

Kap. I Der Ausgleichsanspruch im Licht der Europäischen Union

- 2 Eine neue Dimension und Bedeutung hat der Ausgleichsanspruch durch die Einbettung in das zwingende Recht der Europäischen Union nach Art. 17 und 18 der HV-Richtlinie erhalten.³ Dort ist den Mitgliedstaaten der EU zwar das Wahlrecht eingeräumt, anstelle des aus dem deutschen Recht stammenden Ausgleichs einen dem französischem Recht entnommenen eigenen Schadenersatzanspruch zu verankern. Von den europäischen Mitgliedstaaten hat bislang jedoch lediglich Frankreich diese Möglichkeit ergriffen; Großbritannien und Irland haben ihren Vertragsparteien das Wahlrecht zwischen Ausgleich und Schadenersatzanspruch eingeräumt.
- 3 Der Europäische Gerichtshof hat wiederholt darauf hingewiesen, dass **das nationale Gericht jeden Mitgliedslandes bei der Anwendung der vor oder nach der Richtlinie erlassenen nationalen Rechtsvorschriften diese soweit wie möglich unter Berücksichtigung des Wortlautes und des Zweckes der Richtlinie auszulegen** hat, so dass sie im Einklang mit den Zielen der Richtlinie angewandt werden können.⁴ Ferner hat der EuGH mehrfach betont, dass **die HV-Richtlinie zum Ziel hat, die Interessen des Handelsvertreters gegenüber dem Unternehmer zu schützen.**⁵
- 4 Zwar gilt die **Richtlinie selbst nur für den Warenvertreter**; sie hat jedoch infolge ihrer jeweiligen Umsetzung in jenen Staaten, die nur ein einheitliches Handelsvertreterrecht kennen, auch Auswirkungen auf die anderen Vertreterbranchen. Dies gilt namentlich in Deutschland. Der BGH hält deshalb **für alle Vertreter eine richtlinienkonforme Auslegung des § 89b wegen des Gebots der einheitlichen Auslegung des nationalen Rechts** grundsätzlich für **erforderlich**;⁶ nach seiner Auffassung gilt dies **auch für Vertragshändler.**⁷

3 Vgl. dazu ausführlich *Thume*, BB 2011, 1800.

4 EuGH v. 26.3.2009 – C 348/07 – Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH, BB 2009, 1607 mit Anm. *Eckhoff* = EWS 2009, 150; EuGH v. 30.4.1998 – Rs. C-215/97 – Barbara Bellone/Yokohama, SpA., EWS 1998, 215; vgl. auch EuGH v. 8.6.2000 – Rs. C-264/99 – Kommission der EU/Italienische Republik, EWS 2000, 360 – bezüglich der Eintragung eines ausländischen Transit-Spediteurs in das Unternehmensregister Italiens; EuGH v. 13.7.2000 – Rs. C-456/98 – Centrosteeel Srl/Adipol GmbH, EWS 2000, 358 = RIW 2000, 790.

5 EuGH v. 26.3.2009 – C 348/07 – Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH, BB 2009, 1607 mit Anm. *Eckhoff* = EWS 2009, EuGH v. 6.3.2003 – C-485/01 – Caprini, Slg. 2003, I-2371, Rz. 4.

6 BGH v. 25.10.2012 – VII ZR 56/11, Rz. 38, BB 2012, 3098 = IHR 2013, 29; ausgenommen § 89b Abs. 1 a.F. bei Versicherungsvertretern: BGH v. 23.11.2011 – VIII ZR 203/10, VersR 2012, 483 = IHR 2012, 63 mit Anm. *Thume*.

7 BGH v. 16.2.2011 – VIII ZR 226/07, NJW-RR 2011, 614–618 = IHR 2011, 204 mit Anm. *Thume*; s. dazu auch *Thume*, BB 2011, 1800.

Die in Deutschland 1989 erfolgte Umsetzung der EG-Richtlinie⁸ führte allerdings zunächst nur zu ganz geringfügigen Veränderungen und Ergänzungen des damaligen § 89b HGB. So wurde die Ausschlussfrist in Abs. 4 der Bestimmung von bislang drei Monaten auf ein Jahr nach Beendigung des Vertragsverhältnisses verlängert. Ferner wurden die in Abs. 3 enthaltenen Ausschlussgründe aufgliedert in die Ziff. 1. und 2. Neu hinzu kam die Ziff. 3, nach welcher der Anspruch nicht entsteht, wenn aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter ein Dritter anstelle des Handelsvertreters in das Vertragsverhältnis eintritt. Einige weitere Vorgaben der Richtlinie wurden dagegen damals noch nicht exakt umgesetzt und in der Folgezeit auch von der Rechtsprechung lange Zeit kaum beachtet, obwohl die Literatur wiederholt darauf hingewiesen hatte.⁹ **5**

Besonders gravierende Abweichungen von den Vorgaben der Richtlinie waren bei der Umsetzung in Abs. 1 und Abs. 3 des § 89b HGB erfolgt. Zwar hatte seinerzeit die Bundesregierung bei ihrem Entwurf des deutschen Koordinierungsgesetzes eine wörtliche Angleichung des § 89b Abs. 1 HGB an Art. 17 Abs. 2a) der EG-Richtlinie vorgesehen. Dieser Vorschlag wurde jedoch vom Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages verworfen, weil nach seiner Auffassung bereits die seinerzeitige Altfassung der EG-Richtlinie entsprach. Die Folge davon war, dass bis zum Jahre 2009 die höchstrichterliche Rechtsprechung gemäß der Altfassung der Nr. 2 des § 89b Abs. 1 HGB die Provisionsverluste des Handelsvertreters als zwingende Voraussetzung für das Entstehen des Ausgleichsanspruches ansah, während Art. 17 Abs. 2a) zweiter Spiegelstrich EG-RL die dem Vertreter nach Vertragsende entgehenden Provisionen nur als einen besonders zu berücksichtigenden Umstand der Billigkeitserwägungen vorsieht. Da jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH abweichende Vorschriften der Mitgliedstaaten richtlinienkonform ausgelegt werden müssen,¹⁰ war deren Korrektur von Teilen der Literatur seit Langem erwartet worden. Sie geschah auf Anrufung des LG Hamburg mit Urteil des EuGH **6**

