in der Automobilbranche eine besondere Bedeutung zukommt, und die in den Billigkeitserwägungen eine wichtige Rolle spielt⁵⁴²;
 - minus das *Abwanderungsrisiko* der zugeführten Kundschaft.

⁵³⁷ OGH 4 Ob 79/99t vom 27.04.1999.

⁵³⁸ Nocker, Kommentar 753f, 758f; Küstner/Thume, Handbuch 387ff.

⁵³⁹ OGH 4 Ob 54/02y vom 9.4.2002.

⁵⁴⁰ Ibid.

⁵⁴¹ Nocker, Ausgleichsanspruch 121ff.

⁵⁴² Siehe dazu auch Abschnitt 5.B.1.f) der vorliegenden Arbeit mwN.

Der OGH stellt schließlich vorsichtig fest, dass auf Grund der Einzelfallabhängigkeit der Entscheidung jedenfalls die Berechnung anhand von fixen Prozentsätzen für diese Abzüge oder Ergänzungen im Einzelnen nicht möglich sei.⁵⁴³

Wegen der Einzelfallabhängigkeit der Berechnung gäbe es für *pauschale Berechnungsweisen oder die Ermittlung der Höhe des Anspruchs nach festen Formeln grundsätzlich keinen Raum*, was insbesondere auch für die Münchner Formel zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Vertragshändlers gelte. Die Münchner Formel sei nämlich, so der OGH, für eine ganz bestimmte Fallgestaltung entwickelt und kann wenn, dann nur bei gleich gelagerten Sachverhalten und als unverbindlicher Anhaltspunkt für die Berechnung herangezogen werden. Die Münchner Formel war für die Berechnung der Ausgleichsansprüche von BMW-Vertragshändlern nach der Änderung des Vertriebssystems von BMW von der deutschen Rechtsprechung und Lehre ausgearbeitet worden.⁵⁴⁴ Selbst die Schöpfer der Formel hätten auch keinen Anspruch darauf erhoben, eine letztgültige Berechnungsweise gefunden zu haben, die in allen Sachverhalten gleicher Maßen die einzig richtige wäre. Sie hätten vielmehr die Münchner Formel als einen *praktikablen Lösungsweg* bezeichnet, *mit der Möglichkeit, dem Einzelfall durch Abwandlung gerecht zu werden*.⁵⁴⁵

Im vorliegenden Fall hatte den beklagten Unternehmer die Behauptungs- und Beweislast dafür getroffen, dass die durch den Vertragshändler geschaffenen Verdienstchancen im Einzelfall über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus keinen Bestand gehabt hätten. Der OGH stellte fest, dass im Hinblick auf die Komplexität der Materie und die äußerst aufwändige Beweisführung in der Regel hinsichtlich einer Festsetzung des Ausgleichsanspruchs auf zwecks Ermessensentscheidung auf den § 273 Abs 1 ZPO zurückgegriffen wird, was aber dann nicht möglich sei, wenn wie im vorliegenden Fall besondere Umstände geltend gemacht werden, die es unbillig erscheinen ließen, gewisse *Abschlagsfaktoren*, also etwa der Sogwirkung der Marke und des Abwanderungsrisikos mit – nach der Erfahrung geschätzten – Pauschalsätzen einzubeziehen, daher nicht konkret und auf den Einzelfall bezogen einzurechnen.⁵⁴⁶

⁵⁴³ OGH 4 Ob 54/02y vom 9.4.2002, 4.

⁵⁴⁴ Ibid; siehe auch Nocker, Kommentar 753f.

⁵⁴⁵ Ibid.

⁵⁴⁶ Ibid.

Im vorliegenden Fall waren ein überdurchschnittlich hoher Bekanntheitsgrad der Marke, eine behauptete hohe Unzufriedenheit der Kunden mit den Leistungen des Vertragshändlers und die mögliche erhöhte Abwanderung von Kunden in Betracht. Der OGH führte unter Rückgriff auf die österreichische Zivilrechtslehre weiter aus, dass *demoskopische Umfragen*, also Ergebnisse der Umfragen von Meinungsforschungsinstituten, nach der ZPO und auch in ständiger österreichischer Rechtsprechung, sowie nach der Judikatur des EuGH in Verbraucherbefragungen, konkret zur Erhebung der Unterscheidungskraft einer Marke oder zur Beurteilung der Irreführungseignung einer Angabe, zulässige Beweismittel sind.⁵⁴⁷

Bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs ist laut dem OGH unter Rückgriff auf die deutsche Lehre auch grundsätzlich von der für die Ausgleichsfähigkeit notwendigen *Wiederkäuferquote* auszugehen. Es ist damit also die Stammkundeneigenschaft jener Kunden zu bejahen, die während der Laufzeit des Vertrags bereits wiederholt Neuwagen bei dem Vertragshändler erworben hatten. Dies verknüpfte der OGH mit dem Argument, dass die Frage, ob eine dauerhafte, dem Unternehmer auch noch zukünftig Vorteile gewährende Geschäftsverbindung gegeben ist, danach zu beurteilen ist, ob innerhalb eines überschaubaren, in seiner Entwicklung noch abschätzbaren Zeitraums mit dem Abschluss weiterer Geschäfte mit den neu erworbenen Kunden zu rechnen ist, und dass sich dieser Zeitraum beim Warenvertrieb unter anderem danach bestimmt, wie häufig sich ein *Neubedarf* einstellt. Fahrzeuge zählen laut OGH zu den nicht häufig angeschafften *langlebigen Wirtschaftsgütern*.⁵⁴⁸ Es würde die Nichtberücksichtigung dieser potentiellen Stammkunden, daher jener Neukunden, die bei Weiterbestehen des Vertrags Stammkunden geworden wären, zu einem unbilligen Ergebnis führen.⁵⁴⁹

Im Einzelnen waren daher noch folgende Feststellungen auf der Tatsachenebene zu erheben:

- welchen Zeitraum Neuwagenkunden erfahrungsgemäß ihren Neuwagen nutzen, wann daher mit einem *Wiederkauf* zu rechnen ist;
- wie hoch die *Wiederkäuferquote* anzusetzen ist;

⁵⁴⁷ Ibid; zit auch EuGH Rs C-210/96, Slg 1998 I - 4657.

⁵⁴⁸ OGH 4 Ob 54/02y vom 9.4.2002, 5.

⁵⁴⁹ Ibid.

Schließlich stellt der OGH in Übereinstimmung mit deutscher und österreichischer Lehre noch fest, dass eine *Abzinsung* des Anspruchs deshalb nötig ist, weil die Provisionsverluste im Voraus abgegolten werden, während der Vertragshändler die Provision erst innerhalb mehrerer Jahre verdient hätte und dass dies auch dann zu gelten hat, wenn der Ausgleich erst nach einer langen, mehrjährigen Prozessdauer gezahlt wird, wobei es *keine allgemein gültige Regel über Art und Höhe* dieser vorzunehmenden Abzinsung im Einzelfall gibt.⁵⁵⁰

4. OGH 6 Ob 82/02f vom 18.4.2002

Der OGH hat in dieser Entscheidung über den Ausgleichsanspruch eines Kraftfahrzeughändlers (bzw des Masseverwalters im Konkurs über das Vermögen dieses Vertragshändlers, in weiterer Folge aber der Einfachheit halber und zwecks Abstraktion „der Vertragshändler“) analog § 24 HVertrG gegen einen Generalimporteur (in Folge „Unternehmer“) entschieden und dabei Wesentliches zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs ausgesprochen. Er hatte aber die (außerordentliche) Revision des Tankstellenpächters mangels erheblicher Rechtsfragen im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.⁵⁵¹

Dem Grunde nach stand diese Klageforderung aufgrund eines rechtskräftigen Teilzwischenurteils des bereits als zu Recht bestehend fest. Die Revision des Unternehmers dagegen war vom OGH bereits mit dem Urteil zu 6 Ob 247/99p zurückgewiesen worden.⁵⁵²

Der prozentmäßige Abzug vom Provisionsanspruch war im Rahmen der Billigkeitsprüfung durch eine Schätzung nach § 273 ZPO wie folgt beziffert worden:

- *minus (höchstens) 25 %* Sogwirkung der Marke
- *minus 10 %* Abwanderungsquote zur Nachfolgemarke der Gemeinschuldnerin⁵⁵³

⁵⁵⁰ Ibid.

⁵⁵¹ OGH 6 Ob 82/02f vom 18.04.2002, 1.

⁵⁵² OGH 6 Ob 247/99p vom 15.12.1999.

⁵⁵³ OGH 6 Ob 82/02f vom 18.04.2002, 1.

Außerdem stand bereits fest, dass das Ersatzteilgeschäft gemäß zu dem Zeitpunkt einschlägiger jüngster Judikatur, nicht einzubeziehen sein soll⁵⁵⁴:

Der Unternehmer hatte gefordert, dass die Sogwirkung der Marke wegen der *deutlich unter dem österreichischen Durchschnitt liegenden Verkaufsleistung* des Vertragshändlers mit 50 % berücksichtigt würde, und die Abwanderungsquote wollte der Unternehmer wegen einem *niedrigeren Kundenzufriedenheitsspiegel* ebenfalls mit nur 50 % beurteilt haben. Nach Ansicht des Berufungsgerichtes konnte der Sachverhalt auch mit dem beantragten Gutachten eines Marktforschungsinstitutes nachgewiesen werden.⁵⁵⁵

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wurde vom Berufungsgericht mit dem Argument für zulässig erklärt, dass hinsichtlich der *Beweisfähigkeit von Sogwirkung und Abwanderungsrisiko* möglicherweise von der oberstgerichtlicher Judikatur über die abgewichen sein könnte und auch die Frage, inwieweit *Meinungs- bzw Marktforschungsstudien* zulässige Beweismittel seien, wegen ihrer erheblichen Bedeutung oberstgerichtlich zu entscheiden sei.

Ein Thema des Rekurses war schließlich noch, dass das Berufungsgericht auch Meinungsumfragen als Beweismittel zugelassen hatte.⁵⁵⁶ Allerdings hatte sich der Beweisantrag lediglich auf die *Begutachtung schon vorliegenden Zahlenmaterials und vorliegender Meinungsumfragen durch einen Sachverständigen aus dem Bereich der Marktforschung* gerichtet, also laut OGH auf die Durchführung eines gewöhnlichen Sachverständigenbeweises und der OGH entschied dazu, dass selbst wenn der Zulässigkeitsausspruch des Sachverständigenbeweises eine erhebliche Rechtsfrage gewesen wäre, auf diese Rechtsfrage in der Revision gar nicht eingegangen worden war.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ RS0112214.

⁵⁵⁵ Ibid.

⁵⁵⁶ OGH 6 Ob 82/02f vom 18.04.2002, 3.

⁵⁵⁷ Ibid.

5. OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003

In diesem Fall klagte ein Handelsvertreter den Unternehmer, der Hersteller von Elektrogeräten ist, auf Ausgleich gemäß § 24 HVertrG des von ihm aufgebauten Kundenstocks. Bei den Kunden handelte es sich um Kleinhändler, die in dieser Branche bei regelmäßiger Betreuung einer sehr geringen Fluktuation unterliegen würden und markentreu wären.⁵⁵⁸

Beide Parteien sind in vorliegendem Fall bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs – der nur der Höhe nach strittig war – nach der zweistufigen Berechnungsmethode vorgegangen, die der OGH auch in ihren Grundzügen und ihrer rechtlichen Herleitung einleitend darstellte.⁵⁵⁹

In der vorliegenden Entscheidung urteilte der OGH insbesondere zu drei Rechtsfragen, die mit der Ausgleichberechnung in einem engen Zusammenhang stehen, nämlich zur Frage, ob bei Altkunden auch eine bloß *quantitative Umsatzsteigerung* genügt, zur Frage der Überhangprovisionen und zur Frage der bei der Ausgleichsberechnung zu beachtenden Abwanderungsquote.⁵⁶⁰

Bei der Berechnung ging der OGH dann im Einzelnen folgender Maßen vor:

- *Provision des Basisjahres*
 - minus 15 % ÷ 1,05 = Ergebnis 1. Jahr
 - minus 15 % ÷ 1,05 ÷ 1,05 = Ergebnis 2. Jahr
 - minus 15 % ÷ 1,05 ÷ 1,05 ÷ 1,05 = Ergebnis 3. Jahr

⁵⁵⁸ OGH 6 Ob 170/02x, 2.

⁵⁵⁹ OGH 6 Ob 170/02x, 4.

⁵⁶⁰ Diesbezüglich ist auf den Abschnitt V.B.1.b) der vorliegenden Arbeit zu verweisen, der diese Rechtssätze im Zusammenhang mit den Provisionsverlusten behandelt.

- $\text{minus } 15 \% \div 1,05 \div 1,05 \div 1,05 \div 1,05 = \text{Ergebnis 4. Jahr}$

(Ergebnis = Nettosumme für einen vierjährigen Beobachtungszeitraum)

- minus 11 % für Bekanntheitsgrad der Marke und (geringfügige) Kostenersparnis des Handelsvertreters, dh *Sogwirkung der Marke* (Billigkeitserwägungen, Höhe nach richterlichem Ermessen)

= Ausgleichsanspruch

- plus *Verzugszinsen*

Die im vorliegenden Fall geltende Höchstgrenze für den Ausgleichsanspruch war damit nicht überschritten worden. Der errechnete Betrag wurde daher (samt Verzugszinsen) im Rahmen eines Teilurteils zugesprochen.⁵⁶¹ Das darüber hinausgehende strittige Klagebegehren war aber noch nicht spruchreif, es mussten insbesondere noch hinsichtlich der oben ausgeführten, vom OGH in diesem Urteil entschiedenen Rechtsfragen, weitere Tatsachenerhebungen durchgeführt werden.⁵⁶²

Weiters entschied der OGH, dass auf die wesentliche *Umsatzsteigerung* bezüglich Altkunden keine starre Grenze von 100 % anzuwenden ist. Die genaue Umsatzverdoppelung, die von den Vorinstanzen noch als starre Grenze herangezogen worden war, soll dafür lediglich einen Richtwert darstellen, bei dem etwa geringfügige Unterschreitungen wie im vorliegenden Fall unbeachtlich bleiben sollen. Sogar auch eine wesentlich geringere Umsatzausweitung könnte im Einzelfall vom OGH, unter Berufung auf die österreichische Lehre, als ausreichend angesehen werden.⁵⁶³

Der OGH urteilte auch, dass es nicht auf eine exakte Berechnung ankommt und dass geringfügige Aufrundungen jedenfalls zulässig sind. Es muss auch die Fortrechnung des Provisionsverlustes nicht nur solange erfolgen, bis sich der Kundenstock zur Gänze aufgelöst

⁵⁶¹ OGH 6 Ob 170/02x, 7.

⁵⁶² OGH 6 Ob 170/02x, 7ff.