8 Gesetz zur Durchführung der EG-Richtlinie zur Koordinierung des Rechtes der Handelsvertreter vom 23.10.1989, BGBl. I 1910.

9 Näheres dazu s. z. B. *Canaris*, Handelsrecht, § 15 Rz. 98, 110; *Hakenberg*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, 1. Aufl., § 89b Rz. 176; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 89b Rz. 2; *Kindler*, RIW 1990, 358; *Fischer*, ZVglRWiss 101 (2002), 143 ff., 154; *Thume*, BB 2004, 2473 ff., und zum Ganzen auch *Emde*, Vertriebsrecht, § 89b Rz. 2 ff.

10 Vgl. nur EuGH v. 10.4.1984 – Rs. 14/83 Slg. 1984, 1891 – *Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen*; EuGH v. 5.10.2004 – Rs. C 397/01 bis C 403/01, Slg. 2004, S. 8835 – *Pfeiffer u. a./Deutsches Rotes Kreuz*; EuGH v. 26.3.2009 – C 348/07 – *Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH*, BB 2009, 1607 mit Anm. *Eckhoff* = EWS 2009, 150 = EuZW 2009, 304 und EuGH v. 28.10.2010 – C-203/09 – *Volvo Car Germany GmbH/Autohof Weidensdorf GmbH*, NJW-RR 2011, 255 = VersR 2011, 623 = IHR 2011, 130.

Kap. I Der Ausgleichsanspruch im Licht der Europäischen Union

vom 26.3.2009.¹¹ Dort wurde festgestellt, dass die deutsche Rechtsprechung nicht richtlinienkonform entscheidet, wenn sie die geschätzten Provisionsverluste des Handelsvertreters auch dann als obere Ausgleichsbegrenzung heranzieht, wenn die verbleibenden Unternehmervorteile höher sind. Dies hatte zur Folge, dass der deutsche Gesetzgeber sehr rasch, nämlich mit Art. 6a) des Gesetzes vom 31.7.2009¹² § 89b Abs. 1 HGB neu gefasst hat.

- 7 Nach dieser Novellierung, die zum 5.8.2009 in Kraft getreten ist, steht dem Handelsvertreter ein Ausgleichsanspruch zu, wenn und soweit
1. der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat und
 2. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.
- 8 Eine weitere Korrektur hat der EuGH aufgrund eines Vorlagebeschlusses des BGH vom 29.4.2009¹³ mit Vorabentscheidung vom 28.10.2010¹⁴ vorgenommen. Danach ist § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB richtlinienkonform dahin auszulegen, dass bei Unternehmerekündigung der Ausgleichsanspruch nur dann nicht besteht, wenn der Grund für die Beendigung des Vertrages durch fristlose Kündigung im schuldhaften Verhalten des Handelsvertreters liegt, wenn also der Kausalzusammenhang zwischen Kündigung und schuldhaftem Verhalten besteht. Ein Nachschieben von wichtigen Kündigungsgründen, die zum Zeitpunkt der Kündigung nicht bekannt oder womöglich erst nach Ausspruch dieser Kündigung oder gar erst nach Vertragsbeendigung entstanden sind, lässt daher – anders als bislang genommen – den Ausgleichsanspruch nicht entfallen. Dies gilt jedenfalls in dem Bereich, in dem die Bestimmung richtlinienkonform auszulegen ist, also für alle Warenvertreter.¹⁵
- 9 Ferner ist zu erwähnen, dass die **Ausgleichsbestimmung** laut einer Entscheidung des EuGH vom 19.12.2000 **für alle Waren-Handelsvertreter gilt, die auf dem Gebiet der Europäischen Union und des europäischen Wirtschaftsraumes tätig sind**. Die umgesetzten Artikel der EG-Richtlinie sind

11 EuGH v. 26.3.2009 – C 348/07 – Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH, BB 2009, 1607 mit Komm. *Eckhoff*, BB 2009, 1609; EWS 2009, 150 = EuZW 2009, 304.

12 Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung, BGBl. I 2009, S. 2512 ; s. dazu auch *Thume*, IHR 2011, 7.

13 BGH, Vorlagebeschluss v. 29.4.2009 – VIII ZR 226/07, VersR 2009, 1116 = IHR 2009, 253.

14 EuGH v. 28.10.2010 – C-203/09 – Volvo Car Germany GmbH/Autohof Weidendorf GmbH, NJW-RR 2011, 255 = VersR 2011,623 = IHR 2011, 130.

15 S. dazu *Thume*, IHR 2011, 7ff.

nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes rechtswahlteste Eingriffsnormen i.S.d. Art. 7 Abs. 2 EVÜ/34 EGBGB.¹⁶ Das Verlangen der Schutz der Niederlassungsfreiheit und die Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft. Dies gilt auch dann, wenn der Unternehmer seinen Sitz außerhalb dieses Gebietes hat und die Parteien vertraglich das Recht des Unternehmerstaates vereinbart haben, welches keinen Ausgleich vorsieht.¹⁷ Das Urteil begünstigt daher alle Warenvertreter, die im Gebiet der europäischen Union und des europäischen Wirtschaftsraumes tätig sind.¹⁸ Dieser Schutz kann auch nicht dadurch vereitelt werden, dass vertraglich über die Rechtswahl hinaus der ausschließliche Gerichtsstand eines Drittstaates gewählt wird, dessen Recht dem Ausgleich entsprechende Ansprüche des Handelsvertreters nicht kennt. Die damit einhergehende Derogation deutscher Gerichte ist unwirksam.¹⁹ Die infolge der Unwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung bestehende internationale Zuständigkeit eines deutschen Gerichts erstreckt sich ferner nicht nur auf den Ausgleichsanspruch, sondern aus Gründen der Prozessökonomie auch auf einen weiteren Anspruch des Handelsvertreters auf Zahlung von Provision.²⁰

B. Grundgedanke

Sinn und Zweck des Ausgleichsanspruchs²¹ ist es, die mit der Beendigung des Vertretervertrages für den Handelsvertreter eintretenden Nachteile einerseits **10** und die aus dem gleichen Umstand für den Unternehmer entstehenden Vorteile andererseits auszugleichen und damit die für beide Vertragspartner unterschiedlichen finanziellen Auswirkungen, die aus dem gleichen Tatbestand resultieren, zu mildern. Wirkt sich nämlich die Vermittlungs- bzw. Abschlussfähigkeit des Handelsvertreters bis zur Vertragsbeendigung für beide Vertragspartner vorteilhaft aus, ändert sich dies regelmäßig zwangsläufig durch die Beendigung des Vertragsverhältnisses. Dabei geht der Gesetzgeber von unterschiedlichen Konzeptionen der Tätigkeit eines Warenvertreters und eines Versi-

16 *Kindler*, BB 2001, 11.

17 EuGH v. 19.11.2000 – Rs C 381/98 – Ingmar GB Ltd./Eaton Leonard Technologies Inc., EuZW 2001, 50 = VersR 2001, 617 = BB 2001, 10 mit Anm. *Kindler* = RiW 2001, 133; die Entscheidung ist auf Zustimmung und Kritik gestoßen. Näheres s. Kap. XVIII Rz. 4 ff. m. w. Hw.

18 Liste der Mitgliedstaaten der EU und des EWR s. Kap. XVIII Rz. 30.

19 OLG München v. 17.5.2006 – 7 U 1781/06, IHR 2006, 166 (mit Anm. *Thume*) und OLG Stuttgart v. 16.1.2012 – 5 U 126/11, IHR 2012, 163.

20 OLG Stuttgart v. 16.1.2012 – 5 U 126/11, IHR 2012, 163; bestätigt durch Beschluss des BGH v. 5.9.2012 – VII ZR 25/12 IHR 2013, 35 = ZVertriebsR 2013, 89.

21 Vgl. Amtliche Begründung zu § 89b, BT-Drs. 3856 v. 15.11.1952, S. 33 ff.

Kap. I Der Ausgleichsanspruch im Licht der Europäischen Union

cherungsvertreter aus, die sich angesichts der Vielfalt der einzelnen Tätigkeitsgebiete allerdings gelegentlich verwischen und vermengen.

I. Warenvertreter

- 11 Für den eigentlichen Warenvertreter in engerem Sinn geht § 87 Abs. 1 davon aus, dass nicht nur solche Geschäfte provisionspflichtig sind, die auf seine unmittelbare Tätigkeit zurückzuführen sind, sondern auch jene, die mit Kunden abgeschlossen werden, die er für Geschäfte der gleichen Art ursprünglich erworben hat.²² Darüber hinaus stehen ihm Provisionsansprüche auch dann zu, wenn er als **Bezirksvertreter** i.S.d. § 87 Abs. 2 für den Unternehmer tätig war und Geschäfte ohne seine Mitwirkung mit Personen seines Bezirks oder Kundenkreises während des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden. Das gilt auch, wenn er im Einzelfall nicht unmittelbar tätig geworden ist; es genügt, wenn er die Verbindung zwischen dem Kunden und dem Unternehmer anlässlich eines früheren Geschäftsabschlusses hergestellt hat.²³ **Nachbestellungen**, die aufgrund einer vom Handelsvertreter hergestellten **Geschäftsverbindung** von dem von ihm erworbenen Kunden oder von Bezirkskunden aufgegeben werden, führen folglich zu Provisionseinnahmen.
- 12 Dieses **provisionsrechtliche Grundprinzip**, den Vertreter an einer einmal hergestellten Geschäftsverbindung so lange partizipieren zu lassen, wie diese besteht, beruht auf der Überlegung, dass der Vermittlungserfolg des Vertreters, der sich in der Schaffung der zwischen Unternehmer und Kunden hergestellten Geschäftsverbindung auswirkt, erst dann in vollem Umfang vergütet worden ist, wenn der Vertreter für alle Geschäfte Provisionen erhalten hat, die im Rahmen dieser Geschäftsverbindung zustande kommen.
- 13 Dieses Grundprinzip wird aber nicht bis zur letzten Konsequenz durchgeführt. Der Gesetzgeber schränkt es vielmehr dadurch ein, dass er dem Warenvertreter den Provisionsanspruch aus Nachbestellungen nur für die Zeit des **bestehenden Vertretervertrages zubilligt**.²⁴ Für Nachbestellungen also, die **nach der Beendigung des Vertretervertrages** von Kunden aufgegeben werden, die der Warenvertreter für Geschäfte der gleichen Art erworben hat, steht ihm ein Provisionsanspruch nicht zu, obwohl die maßgebliche Geschäftsverbindung doch durch ihn begründet wurde. Diese **Einschränkung** des allgemeinen Grundsatzes beruht darauf, dass eine **Provisionsfortzahlung** ohne Rücksicht auf die Be-