⁵⁶³ OGH 6 Ob 170/02x, 8 mwN.

hat. Dem steht einerseits nämlich entgegen, dass der Zeitraum überschaubar sein muss, über den die *Abwanderungsquote* zu ermitteln ist.⁵⁶⁴ Diesbezüglich weist der OGH aber auf die Gefahr hin, dass zu geringe Abwanderungsquoten zu unabsehbar langen Prognosezeiträumen und zu unrealistisch hohen Provisionsentgängen führen.⁵⁶⁵

Auch müssen als Voraussetzung für den Ausgleichsanspruch nach Vertragsende noch weiterhin erhebliche Unternehmervorteile bestehen. Diese Vorteile werden aber durch die *Abwanderungsquote* immer geringer, je länger die Vertragsauflösung zurückliegt, da immer mehr der ausgeglichenen Kunden abwandern werden. Der OGH schließt daraus, dass die *Erheblichkeitsgrenze* für den Ausgleichsanspruch jedenfalls schon vor dem Zeitpunkt erreicht werden muss, zu dem die Abwanderungsquote 100 % beträgt, also alle ursprünglich von dem in Frage stehenden Vertragshändler geworbenen und ausgeglichenen Kunden abgewandert sind.⁵⁶⁶

Als *Prognosezeitraum* teilte der OGH die Ansicht der österreichischen Lehre, dass je nach Sachverhalt zwei bis fünf Jahre angemessen sind; im vorliegenden Fall vier Jahre angemessen gewesen.⁵⁶⁷

Der für den Rohausgleich zu berechnende Rohumsatz kann laut der in Frage stehenden Entscheidung des OGH auf zwei Arten berechnet werden, die von der österreichischen Lehre und deutschen Rechtsprechung beide anerkannt werden, erstens durch *Summierung für jedes Folgejahr*, zweitens durch *Berechnung vom jeweils vorangehenden Jahr*.⁵⁶⁸ Allerdings hatten die vorherigen Instanzen den Ausgleichsanspruch insoweit falsch berechnet, als sie die Abwanderungsquote erst ab dem zweiten Folgejahr berücksichtigt hatten und auch die Abzinsung erst ab dem zweiten Folgejahr vorgenommen hatten.⁵⁶⁹

⁵⁶⁴ Ibid.

⁵⁶⁵ Ibid.

⁵⁶⁶ Ibid.

⁵⁶⁷ OGH 6 Ob 170/02x, 9 mwN.

⁵⁶⁸ Ibid.

⁵⁶⁹ Ibid.

Ein weiterer Fehler bei der Berechnung durch die erste Instanz war, dass sie nicht von Bruttoprovisionsbeträgen ausgegangen ist, obwohl im Vertrag Bruttoprovisionszahlungen vereinbart worden waren.⁵⁷⁰

6. OGH 4 Ob 189/07h vom 13.11.2007 (in Zusammenhang mit OGH 4 Ob 54/02y vom 9.4.2002)⁵⁷¹

Dieses Urteil bildet den Abschluss des obenstehend zu OGH 4 Ob 54/02y dargelegten Streitfalles, der am 9.4.2002 letztinstanzlich entschieden worden war, und stellt eine interessante Ergänzung dazu dar. Die vom OGH aufgetragenen weiteren Erhebungen und Änderungen der Berechnung waren durchgeführt worden und das Erstgericht hatte dem restlichen Klagebegehren im zweiten Rechtsgang stattgegeben, sowie das Mehrbegehren des Vertragshändlers abgewiesen.⁵⁷²

Das Berufungsgericht hatte aber die ordentliche Revision mit der Begründung zugelassen, dass die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs noch nicht gesichert sei. Es hatte seiner Entscheidung aber die durchschnittliche Bruttojahresprovision des Unternehmers der letzten fünf Jahre als Ausgangsbasis zugrunde gelegt. Der OGH bestätigte die Bemessung der judizierten Abschlagsfaktoren:

- minus 10 % Sogwirkung der Marke
- minus 20 % Abwanderungsquote⁵⁷³

Das Berufungsgericht hatte allerdings die Faktoren, die zur Berechnung einzubeziehen sind, als für nicht ausreichend bewiesen befunden, sodass es auf eine Schätzung gemäß § 273 Abs 1 ZPO zurückgreifen musste, wobei es auch feststellte, dass das Ergebnis deshalb auch den Billigkeitserwägungen des § 24 Abs 1 HVertrG entsprechen würde, da sich die

⁵⁷⁰ Ibid.

⁵⁷¹ Siehe oben.

⁵⁷² OGH 4 Ob 189/07h vom 13.11.2007, 1.

⁵⁷³ Ibid.

Auflösung des Händlervertrags für den Vertragshändler existenzbedrohend ausgewirkt hatte; dieser war nämlich bereits fünfzig Jahre lang tätig gewesen.⁵⁷⁴

Der Unternehmer bekämpfte sowohl die Berechnungsweise, als auch die Billigkeitserwägungen und wollte insbesondere erreichen, dass die Abwanderungsquote höher als die 20 % bemessen wird.⁵⁷⁵ Der OGH entschied dazu aber, dass in Hinblick auf die im vorliegenden Fall vorzunehmende Schätzung gemäß § 273 ZPO, die vorgenommene Bemessung mit 20 %, sowie Überlegungen des Berufungsgerichts zur Abwanderungsquote durchaus *plausibel* gewesen seien und jedenfalls der für eine erfolgreiche Revision notwendige *eklatante Überschreitung* des Ermessensspielraumes nicht gegeben sei. In diesem Fall kommt, so der OGH, auch der Anwendbarkeit und Anwendung des § 273 ZPO keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.⁵⁷⁶

Der OGH wies in dieser Folgeentscheidung auch nochmals auf die ständige Rechtsprechung hin, dass nämlich die unter den Voraussetzungen des § 24 HVertrG nach Billigkeit festzusetzende Ausgleichszahlung ein Musterbeispiel für eine nach dem jeweiligen Einzelfall zu treffende Ermessensentscheidung ist, welche auch, soweit keine krasse Fehlbeurteilung durch das Berufungsgericht vorliegt, regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage aufwirft. Weiters auch – wie schon früher –, dass die Bestimmung der Höhe des Ausgleichsanspruchs an sich sehr schwierig ist und die Berechnung jedenfalls einzelfallabhängig ist, sodass sich *allgemein gültige Prozentsätze für die einzelnen anspruchsmindernden Elemente* (hier insbesondere Sogwirkung der Marke und Abwanderungsquote) nicht festsetzen lassen. Der OGH stellte auch nochmals mit Deutlichkeit fest, dass *pauschalen Berechnungsweisen und festen Formeln* kein Raum gegeben sei.⁵⁷⁷

Der OGH entschied dann weiters, dass die Berechnungen des Berufungsgerichtes und die hinsichtlich der Schätzung nach § 273 ZPO angestellten Überlegungen grundsätzlich auch der Berechnungsmethode entsprechen, deren Rechtmäßigkeit der OGH bereits im ersten Rechtsgang judiziert hatte und dass insbesondere *im Hinblick auf die Komplexität der Materie*

⁵⁷⁴ Ibid.

⁵⁷⁵ OGH 4 Ob 189/07h vom 13.11.2007, 2.

⁵⁷⁶ RS0121220; RS0007104 zit in OGH 4 Ob 189/07h vom 13.11.2007, 2.

⁵⁷⁷ Ibid.

und eine in wesentlichen Punkten gescheiterte Beweisführung letztlich nur eine Schätzung gemäß § 273 Abs 1 ZPO nach dem Ermessen des Gerichtes möglich war.⁵⁷⁸

Zur Frage der Abzinsung führte der OGH aus, dass man durch das Abzinsen den Betrag erhält, den man zu Beginn des Prognosezeitraums hätte anlegen müssen, um bei einer bestimmten Verzinsung am Ende des Prognosezeitraums ein bestimmtes Endkapital zu erreichen.⁵⁷⁹

Allerdings war dem Berufungsgericht bei der Abzinsung doch auch ein Rechenfehler unterlaufen, der aber für das Ergebnis nur insofern ohne Bedeutung blieb, als es die beanstandete Rechenoperation nur im Rahmen einer Hilfsbegründung ausgeführt hatte und bei seiner Entscheidung die vom Erstgericht bereits bemessenen Abschlagsfaktoren anstandslos übernommen hatte. Der Fehler war, dass das Gericht bei der Abzinsung für jedes Prognosejahr das errechnete Endkapital nur einmal durch 1,05 dividiert hatte, was nur für das erste Prognosejahr zutrifft, weil für die weiteren Jahre die Division entsprechend oft pro Jahr zu wiederholen ist, um das korrekte Ergebnis zu erhalten.⁵⁸⁰

7. OGH 6 Ob 248/07z vom 12.12.2007 (in Zusammenhang mit OGH 6 Ob 82/02f vom 18.4.2002⁵⁸¹)

Die Teilabweisung des eingeklagten Ausgleichsanspruchs (siehe die oben dargelegte Entscheidung zu 6 Ob 82/02f) ließ der Masseverwalter des Vermögens des Vertragshändlers (in weiterer Folge der Einfachheit halber und zu gegebenem Zweck sinnvoller Abstraktion „der Vertragshändler“) nicht auf sich sitzen und in einem dritten Rechtsgang klagte er auch den restlichen Teil des Anspruchs ein. Ein Teil des Klagebegehrens, also des restlichen Teiles des Ausgleichsanspruchs, wurde im dritten Rechtsgang bereits vom Erstgericht zugesprochen, das Mehrbegehren abgewiesen.⁵⁸²

⁵⁷⁸ Ibid.