22 S. Thume, in: Küstner/Thume, Bd. 1, Kap. V Rz. 32 ff.

23 S. Thume, in: Küstner/Thume, Bd. 1, Kap. V Rz. 73 ff.

24 Geßler, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Diss., S. 38.

endigung des Vertretervertrages mit der Zeit zu unentwirrbaren Verhältnissen führen würde.²⁵

Hinzu kommt, dass die gesamte Vorschrift des § 87 nicht zwingend ist, sondern individualvertraglich und auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – die dann jedoch der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB unterworfen sind – abbedungen werden kann. Um die in dieser Rechtslage möglich werdende **Härte** zu **mildern**, gewährt der Gesetzgeber dem **Warenvertreter** einen Ausgleichsanspruch, der an die Stelle derjenigen Provisionsansprüche treten soll, deren Entstehung durch die Beendigung des Vertretervertrages kraft Gesetzes oder lt. Vereinbarung verhindert wird.²⁶ Der Gesetzgeber hat sich also für einen Mittelweg zwischen dem völligen Wegfall der aus Nachbestellungen resultierenden Provisionsansprüche nach der Vertragsbeendigung einerseits und einer auf den Nachbestellungen nach Vertragsbeendigung beruhenden „ewigen“ oder „arbeitslosen“ Rente andererseits²⁷ in der Weise entschieden, dass er dem Vertreter in Form des Ausgleiches gewissermaßen eine **kapitalisierte Restvergütung** gewährt.²⁸ So betrachtet handelt es sich also beim Ausgleichsanspruch des Warenvertreterers um eine **Kundschaftsvergütung**.

Um die Zweckbestimmung des Ausgleichsanspruchs zu verstehen, muss man sich vergegenwärtigen, dass der **Hauptwert des Geschäftsbetriebes** des Warenvertreterers in den von ihm geschaffenen Beziehungen des vertretenen Unternehmens zur Kundschaft, dem **Kundenstamm**, liegt und dass der Vertreter bei Beendigung seines Vertragsverhältnisses diesen bei Vertragsende zumindest teilweise zwangsläufig verliert, weil er den Kundenstamm fortan **nicht mehr als Einnahmequelle** nutzen kann,²⁹ während der Unternehmer andererseits aus diesem weitere Vorteile ziehen kann. Freilich schließt das nicht aus, dass der Handelsvertreter, sofern ihm nachvertraglicher Wettbewerb nicht untersagt ist (§ 90a), den aufgebauten Kundenstamm für ein anderes vertretenes Unternehmen akquirieren kann. Das aber kann zur Ausgleichsminderung führen.³⁰

25 *Gefßler*, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Diss., S. 38.

26 Vgl. dazu die bei *Gefßler*, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Diss., S. 3, zusammengestellten typischen Tatbestände; *Habscheid*, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 349 in Abschnitt III; *Schröder*, Recht der Handelsvertreter, § 89b Anm. Ia, und *ders.*, DB 1964, 323.

27 *Gefßler*, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Diss., S. 3; *Habscheid*, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 358.

28 *Habscheid*, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 358. Im Zusammenhang damit wird die Frage eines Abzinsungsabschlages akut; vgl. auch *Meyer*, Handelsvertreterrecht, S. 230.

29 BGH, 16.2.1961, BB 1961, 265 = VersR 1961, 244 = HVR Nr. 235. Zur Problematik des Geschäftswerts vgl. BGH, 9.3.1977 – IV ZR 166/75, NJW 1977, 949, und *Thume*, BB 2009, 1026.

30 Vgl. Einzelheiten zu § 90a *Thume*, in: *Küstner/Thume*, Bd. 1, Kap. IX.

Kap. I Der Ausgleichsanspruch im Licht der Europäischen Union

- 16 Ähnlich ist die Rechtslage, wenn der Vertreter ein Geschäft akquiriert hat, dessen Abwicklung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, das in die Zeit nach der Beendigung des Vertretervertrages hineinreicht, wie dies bei **Sukzessivlieferungsverträgen** und **Rahmenverträgen**,³¹ die Einzelabrufe zur Folge haben,³² regelmäßig der Fall ist. Bei diesen Einzelabrufen, die aufgrund des abgeschlossenen Vertrages erfolgen, handelt es sich nicht um Nachbestellungen in dem oben erläuterten Sinne und damit nicht um später zustande kommende einzelne Geschäfte, die mit Kunden abgeschlossen werden, die der Warenvertreter für Geschäfte der gleichen Art erworben hat. Es handelt sich vielmehr jeweils um **Teilerfüllungen** einer von vornherein **feststehenden Vertragsverpflichtung**.³³ Deshalb hat in derartigen Fällen die Beendigung des Vertretervertrages keinen Einfluss auf die mit den bei der jeweiligen Teillieferung fällig werdenden Provisionsansprüche, wenn insoweit kein wirksamer Provisionsverzicht vereinbart wurde. Denn nach dem Gesetz steht dem Warenvertreter ein Provisionsanspruch für ein von ihm während des Vertrages vermitteltes und vor der Vertragsbeendigung zustande gekommenes Geschäft zu, ohne dass es darauf ankommt, ob die Fälligkeit des Provisionsanspruches vor oder nach der Beendigung des Vertretervertrages eintritt. Hier handelt es sich im Gegensatz zu Provisionsansprüchen aus nachvertraglichen Geschäften um **Überhangprovisionen**,³⁴ die auch im Rahmen der Ausgleichshöchstgrenze zu berücksichtigen sind.³⁵
- 17 Ist aber bei solchen Geschäften zwischen dem Unternehmer und dem Vertreter entgegen der gesetzlichen Regelung wirksam ein solcher **Provisionsverzicht** vereinbart, so tritt mit der Vertragsbeendigung ein Provisionsverlust aus einem „**bereits abgeschlossenen Geschäft**“ ein, der gemäß § 89b auszugleichen ist. In diesem Fall ist die Situation derjenigen vergleichbar, die bei Versicherungsvertretern auftritt, die **Sachversicherungsverträge** vermittelt haben und dafür eine Erfolgsvergütung in Höhe laufender, gleichbleibender Provisionen erhalten.³⁶
- 18 Daraus ist jedoch nicht zu folgern, dass bei Sukzessivlieferungs- und Rahmenverträgen keine Nachbestellungen im Sinne des § 87 Abs. 1 auftreten könnten. Als **Nachbestellungen** solcher zeitlich befristeter Verträge sind vielmehr die