⁵⁷⁹ OGH 4 Ob 189/07h vom 13.11.2007, 2.

⁵⁸⁰ Ibid.

⁵⁸¹ Siehe oben.

⁵⁸² OGH 6 Ob248/07z vom 12.12.2007, 1.

Das Berufungsgericht änderte allerdings diese Entscheidung dahingehend ab, dass es dem Klagebegehren zur Gänze stattgab und aussprach, dass die ordentliche Revision mangels gesicherter Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs zulässig sei.⁵⁸³

Das Berufungsgericht legte seiner Entscheidung die durchschnittliche Bruttojahresprovision der Gemeinschuldnerin für den relevanten Zeitraum 1992 - 1995 (also die letzten vier Jahre des Vertragsverhältnisses) als Ausgangsbasis zugrunde und bemängelte auch die vom Erstgericht wie folgt festgelegten Abschlagsfaktoren nicht⁵⁸⁴:

- „Abwanderungsrisiko“ (dh *Abwanderungsquote*) 10 %
- Sogwirkung der Marke 20 %
- Anteilige Vertriebskosten 5 %

Der aus dem Berufungsverfahren noch strittige Betrag wäre aber laut Berufungsgericht mangels tauglicher Beweismittel ohnehin nach § 273 Abs 1 ZPO festzulegen gewesen und der Höhe nach auch gerechtfertigt, wenn man einen Prognosezeitraum von fünf Jahren heranzieht und eine Abzinsung von 5 % vornimmt, sowie auch der Entscheidung die Forderungen des beklagten Unternehmers nach höheren Abschlagsfaktoren zugrunde legen würde⁵⁸⁵, nämlich

- *minus* 20 % Abwanderungsrisiko
- *minus* 20 % Sogwirkung der Marke und anteilige Vertriebskosten
- *multipliziert* mit 35 % Wiederkäuferquote (dh Stammkundenanteil)

Die Revision wurde vom OGH aber schließlich wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen nahm der OGH Bezug darauf, dass das

⁵⁸³ Ibid.

⁵⁸⁴ Ibid.

⁵⁸⁵ Ibid.

Berufungsgericht klar und nachvollziehbar zum Ausdruck gebracht hätte, dass die vom Erstgericht schon im zweiten Rechtsgang⁵⁸⁶ als Basiswert den Berechnungen zugrunde gelegte durchschnittliche jährliche Neuwagenprovision der späteren Gemeinschuldnerin mangels eines Ergänzungsauftrags des Berufungsgerichts ein im dritten Rechtsgang abschließend erledigter Streitpunkt ist und dort nicht neu aufgerollt werden konnte, womit sich der beklagte Unternehmer nicht auseinander gesetzt hätte.⁵⁸⁷

Weiters begründete der OGH seine Entscheidung mit der Einzelfallbezogenheit der Ermessensentscheidung bei der Ausgleichsberechnung, sowie der diesbezüglichen ständigen Rechtssprechung, sowie damit, dass sich die Bestimmung der Höhe der nach Billigkeit gebührenden Ausgleichszahlung eben sehr schwierig gestaltet und die Berechnung jedenfalls in der Weise auf den Einzelfall bezogen ist, dass sich keine allgemein gültige Prozentsätze für die einzelnen im Rahmen der Billigkeitserwägungen zu berücksichtigenden anspruchsmindernden Faktoren festsetzen lassen.⁵⁸⁸

Interessant ist aber der Ausspruch der OGH, dass nicht nur generell in Hinblick auf die Komplexität der Materie eine Festsetzung nach § 273 Abs 1 ZPO möglich gewesen wäre, sondern auch deshalb, weil die Beweisführung in wesentlichen Punkten gescheitert war.

Die Revisionswerberin hatte aber nicht nur die Billigkeitsüberlegungen des Berufungsgerichts bekämpft, sondern auch einen Berechnungsfehler im Rahmen der Abzinsung: Das jeweils errechnete Endkapital war nur einmal durch 1,05 dividiert worden.⁵⁸⁹ Durch die *Abzinsung* soll man aber den Betrag erhalten, den man zu Beginn des Prognosezeitraums hätte anlegen müssen, um bei einer Verzinsung zu einem bestimmten Zinssatz am Ende des Prognosezeitraums ein bestimmtes Endkapital zu erreichen. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Rechenoperation war aber – bei einer Abzinsung von 5 % – nur für das erste Prognosejahr richtig, weil damit nämlich nur die Abzinsung für ein einziges Jahr abgebildet wird. Für jedes weitere Prognosejahr ist die Division laut OGH hingegen entsprechend oft zu wiederholen. Somit wäre zum Beispiel für das fünfte Prognosejahr das für dieses Jahr ermittelte Endkapital eben fünf Mal durch 1,05 zu dividieren.

⁵⁸⁶ OGH 6 Ob 82/02f vom 18.4.2002.

⁵⁸⁷ OGH 6 Ob248/07z vom 12.12.2007, 2.

⁵⁸⁸ Ibid.

⁵⁸⁹ Ibid.

Diese Berechnungsdivergenz blieb aber hier für das Ergebnis ohne Bedeutung: Denn das Berufungsgericht hatte die beanstandete Rechenoperation nur im Rahmen einer Hilfsbegründung ausgeführt und sich bei der Entscheidung hauptsächlich darauf gestützt, dass die vom Erstgericht bemessenen Billigkeitsargumente der Höhe nach nicht zu beanstanden gewesen seien:

- minus 20 % Sogwirkung der Marke
- minus 10 % Abwanderungsquote
- minus 5 % anteilige Vertriebskosten

Weiters wurden ein Prognosezeitraum von fünf Jahren und ein Abzinsungsfaktor von 5 % bestätigt.⁵⁹⁰ Allerdings hat eine Kontrollrechnung nach der gleichen Methode, die das Berufungsgericht angewandt hatte, einen Betrag ergeben, der höher war, als der vom Berufungsgericht zugesprochene Betrag.⁵⁹¹

Der OGH stellte weiters fest, dass unter anderem die Frage nach den Unternehmervorteilen im Rekurs nicht geeignet war, eine Überschreitung des für die Bestimmung der Höhe einer angemessenen Ausgleichszahlung bestehenden Spielraums zu beweisen.⁵⁹² Die niedrigeren Unternehmervorteile können daher bei höheren Provisionsverlusten den Ausgleichanspruch nicht einschränken.

D. Tabellarische Entscheidungschronologie der verwendeten OGH Judikatur

Auswertung der Entscheidungschronologie hinsichtlich der für die Ausgleichsberechnung relevanten Merkmale:

⁵⁹⁰ Ibid.

⁵⁹¹ Ibid.

⁵⁹² OGH 6 Ob248/07z vom 12.12.2007, 3.