31 Zur Provisionspflicht bei Rahmenverträgen s. *Thume*, in: *Küstner/Thume*, Bd. 1, Kap. V Rz. 99, 161, 164, und BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 286/07, NJW 2010, 298.

32 S. z. B. zum Telefondienstvertrag BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 286/07, NJW 2010, 298 = IHR 2010, 65.

33 Vgl. *Schweikl*, Kundschafts- und Bestandsrechte bei Handels- und Versicherungsvertretern, Diss., S. 18. Zu Missverständnissen vgl. *Küstner*, VW 2005, 1976, 1977.

34 BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 286/07, NJW 2010, 298 = IHR 2010, 65.

35 Vgl. BGH, 23.10.1996 – VIII ZR 16/96, BGHZ 133, 391 = BB 1997, 59 m. Anm. *Seelhorst*, BB 1997, 2019 = VersR 1997, 1143 = HVR Nr. 801 und Anm. v. *Hoynningen-Huene*, EWiR § 89b 1/97, 175.

36 Vgl. unten Kap. IX Rz. 178 ff.

Lieferungen zu verstehen, die aus den nach Vertragsende abgeschlossenen **Verlängerungen** laufender oder dem **Abschluss neuer Rahmen-, Sukzessiv- und Bedarfslieferungsverträge** entstehen. Da hier kein Provisionsanspruch mehr entsteht, der Unternehmer aber mit dem vom Vertreter geworbenen Kunden weiterhin Geschäfte macht, kann hier eine Vergütung nur nach § 89b erfolgen.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang die **Sonderbestimmung des § 87 Abs. 3** zu erwähnen, nach der dem Warenvertreter auch für Geschäfte, die erst nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden, ein Anspruch auf Provision zusteht, wenn er das Geschäft vermittelt oder eingeleitet und so vorbereitet hat, dass der Abschluss überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist, und wenn das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen wurde. Ist vereinbart, dass dem Warenvertreter bei einer Beendigung des Vertretervertrages ein Provisionsanspruch für solche Geschäfte nicht zustehen soll, so führt die Vertragsbeendigung zu einem Provisionsverlust, der wiederum nach § 89b ausgeglichen werden kann.³⁷ **19**

Der **Grundgedanke des Ausgleichsanspruchs** des Warenvertreters ergibt sich mithin aus folgenden Überlegungen: Die gesetzliche Regelung seiner Provisionsansprüche lässt erkennen, dass der Warenvertreter über die Vermittlung einzelner Geschäfte hinaus für die ihm insgesamt obliegende Vermittlungstätigkeit, die sich in der **Schaffung eines Kundenstammes** auswirkt, erst dann in vollem Umfange vergütet ist, wenn er für alle Einzelgeschäfte Provisionen erhalten hat, die im Rahmen einer von ihm hergestellten **Geschäftsverbindung** zustande kommen. Wird diese Gesamtvergütung infolge der Beendigung des Vertretervertrages nicht erreicht – mag dies auf gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen beruhen –, so soll ein Ausgleichsanspruch – wenn auch in **pauschalierter Form** – an die Stelle derjenigen möglichen Provisionsansprüche treten, deren Entstehung – oder, wie es bei Rahmen-, Sukzessiv- und Bedarfslieferungsverträgen der Fall ist, deren Fälligkeit und vollständiger Zufluss – durch die Vertragsbeendigung ausgeschlossen ist. Endet ein Vertretervertrag, während die von ihm hergestellte Geschäftsverbindung fortbesteht, muss nicht nur eine **Fortsetzung des Vertretervertrages fingiert**, sondern auch der mutmaßliche Fortbestand der hergestellten Geschäftsverbindung abgeschätzt werden, um auf diese Weise in etwa den Umfang der nachvertraglichen Untermervorteile und Provisionsverluste ermitteln zu können.³⁸ **20**

³⁷ Vgl. dazu Kap. IX Rz. 26.

³⁸ Einzelheiten Kap. VIII Rz. 102 ff. und Kap. IX Rz. 101 ff. und 276 ff.

Kap. I Der Ausgleichsanspruch im Licht der Europäischen Union

- 21 Deshalb sah der BGH vor der letzten Gesetzesänderung von 2009 in ständiger Rechtsprechung³⁹ den Sinn und Zweck des Ausgleichsanspruchs immer wieder darin, dass dem Handelsvertreter die Nachteile ausgeglichen werden, die er dadurch erleidet, dass er infolge der Vertragsbeendigung die von ihm geschaffenen Kundenkontakte nicht mehr nutzen kann. Der Handelsvertreter soll also eine Gegenleistung für einen auf seiner Tätigkeit beruhenden, ihm aber infolge der Vertragsbeendigung nicht mehr vergüteten Vorteil des Unternehmers erhalten, wie er in der Schaffung des Kundenstammes liegt,⁴⁰ und zwar auch dann, wenn jener ohne hinreichenden Grund auf die weitere Nutzung der Geschäftsverbindungen verzichtet. Durch die Gesetzesänderung von 2009 sind bei der Ausgleichsbemessung zwar die zu erwartenden Provisionsverluste nur noch als besonderer Gesichtspunkt im Rahmen der Billigkeitsprüfung zu berücksichtigen, wodurch die nachvertraglichen Unternehmervorteile in den Vordergrund gerückt sind; das ändert aber nichts an der Grundkonzeption des Ausgleichsanspruchs, sondern wird nur in jenen Einzelfällen Bedeutung erlangen, in denen aufgrund besonderer Provisionsgestaltung nach Vertragsende zwar keine oder nur geringe Provisionsverluste entstehen können, der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung der vom Handelsvertreter geworbenen Kunden jedoch weitere erhebliche Vorteile ziehen kann, die durch die bereits bezahlten Provisionen noch nicht ganz als abgegolten erscheinen (Näheres dazu s. in Kap. IX Rz. 5 ff.)

II. Versicherungsvertreter

- 22 Die soeben für den Ausgleichsanspruch des Warenvertreter beschrieben Grundgedanken gelten weitgehend auch für den Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreter. Denn auch für ihn und den Bausparkassenvertreter kann die Beendigung des Vertretervertrages dazu führen, dass Provisionseinnahmen entfallen, die ihm bei einem Fortbestand des Vertretervertrages ohne weiteres aufgrund der von ihm vermittelten Versicherungs- bzw. Bausparverträge zugeflossen wären. Jedoch sind hier der **unterschiedliche Tätigkeitserfolg** und auch der sich aus der **unterschiedlichen provisionsrechtlichen Behandlung** dieser Vertreter ergebenden Unterschiede zu berücksichtigen.

39 St. Rspr.: BGH, Urteile v. 7.3.1957 – II ZR 261/55, BGHZ 24, 30 = VersR 1957, 294 = NJW 1957, 871 = HVR Nr. 129; BGH, 4.5.1959 – II ZR 30, 98 = VersR 1959, 427 = NJW 1959, 1430 = HVR Nr. 218; BGH, 19.11.1970 – VII ZR 47/69, BGHZ 55, 45 = VersR 1971, 265 mit Anm. *Höft*, VersR 1971, 269 = NJW 1971, 265 = HVR Nr. 425; BGH, 24.6.1971 – VII ZR 223/69, BGHZ 56, 290 = VersR 1971, 838 = NJW 1971, 1610 = HVR 447; BGH 13.5.1957 – II ZR 318/56, BGHZ 24, 214 = VersR 1957, 358.

40 BGH, 28.6.2006 – VIII ZR 350/04, VersR 2007, 105.

Der Hauptunterschied im Hinblick auf den Tätigkeitserfolg des Warenvertreter und des Versicherungsvertreter besteht darin, dass die Tätigkeit des Warenvertreter in der Regel laufende Nachbestellungen zur Folge hat, die des Versicherungsvertreter aber nicht.⁴¹ Denn die Tätigkeit des üblichen Warenvertreter ist darauf gerichtet, durch den Abschluss von Einzelgeschäften Dauerbeziehungen zwischen dem vertretenen Unternehmen und dem geworbenen Kunden herzustellen, die aus sich selbst heraus wiederum Geschäfte der gleichen Art nach sich ziehen, ohne dass es zwangsläufig neuer Vermittlungsbemühungen des Vertreter bedarf (Wie oben in Rz. 7 dargelegt, ist dies beim Vertrieb von Sukzessiv- und Rahmenverträgen aller Art jedoch anders.). Beim Versicherungsvertreter dagegen kann – von Ausnahmefällen abgesehen – von einer derartigen typischen Automatik keine Rede sein. Läuft ein Versicherungsvertrag ab, so kann der Versicherungsvertreter üblicherweise nicht damit rechnen, dass sich der Versicherungsnehmer zwecks Abschlusses eines neuen gleichartigen Versicherungsvertrages an ihn wendet. Denn neue Verträge mit einem Versicherungsnehmer kommen nur dann in Betracht, wenn diese sich auf ein entstandenes neues bzw. anderes Risiko beziehen. Solange durch die Vermittlungsbemühungen des Vertreter ein bestehendes Risiko durch Abschluss eines Versicherungsvertrages abgedeckt ist, kommt hinsichtlich dieses Risikos kein neuer Abschluss in Betracht (wenn man von Änderungen im Umfang des versicherten Risikos absieht). Es bedarf vielmehr für den Abschluss neuer Versicherungsverträge stets neuer Vermittlungsbemühungen des Vertreter, zumal es sich in der Regel auch um ein anderes zu versicherndes Interesse handelt. Der Versicherungsvertreter kann deshalb, auch wenn er eine große Anzahl von Versicherungsverträgen vermittelt hat, nicht damit rechnen, dass dieser von ihm aufgebaute „Bestand“ gewissermaßen von selbst – wie dies angesichts der hergestellten Geschäftsverbindungen beim Warenvertreter der Fall ist – ständig neue Vertragsabschlüsse der gleichen Art zur Folge hat. Auch wenn ein Versicherungsvertrag über den vereinbarten Ablaufzeitpunkt hinaus verlängert werden soll, bedarf es in der Regel neuer Vermittlungsbemühungen des Vertreter, es sei denn, es handelt sich um Versicherungsverträge, die von vornherein mit einer Verlängerungsklausel abgeschlossen wurden. Solche Verträge sind wie auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Verträge mit bestimmter Mindestlaufzeit und entsprechender Kündigungsmöglichkeit zu betrachten. Für den Tätigkeitserfolg des Versicherungsvertreter sind deshalb nicht die dem Versicherer zuge-