OGH 6 Ob 260/00d vom 14.12.2000	Handelsvertreter	Umsatzrückgang 25 % Abwanderungsquote 20 % Abzinsung 5 %
OGH 8 ObA 290/01g vom 28.3.2002	Handelsvertreter (Tankstellenhalter)	Zweistufige Berechnung „ <i>statt</i> “ Schätzung gem § 273 ZPO (Werte für Feststellungen sollen aber geschätzt werden)
OGH 4 Ob 54/02y vom 9.4.2002	Vertragshändler	Münchener Formel Handelsspanne Sondervergütungen Vergütungen für typische Leistungen Sogwirkung der Marke Abwanderungsrisiko
OGH 6 Ob 82/02f vom 18.4.2002	Vertragshändler	Sogwirkung Abwanderungsquote Meinungs- und Marktforschung Meinungsumfragen
OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003	Handelsvertreter	qualitative Umsatzsteigerung quantitative Umsatzsteigerung Abwanderungsquote Abzinsung Sogwirkung Umsatzsteigerung Prognosezeitraum
OGH 4 Ob 189/07h vom 13.11.2007	Handelsvertreter	Sogwirkung Abwanderungsquote Ermessensspielraum Abzinsung
OGH 6 Ob 248/07z vom 12.12.2007	Vertragshändler	Abwanderungsrisiko Sogwirkung Wiederkäuferquote Abzinsung Anteilige Vertriebskosten

E. Tabellarische Darstellung der Berechnungsmethode des OGH

Die Methodik der Ausgleichsberechnung des Handelsvertreters durch den OGH lässt sich zusammenfassend wie folgt darstellen:

Anspruchsvoraussetzungen nach § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 HVertrG (abstrakte Prüfung, Entstehen dem Grunde nach)	Neukunden oder gleichgehaltene Kunden Unternehmervorteile Billigkeit Provisionsverluste
Unternehmervorteile	(Praktisch nur durch Unternehmer nachweisbar, dh. regelmäßig Schätzung durch das Gericht gem § 273 ZPO: Annahme ⁵⁹³ : \geq Provisionsverluste)
Ansatz für Rohausgleich: Basisprovision	Provisionseingänge des letzten Vertragsjahres [im Einzelfall kürzerer/längerer Zeitraum möglich] [Umsatzrückgang hier berücksichtigt] [Differenzen Provisionsäquivalente / Handelsvertreterprovisionen zu beachten]
Prognose	Fortsetzungsfiktion bez Basisprovision: 2 bis 5 Jahre [Billigkeit: Abschläge pro Jahr möglich, zB: Abwanderungsquote 10 % - 20 % Sogwirkung der Marke 10 % - 25 %] [Individuelle Abschläge nach Form der Absatzmittlung]
Abzinsung auf den Barwert	Abzinsungsfaktor etw 5 %

⁵⁹³ Küstner/Thume, Handbuch 238; Petsche/Petsche-Demmel, Handelsvertretergesetz 183.

	<p>Anwendung einer anerkannten Abzinsungstabelle⁵⁹⁴, bzw Faktor = Sekundärmarktrendite minus Inflationsabschlag⁵⁹⁵</p> <p>Im 1. Prognosejahr das errechnete Endkapital nur einmal durch 1,05 dividiert, dann ist die Division entsprechend oft pro Jahr zu wiederholen⁵⁹⁶:</p> <p>Basisprovision minus 15 % (Abwanderungsquote) ÷ 1,05 (Abzinsungsfaktor 5 %) = X (Ergebnis 1. Jahr) X minus 15 % ÷ 1,05 ÷ 1,05 = Y (Ergebnis 2. Jahr) ect. Y minus 15 % ÷ 1,05 ÷ 1,05 ÷ 1,05 = Z (Ergebnis 2. Jahr)</p>
„Rohausgleich“	= Zwischenergebnis
Obergrenze gemäß § 24 Abs 4 HVertrG	<p>[Vertragsdauer ≥ 5 Jahre:] 1 Jahresdurchschnittsprovision der letzten 5 Jahre</p> <p>[< 5 Jahre und ≥ 1 Jahr:] Durchschnittsprovision aus gesamter Vertragsdauer</p> <p>[< 1 Jahr:] Auf 1 Jahr hoch zu rechnen</p>
Ausgleichsanspruch	Niedrigerer Wert aus einem Vergleich Rohausgleich / Obergrenze.

⁵⁹⁴ Nocker, Kommentar 782f.

⁵⁹⁵ Viehböck, ecoloex 1993, 221.

⁵⁹⁶ OGH 6 Ob 170/02x vom 20.2.2003, 7.

F. Der Schadenersatzanspruch des französischen Handelsvertreterrechts

Als Kontrast zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters in Deutschland und Österreich und als Beispiel für den Schadenersatzanspruch des Art 17 Abs 3 der Richtlinie soll zuletzt noch der französische Schadenersatzanspruch gemäß Art L 134-12 al 1 Code de commerce kurz angerissen, sowie die Eckpunkte seiner Berechnung skizziert werden.

1. L'indemnité de clientèle

Art 17 Abs 1 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten für den Fall der Vertragsbeendigung entweder einen Ausgleichsanspruch oder einen Anspruch auf Schadensersatz vorzusehen. In den meisten europäischen Ländern hat man sich so wie in Deutschland für den Ausgleichsanspruch entschieden, in Frankreich für den Schadensersatz (wobei allerdings der Begriff *l'indemnité de clientèle* statt dem gewöhnlichen Begriff *réparation* gewählt wurde) entschieden. In Deutschland wurde erst mit der jüngsten Änderung des § 89b HGB der genaue Wortlaut der Richtlinie umgesetzt.⁵⁹⁷ Zuvor war die alte Bestimmung des § 89b HGB in Kraft geblieben, die Art 17 Abs 2 der Richtlinie – allerdings nicht im Detail – als Vorbild gedient hatte. Neben Frankreich hat nur Großbritannien das System des Schadensersatzanspruchs übernommen, den Parteien jedoch die Möglichkeit gegeben, dieses vertraglich zugunsten des Ausgleichsanspruchs abzubedingen.⁵⁹⁸

Das französische Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie, der den Code de commerce in den entsprechenden Normen geändert hat, hat jedoch den Art 17 Abs 3 der Richtlinie nicht im Wortlaut übernommen. Der Artikel L 134-12 al 1 Code de commerce beschränkt sich auf die Feststellung: „*en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi*“ Im Falle der

⁵⁹⁷ Kurzfristig geregelt im *Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung* vom 31.7.2009 (dBGBl. I S. 2512) mit Wirkung vom 5.8.2009; siehe im Detail im Kapitel Provisionsverluste.

⁵⁹⁸ Tschuk, Ausgleichsanspruch 125.

Beendigung der Vertragsbeziehungen mit dem Auftraggeber hat der Handelsvertreter Anspruch auf eine Entschädigungszahlung für den erlittenen Schaden.⁵⁹⁹

Die französische Rechtsprechung hat dies aber längst präzisiert: Sie spricht den Schadenersatz jedenfalls zu, wenn die Vertragsbeendigung vom Auftraggeber ausging. Die Verpflichtung trifft ihn dann verschuldensunabhängig (*responsabilité objective*).⁶⁰⁰

Für den Schadenersatzanspruch nach dem französischen System sehen weder die Richtlinie, noch der Code de commerce einen entsprechenden Höchstbetrag vor. Im Allgemeinen ergibt sich aus den französischen Gerichtsentscheidungen ein Schadenersatzanspruch von zwei Jahresprovisionen aus dem Durchschnitt der letzten drei Tätigkeitsjahre des Handelsvertreters; hat das Vertragsverhältnis weniger als zwei Jahre gedauert, wird auf ein Äquivalent von zwei Jahren an Bruttoprovisionen aufgestockt.⁶⁰¹ Ist im Vertrag ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot (*stipulation d'interdiction de concurrence postcontractuelle*) enthalten, so erhöht sich der Richtwert jedenfalls auf drei Jahresprovisionen.⁶⁰²

2. Berechnung der indemnité de clientèle

Basis der Berechnung sind die Provisionen, die der Handelsvertreter bei Weiterbestand des Vertrages vernünftigerweise erwarten hätte können. Selbst bei einer Vertragsdauer von lediglich neun Monaten wurde einmal ein Schadenersatz von zwei Jahresprovisionen mit dem Argument zugesprochen, dass das plötzliche Vertragsende in keiner Beziehung zur Leistung des Handelsvertreters gestanden sei.⁶⁰³ Kein Schadenersatz wurde bis jetzt nur in Fällen zugesprochen, in denen der Handelsvertreter überhaupt keine Verträge zustande gebracht hatte, bzw die Vertragsdauer zu kurz war.⁶⁰⁴

⁵⁹⁹ Leloup, La loi du 25 juin relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun, JCP E 1992, I 105; Lamy 2009, 1454 (4085).