41 Sehr eingehend dazu *Höft*, VersR 1976, 205, VersR 1966, 104ff., und VersR 1967, 524ff.; vgl. auch *Schröder*, Recht der Handelsvertreter, § 89b Anm. 41; *Möller*, Anm. 370, 376; *Gefler*, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Diss., S. 53; *Trinkhaus*, Handbuch der Versicherungsvermittlung, S. 176, 177; *Rhein*, VW 1954, 152ff.; *Schweikl*, Kundschafts- und Bestandsrechte bei Handels- und Versicherungsvertretern, Diss., S. 70; OLG Stuttgart, 26.3.1957, VersR 1957, 32911. Entsprechendes gilt auch für Bausparkassenvertreter. Näheres unten Kap. IX.

Kap. I Der Ausgleichsanspruch im Licht der Europäischen Union

fürten neuen Kunden, also der Kundenstamm entscheidend, sondern die vermittelten oder abgeschlossenen neuen Versicherungsverträge – der sog. Versicherungsbestand d.h. die vermittelten Versicherungsverträge treten an die Stelle des für den Warenvertreter bedeutsamen Kundenstammes.⁴²

- 24 Der wesentliche Unterschied zum Ausgleichsanspruch des Warenvertreters besteht also im Bereich der Versicherungswirtschaft darin, dass es sich hier nicht um eine Kundschaftsvergütung, sondern um eine Bestandsvergütung handelt.⁴³ Anders als bei den meisten Warenhandelsvertretern liegt also beim Versicherungsvertreter der Schwerpunkt des Ausgleichsanspruchs im Bereich der bereits abgeschlossenen Geschäfte.
- 25 Ein weiterer Unterschied im Bereich des Versicherungsvertreters einerseits und dem des Warenvertreters andererseits besteht darin, dass nach § 92 Abs. 3 dem Versicherungsvertreter Provisionsansprüche nur für die Vermittlung solcher Versicherungsverträge zustehen, die unmittelbar auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind, während es andererseits beim Warenhandelsvertreter auf eine solche Unmittelbarkeit nicht ankommt. Für den Warenvertreter können Provisionsansprüche auch dann entstehen, wenn eine unmittelbare Vermittlungstätigkeit, wie etwa beim Bezirksvertreter gem. § 87 Abs. 2, nicht vorliegt.
- 26 Gleichwohl darf die in § 89b Abs. 5 Satz 1 enthaltene Verweisung auf die Absätze 1, 3 und 4 nicht zu einer **falschen Auslegung** dieser Vorschriften und damit zu **Missverständnissen führen, wie dies in der Praxis mitunter geschieht. Denn für den Ausgleichsanspruch des Warenhandelsvertreters** wird auch im neuen § 89b Abs. 1 Ziff. 2 für den Regelfall vorausgesetzt, dass neben Provisionsverlusten aus bereits abgeschlossenen Geschäften insbesondere auch solche aus **künftig zustande kommenden Geschäften** infolge der Vertragsbeendigung entstehen können. Dagegen kommen Provisionsverluste aus künftig zustande kommenden Geschäften für Versicherungs- und Bausparkassenvertreter aber in sehr viel **engeren Grenzen** in Betracht, weil sie nur dann entstehen können, wenn diese auf § 87 Abs. 3 Ziff. 1⁴⁴ oder auf der Ausnahmerechtsprechung des BGH⁴⁵ beruhen.

42 So mit Recht *Gefßler*, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Diss., S. 53 ff.

43 Vgl. dazu *Küstner*, VersR 2002, 513, 516 zu Abschn. 111.2b). Dies verkennen grundlegend *Evers/Kiepe*, ZfV 2001, 618, 622 li. Sp., die ausdrücklich auch den Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreters als **Kundschaftsvergütung** betrachten.

44 Vgl. Einzelheiten dazu OLG Frankfurt, 9.5.1986 – 10 U 48/85, VersR 1986, 814. Ebenso *Specks*, Diss. S. 13 und 94.

45 Zur Ausnahmerechtsprechung s. Kap. IX Rz. 258; die bei einer Vertragsfortsetzung mögliche Umwandlung einer Risiko- in eine Kapitalversicherung wird nicht als ausgleichsfähiges künftig zustande kommendes Geschäft anerkannt, vgl. OLG Karlsruhe, 10.1.1984 – 8 U 110/83, VW 1984, 998, sowie LG München I, 11.7.1984 – 10