⁶⁰⁰ Lamy 2009, 1454ff (4086ff).

⁶⁰¹ Lamy 2009, 1459 (4097).

⁶⁰² CA Paris 5 juill. 1975, Petites Affiches n° 146, 3.

⁶⁰³ Lamy 2009, 1459 (4097).

⁶⁰⁴ Ibid.

Hinzu kommen in der Berechnung soweit anwendbar ein Ersatz von⁶⁰⁵:

- jeglichem Einkommen durch Verwahrung und Lieferung, soweit diese mit dem Handelsvertretervertrag in Zusammenhang stehen;
- dem Verlust des Rechtes, seinen Auftragsvertrag einem Nachfolger weiterzugeben (*valeur patrimoniale*);
- frustrierten Investitionen des Handelsvertreters;
- der Entschädigung für Personal, das nicht weiter beschäftigt werden kann;
- den Löhnen für Personal, für das weiterhin Kosten anfallen, soweit es nicht gekündigt werden kann;
- Kosten einer Unternehmensumstrukturierung, die auf Grund der Kündigung des Personals nötig wird.

Bemerkenswert ist auch, dass die Schäden sehr großzügig und unter Einbeziehung von Herkunft, Bedeutung und Treue der Kundschaft beurteilt werden sollen.⁶⁰⁶

Die großzügige Art, mit der die französischen Gerichte den Schadenersatzanspruch des Handelsvertreters judizieren, lässt vielleicht den vorsichtigen Schluss zu (der selbstverständlich von der deutschen CDH eindringlichst bestätigt wurde)⁶⁰⁷, dass der französische Schadenersatzanspruch auf Grundlage des Art 18 der Richtlinie für den französischen Handelsvertreter wohl günstiger ist, als der deutsche - und damit wohl auch österreichische - Ausgleichsanspruch auf Grundlage des Art 17 der Richtlinie, was allerdings tatsächlich nur durch eine Untersuchung des Provisionsrechts, entsprechender Marktanalysen und einer ökonomischen und rechtlichen Untersuchung des Umfelds der Handelsvertretung in

⁶⁰⁵ Lamy 2009, 1458 (4097).

⁶⁰⁶ Ibid.

⁶⁰⁷ Telefonisches Gespräch mit dem Verfasser.

den betreffenden Ländern herausgefunden werden könnte. Andererseits könnte man vorsichtig formulieren, dass bei identen Voraussetzungen - also etwa im Falle einer Rechtswahl - wohl aus der Sicht des Handelsvertreters einem Ausgleichsanspruch nach französischem Recht unter Vereinbarung eines Gerichtsstandes in Frankreich der Vorzug gegeben werden sollte, umgekehrt aus Sicht des Unternehmers wohl deutsches bzw österreichisches Ausgleichsrecht, das in Deutschland, respektive Österreich judiziert wird, vorteilhafter wäre.

Bibliographie

Texte

In der vorliegenden Arbeit wurden die in den folgenden Rechtsdatenbanken publizierten Normtexte verwendet:

Europäische Union: Eurlex - <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>

Rechtsdatenbank der Europäischen Union mit Online-Ausgaben des Amtsblatts der Europäischen Union

Österreich: RIS - <http://www.ris.bka.gv.at/>

Rechtsinformationssystem (RIS) des österreichischen Bundeskanzleramtes zur Kundmachung der im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften

Deutschland: Juris - <http://www.gesetze-im-internet.de/>

Gesetzessammlung (nicht amtlich) des Bundesministeriums der Justiz gemeinsam mit der juris GmbH unter Bearbeitung der Dokumentationsstelle im Bundesamt für Justiz

Ergänzend Dejure - <http://dejure.org/>

Privater Vernetzungsdienst der *dejure.org Rechtsinformationssysteme GmbH* (Mannheim) für juristische Informationen.

Hinsichtlich der Publikation deutscher Gesetzestexte ist darauf hinzuweisen, dass die Internetseite *Juris* zwar eine amtliche Quelle ist, allerdings ausdrücklich keine elektronische Form des Amtsblattes. Gerade etwa die geänderte Fassung des §89b HGB wurde im August 2009 zuerst in dem anerkannten privaten Informationsdienst *Dejure* publiziert und erst einige Tage nach in Kraft treten auf der Internetseite *Juris* des Bundesministeriums der Justiz.

Frankreich: Legifrance - <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Öffentliches Rechtsinformationssystem des *Secrétariat général du gouvernement* (Generalsekretariat der Regierung), unter gemeinsamer Bearbeitung mit der *Direction des Journaux officiels* (Leitung des französischen Amtsblattes.)

Literatur

Ankele, Jörg, Das deutsche Handelsvertreterrecht nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, DB 44/1989, 2211

Bardas, Philipp, Die gemeinschaftsrechtliche Auslegung der Handelsvertreter-Richtlinie durch den EuGH im Lichte der Rechtssache Ingmar, Dissertation Universität Wien, 2003

Behar-Touchais, Martine/Virassamy, Georges, Les contrats de la distribution, Paris, 1999

Berger, Silvia, Die Rom I-Verordnung - was im Vergleich zum EVÜ anders wird, AnwBl 2009, 113

Bydlinski, Franz, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien, 2005

Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten (Hrsg), Handelsgesetzbuch Staub Großkommentar⁵, Berlin, 2008

Chevrier, Eric, Pas de rattachement volontaire au statut des agents commerciaux, Recueil Dalloz n°3/2004, 210

De Theux, Axel, Le statut européen de l'agent commercial: approche critique de droit comparé, Brüssel, 1992

Delebecque, Philippe/Germain, Michel, Traité de droit commercial. Tome 2¹⁷, Paris, 2004

Doucet, Michel/Fleck, Klaus E. W., Dictionnaire juridique et économique / Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache⁶, München, 2009

Ebenroth, Carsten Thomas (Begr.)/*Boujong, Karlheinz* (Begr.)/*Joost, Detlev* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, München, 2001

Emde, Raimond, Das Handelsvertreterrecht muss neu geschrieben werden - Folgen des EuGH-Urteils vom 26.3.2009, C-348/07, DStR 2009, 759, DStR 29/2009, 1478

Emmerich, Volker ua., *Heymann, Ernst* (Begr.), Handelsgesetzbuch Kommentar, Berlin, 1989

Ensthaler, Jürgen (Hrsg), Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht⁷, Neuwied, 2007

Ferid, Murad/Sonnenberger, Hans Jürgen, Das Französische Zivilrecht Band 2², Heidelberg, 1986

Fock, Till, Die europäische Handelsvertreter-Richtlinie, Baden-Baden, 2001

Freitag, Robert /Leible, Stefan, Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie -Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?, RIW 2001, 4

Funk, Michael, Kfz-Vertrieb und EU-Kartellrecht, Berlin, 2002

Gimpl, Evelyn, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters in Österreich, Deutschland, England, Frankreich und den Niederlanden, Dissertation Universität Salzburg, 2006

Hack, Christoph, Handelsvertreterrecht in Italien, *ecolex* 2002, 940

Hirtzberger, Johannes, Der Prognosezeitraum bei Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters, *RdW* 2003/198

Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg)/Rawert, Peter, Beck'sches Formularbuch. Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, München, 2003

Hohenecker, Maria, § 454 HGB: Investitionersatz in Vertriebssystemen, *RdW* 2004, 4

Höllner, Agnes, Rechtswahl für Vertriebsverträge? EuGH schützt Richtlinienrecht, *RdW* 2001, 427

Hopt, Klaus J., Handelsvertreterrecht §§ 84-92c, 54, 55 HGB⁴, München, 2009

Hopt, Klaus J. und Merkt, Hanno (Bearb.), *Baumbach, Adolf (Begr.)*, Handelsgesetzbuch: mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)³³, München, 2008

Kalss, Susanne/Schauer, Martin, Allgemeines Handelsrecht, Wien, 2002

Kerschner, Ferdinand, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen⁵, Wien, 2006

Knöbl, Friedrich H., Ausgleichsanspruch des Kfz-Händlers: HVertrG oder ABGB?, *ÖJZ* 2006/11

Knöbl, Friedrich H, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Händlers - Die Münchner Formel, RZ 2000, 15

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Bericht über die Anwendung von Artikel 17 der Richtlinien des Rates zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter (86/653/EWG), Brüssel, 1996

Kletecka, Andreas (Bearb.), Koziol, Helmut (Begr.), Welser, Rudolf (Begr.), Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, Wien, 2006

Koziol, Helmut/Rummel, Peter, Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski, Wien (u.a.) 2002

Krejci, Heinz, Unternehmensrecht⁴, Wien, 2008

Kümmel, Helga Hannelore, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers, DB 1/1997, 27

Küstner, Wolfram/Thume, Karl-Heinz., Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 2, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters⁸, Frankfurt am Main, 2008

Küstner, Wolfram/Thume, Karl-Heinz, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 2, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters⁷, Frankfurt am Main, 2003

Küstner, Wolfram/Von Manteuffel, Kurt/Evers, Jürgen, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters - Warenvertreter, Versicherungs- und Bausparkassenvertreter⁶, Frankfurt am Main, 1995

Lamy, Droit Économique, 2009

Leloup, Jean-Marie, Agents commerciaux: Statuts juridiques, stratégies professionnelles⁶, Paris, 2005

Leloup, Jean-Marie, La loi du 25 juin relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun, La semaine juridique JCP E 1992, I 105.

Liebscher, Christoph/Petsche, Alexander, Franchising in Österreich², Wien, 2002

Liebscher, Christoph/Heinrich, Alexander/Petsche, Alexander, Vertriebsverträge. Rechtsgrundlagen und Muster für den Handelsvertreter-, Auslieferungslager-, Vertragshändler- und Franchisevertrag in Deutsch und Englisch², Wien, 2001

Le Docte, Edgard, Dictionnaire de termes juridiques en quatre langues/Rechtswörterbuch in vier Sprachen, Baden-Baden, 1995

Malaurie, Phillipe/Aynès, Laurent, Cours de droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux¹⁴, Paris, 2001

Mankowski, Peter, Die Rom I-Verordnung - Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133

Mänhardt, Franz/Posch, Willibald, Internationales Privatrecht Privatrechtsvergleichung Einheitsprivatrecht², Wien, 1999

Martinek, Michael, Vom Handelsvertreterrecht zum Recht der Vertriebssysteme, ZHR 1997, 161

Martinek, Michael (Hrsg)/Anstett-Gardea, Lilyane (Bearb), Handbuch des Vertriebsrechts², München, 2003

Mohr, Martina, Der Franchisevertrag, Wien, 1999

Mégnin, Serge, Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand, Paris, 2003

Naderhirn, Johanna Helene, Probleme im Zusammenhang mit der Höchstgrenze des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters (§ 24 Abs 4 HVertrG), RdW 2002, 217

Noss, Vera, Maklerrecht³, Wien, 2008

Nocker, Michael, Kommentar zum Handelsvertretergesetz (HVertrG 1993), Wien, 2009

Nocker, Michael, Der Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreeters „analog“ § 24 HVertrG, wbl 2004, 53

Nocker, Michael, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Vertragshändlers und Franchisenehmers, Wien, 2001

Nocker, Michael, Der Handelsvertretervertrag - Rechtsgrundlagen, Ausgleichsanspruch, Mustervertrag, Wien, 2000

Nocker, Michael, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers, Wien, 2003

Nocker, Michael, Zur Höchstgrenze des Ausgleichsanspruchs nach § 24 HVertrG Replik zu Naderhirn, RdW 2002/217, ecolex 2002, 656

Nocker, Michael, Das Handelsvertreterrecht in Österreich, IHR 2007, 45

Nocker, Michael, Der Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreeters gem § 26d iVm § 24 HVertrG, wbl 2008, 457

Nocker, Michael, Die „Provisionsverluste“ des (Kfz-)Vertragshändlers nach § 24 HVertrG, ecolex 2003, 828

Nocker, Michael, Checkliste Handelsvertretervertrag, ecolex 2005, 525

Nolte, Steffen, Renaissance des Handelsvertretervertriebs?, WuW 03/2006, 252

Ofner, Helmut, Ausgleichsansprüche des Handelsvertreeters und Rechtswahl, ecolex (2001) 715

Pannagl, Norbert, Der Ausgleichsanspruch des Tankstellenhalters, wbl 2003, 59

Petsche, Alexander, Investitionersatzanspruch in vertikalen Vertriebsbindungen. Der neue § 454 HGB, ecolex 2004, 95

Petsche, Alexander/Petsche-Demmel, Simone, Handelsvertretergesetz - Praxiskommentar, Wien, 2008

Price, Richard, The European Commercial Agency Directive, it's Implementation and Operation in England and Wales, France and Germany, Conference at the University of Westminster 4th April 2006

Prütting, Hanns (Hrsg)/*Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd*, BGB Kommentar², Neuwied, 2007

Röhricht, Volker (Hrsg)/*Graf von Westphalen, Friedrich* (Hrsg)/*Ammon, Ludwig* (Bearb), Handelsgesetzbuch, Köln, 1998

Rummel, Peter, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB)³, Wien, 2000-2007

Saenger, Ingo (Hrsg) Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreeters - Beispiel für die Fortentwicklung angeglichenen europäischen Rechts, Baden-Baden, 2000

- Schacherreiter, Judith*, Bellt der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen? Funktionalität in Rechtsvergleichung und -angleichung am Beispiel des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters. Rechtsvergleichendes und Rechtspolitisches zur Europäischen Union, *juridikum* 2004/92
- Schacherreiter, Judith*, Legal culture und europäische Harmonisierung, *juridikum* 2006/17
- Schmidt, Karsten* (Hrsg), Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1², München, 2005
- Schweiger, Dominikus*, Zwingender Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters in der Europäischen Union verdrängt Rechtswahl, *SWI* 2001, 278
- Schwimann, Michael*, ABGB Praxiskommentar³, Wien, 2006
- Schütze, Rolf* (Hrsg)/*Weipert, Lutz* (Hrsg), Münchner Vertragshandbuch Band 2 Wirtschaftsrecht I, 2004
- Sidkin, Stephen/McGinn, Bruce*, Compensation for agents: a matter of goodwill, *Business Law Review* (UK), 05/01/2006
- Stanzione, Chiara* in *Auslandsbrief Rödl & Partner*, Ausgleichszahlungen an Handelsvertreter in Italien, März, 2006
- Stumpf, Herbert/Jaletzke, Matthias/Schultze, Jörg-Martin*, *Der Vertragshändlervertrag*³, Heidelberg, 1997
- Sommer, Björn*, Vertragsgestaltung bei Vertriebssystemen im internationalen Vergleich, Köln, 2000
- Tschuk, Aglaia*, *Der Ausgleichsanspruch bei Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses*, Wien, 1994
- Thume, Karl-Heinz*, Grenzüberschreitende Vertriebsverträge, *IHR* 2009, 141
- Thume, Karl-Heinz*, Das Handelsvertreterrecht in Deutschland, *IHR* 2006, 191
- Thun-Hohenstein, Christoph/Cede, Franz/Hafner, Gerhard*, *Europarecht*⁶, Wien, 2008
- Viehböck, Günther*, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, *ecolex* 1993/221

- Viehböck, Günther*, Strukturvertrieb und Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Anmerkung zur OGHE vom 1. 4. 1998, 9 Ob A 44/98f, wbl 1998, 434.
- Völkl, Clemens/Müller, Florian*, Diskontvertrieb, Einkaufsvertreter und Provisionsgestaltung nach dem HVertrG, wbl 2009, 105
- Warweg, Tobias*, Zum handelsrechtlichen Ausgleichsanspruch im Recht europäischer Staaten, Dissertation Universität Wien, 2004
- Weilinger, Arthur*, Zum Anwendungsbereich der zwei Handelsvertretergesetze, RdW 1993, 7
- Welser, Rudolf*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II¹³ (Koziol/Welser), Wien, 2007
- Westphal, Bernd*, Die Handelsvertreterrichtlinie und deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Köln, 1994
- Westphalen, Friedrich von* (Hrsg), Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz, Köln, 1995
- Winkelmann, Peter*, Marketing und Vertrieb - Fundamente für die marktorientierte Unternehmensführung⁴, München; Wien, 2004
- Winkelmann, Peter*, Vertriebskonzeption und Vertriebssteuerung - die operativen Elemente des Marketing, München, 2000
- Wollmann, Hanno*, Zur Bemessungsgrundlage für den Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers, ecolex 2004, 596
- Zankl, Wolfgang*, Bürgerliches Recht, Wien, 2004

Entscheidungen aus Quellen im Internet

Folgende Internetdatenbanken wurden für die Analyse von höchstgerichtlicher Rechtsprechung verwendet:

Entscheidungen des Europäischen Gerichtshof (EuGH):

<http://eur-lex.europa.eu>

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes (OGH)

<http://www.ris.bka.gv.at/Jus/>

Für die vorliegende Arbeit wurden insbesondere folgende Entscheidungen aus den oben genannten Internetseiten verwendet:

- EuGH 26.3.2009 - Rs. C-348/07, EWS 2009/4, 150 – Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH
- EuGH 23. 11. 1999 - verb. Rs. C-369/96 u. C-374/96, Slg. 1999, I-8453, I-8513 Rn. 31 - Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & fils SARL, Bernard u. Serge Leloup u. Sofrage SARL
- EuGH 15. 3. 2001 - Rs. C-165/98, Slg. 2001, I-2189, I-2221 f Rn. 22 - 26 - Strafverfahren gegen André Mazzoleni u. Inter Surveillance Assistance SARL
- EuGH 9.11.2000 - Rs C-381/98, Slg 2000, I-9305 - Ingmar GB Ltd. V Eaton Leonard Technologies Inc
- Court of Appeal (Civil Division), Lonsdale v. Howard & Hallam Ltd. [2006] EWCA Civ 63, Case No: B2/2005/1174
- Honyvem Informazioni Commerciali Srl v. Mariella De Zotti, EuGH, 23.2.2006, C-465/04
- OGH 4Ob 31/71 vom 22.06.1971

- OGH 1Ob 609/89 vom 13.12.1989
- OGH 2Ob552/90 vom 23.05.1990
- OGH 6Ob644/90 vom 11.10.1990
- OGH 3Ob63/92 vom 14.10.1992
- OGH 4Ob83/97b vom 18.03.1997
- OGH 9ObA44/98f vom 01.04.1998
- OGH 4Ob79/99t vom 27.04.1999
- OGH 6Ob260/00d vom 14.12.2000
- OGH 6Ob322/00x vom 22.02.2001
- OGH 8ObA290/01g vom 28.03.2002
- OGH 8ObA299/01f vom 28.03.2002
- OGH 4Ob54/02y vom 09.04.2002
- OGH 6Ob82/02f vom 18.04.2002
- OGH 6Ob170/02x vom 20.02.2003
- OGH 6Ob104/03t vom 10.07.2003
- OGH 4Ob67/04p vom 25.05.2004
- OGH 6Ob74/05h vom 23.06.2005
- OGH 1Ob42/05s vom 27.09.2005
- OGH 6Ob204/05a vom 03.11.2005
- OGH 4Ob65/06x vom 09.08.2006
- OGH 7Ob122/06a vom 30.08.2006
- OGH 4Ob141/06y vom 28.09.2006
- OGH 8ObA65/06a vom 23.11.2006
- OGH 8Ob4/07g vom 31.01.2007
- OGH 2Ob85/06y vom 27.02.2007
- OGH 1Ob118/07w vom 26.06.2007
- OGH 4Ob189/07h vom 13.11.2007

- OGH 6Ob248/07z vom 12.12.2007
- OGH 8ObA42/08x vom 13.11.2008
- OGH 8ObA45/08p vom 13.11.2008
- OGH 9ObA24/08g vom 01.04.2009
- OGH 8ObA17/09x vom 02.04.2009

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit behandelt einige ausgewählte Fragestellungen des Handelsvertreterrechts, insbesondere des Ausgleichsrechts des Handelsvertreters.

Es werden die deutsche Norm des § 89b HGB, die entsprechende österreichische Norm des § 24 HVertrG und die entsprechende französische Norm des Art L 134-12 Code de commerce in Zusammenhang mit den Art 17 und 18 der Handelsvertreter-Richtlinie untersucht und hinsichtlich der Regelung des Handelsvertreterbegriffs und ausgewählter Bestimmungen in einem knappen funktionellen Vergleich gegenübergestellt.

Einen zentralen Teil der vorliegenden Arbeit bildet die Untersuchung der Provisionsverluste als Element der Ausgleichsbewertung; dies im Lichte der Änderung des § 89b HGB in Folge des EuGH-Urteils *Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH* vom 26.3.2009. Es wird versucht zu zeigen, wie Provisionsanspruch und Ausgleichsanspruch dichotomisch voneinander abzugrenzen sind, woraus ansatzweise die spezifische Logik der Ausgleichsfähigkeit im Einzelfall, dh bei einzelnen in Frage stehenden Geschäften bzw bei der Betrachtung einzelner Kunden erkennbar werden soll.

Einen weiteren zentralen Teil bildet die Untersuchung, wie die deutsche zweistufige Methode zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs durch den OGH in die österreichische Rechtsprechung integriert wurde; dies anhand ausgewählter Judikatur des OGH der Jahre 2000 bis 2007. Wesentliche Ausführungen zur Methode werden jeweils schematisch dargestellt. Die Chronologie der wesentlichen Entscheidungselemente der zitierten Entscheidungen, sowie die theoretische Berechnungsmethode, werden tabellarisch dargestellt.

Unter anderem wird in der Arbeit auch auf die Systematik der Ansprüche des Handelsvertreters nach Vertragsende, das Wesen des Ausgleichsanspruchs, die analoge Anwendung auf andere Absatzmittler, sowie die Thematik der Rechtswahl im Lichte der Rom I-Verordnung eingegangen.

LEBENS LAUF

Mag. iur. Hans Gideon Jabloner

Ausbildung

- 2005 - 2010 *Universität Wien* (Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften)
1997 - 2005 *Universität Wien* (Diplomstudium der Rechtswissenschaften)
2000 - 2001 *Université Panthéon-Assas Paris II* (Auslandsjahr)

Juristische Praxis

- 2007 - 2010 *Binder Grösswang*, Wien (Rechtsanwaltsanwärter)
2005 - 2006 *Bezirksgericht Innere Stadt / Handelsgericht*, Wien (Rechtspraktikant)
2002 - 2003, 2006 *Lansky, Ganzger & Partner*, Wien (Juristischer Mitarbeiter)
1999 - 2000 *Gruber & Partner*, Wien (Juristischer Mitarbeiter)

Publikation:

- *Hoffer/Jabloner*, Das Kronzeugenprogramm der BWB im Kontext des österreichischen Zivilrechts und Zivilprozessrechts, in *Thanner (Hrsg)/Soyer (Hrsg)/Hölzl (Hrsg)*, Kronzeugenprogramme Kartellrecht - Zivilrecht - Strafrecht, Wien, 2009