Während es für den Provisionsanspruch des Warenvertreters genügt, dass das Geschäft ohne seine unmittelbare Mitwirkung lediglich **aufgrund einer von ihm hergestellten Geschäftsverbindung** zwischen dem Unternehmer und dem Kunden zustande kommt, steht einem Versicherungsvertreter ein Provisionsanspruch nur für solche Geschäfte zu, **die unmittelbar auf seine Tätigkeit zurückzuführen** sind (§ 92 Abs. 3 i. V. m. § 87 Abs. 1 Satz 1). Der Gesetzgeber geht also in der Regelung der Vergütung des Versicherungsververtreters davon aus, dass in diesem Bereich Nachbestellungen im Sinne von Kundenaufträgen, die ohne seine Mitwirkung aufgegeben werden, untypisch sind. Dieser allein auf einer unmittelbar vom Versicherungsvertreter ausgeübten Vermittlungstätigkeit beruhende Tätigkeitserfolg wird auch im Urteil des BGH vom 24.4.1986 betont.⁴⁶ 27

Aus dem gleichen Grund ist auch § 87 Abs. 2 für Versicherungsvertreter ausdrücklich ausgeschlossen, weil der Begriff des Bezirksvertreters mit den sich daraus ergebenden provisionsrechtlichen Konsequenzen der vom Gesetz verlangten Unmittelbarkeit zwischen Vermittlungstätigkeit und Vermittlungserfolg widersprechen würde.⁴⁷ 28

Ausgleichsrechtlich hat dies folgende Auswirkungen: Auch bei Versicherungs- und Bausparkassenvertretern ist es von entscheidender Bedeutung, ob die gesetzlichen Vorschriften oder vertragliche Vereinbarungen für die Entstehung und die Fälligkeit der Ansprüche auf Vermittlungsprovisionen maßgebend sind. 29

Kommen allein die gesetzlichen Vorschriften des § 92 Abs. 3 und 4 in Verbindung mit §§ 87 Abs. 1 und 87a Abs. 1 Anwendung, so kann die Vertragsbeendigung niemals zum Wegfall verdienter Provisionsansprüche führen. Denn der Versicherungsvertreter erwirbt den Anspruch auf Vermittlungsprovision mit dem Geschäftsabschluss, ohne dass es darauf ankommt, was im Einzelnen bezüglich der Fälligkeit dieses verdienten Anspruches im Vertretervertrag bestimmt ist. Soll der gesamte Provisionsanspruch auf einmal fällig werden, wenn der Versicherungsnehmer die erste Prämie gezahlt hat, so ist im Zeitpunkt einer danach eintretenden Vertragsbeendigung der Vermittlungserfolg des Versicherungsververtreters in vollem Umfange vergütet worden, so dass ein ausgleichspflichtiger Provisionsverlust nicht entstehen kann. Darüber hinaus abzugeltende Unternehmervorteile werden nur dann vorhanden sein können, 30

HKO 6918/84, VW 1984, 1565; vgl. auch MüKo-HGB/v. *Hoyningen-Huene*, § 89b Rz. 247f.

46 BGH, 24.4.1986 – I ZR 83/84, NJW-RR 1986, 1477 = BB 1986, 2091 = VersR 1986, 988; vgl. dazu auch *Küstner*, VW 2002, 1024.

47 *Geßler*, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Diss., S. 53; *Küstner*; IHV 1965 Heft 1, 16; *Schweickl*, Kundschafts- und Bestandsrechte bei Handels- und Versicherungsvertretern, Diss., S. 71; *Trinkhaus*, Handbuch der Versicherungsvermittlung, S. 99.

Kap. I Der Ausgleichsanspruch im Licht der Europäischen Union

wenn die bezahlte Einmalprovision im Verhältnis zu den Vorteilen nur sehr gering war. Das Gleiche gilt aber auch, wenn der Vertretervertrag etwa vorsieht, dass der mit dem Geschäftsabschluss verdiente Provisionsanspruch nicht durch eine einmalige Zahlung vergütet werden soll, sondern wenn eine Zahlung in Raten, etwa entsprechend dem Eingang der vom Versicherungsnehmer zu entrichtenden Folgeprämien vereinbart wurde, ohne dass es hierbei in irgendeiner Form bedeutsam wäre, wie die Fälligkeit der Provisionsraten im Einzelnen geregelt ist. Denn das Gesetz schreibt für die ratenweise Fälligkeit von Vermittlungsprovisionen im Gegensatz zu der für Warenvertreter maßgeblichen Regelung in § 87 Abs. 1 keineswegs vor, dass die Beendigung des Vertretervertrages ein späteres Fälligwerden verdienter Vermittlungsprovisionen ausschließt.

- 31 In der Praxis gilt diese **gesetzliche Regelung bei Versicherungsvertretern aber nur ausnahmsweise**, weil es sich hierbei um nachgiebiges, der abweichenden Parteivereinbarung zugängliches Recht handelt.⁴⁸ So werden in den Versicherungsvertreterverträgen meist **Provisionsverzichtsklauseln**⁴⁹ vereinbart, die – wenn sie wirksam zustande kommen⁵⁰ – zur Folge haben, dass jeder Provisionsanspruch mit der Vertragsbeendigung entfällt. Das bedeutet, dass der Teil des verdienten Anspruches auf Vermittlungsprovision, der bis zur Beendigung des Vertretervertrages noch nicht fällig geworden ist, in diesem Zeitpunkt endgültig erlischt. Deshalb sind solche **Provisionsverzichtsklauseln in der**

48 *Trinkhaus*, Handbuch der Versicherungsvermittlung, S. 172 ff.

49 Vgl. dazu OLG Frankfurt, 18.2.1986, DB 1986, 1174; *Sieg*, VersR 1964, 789; *Möller*, Anm. 376, S. 862, und Anm. 369; *Gefler*, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Diss., S. 93; *Knapp*, § 89b Anm. 10; *Trinkhaus*, Handbuch der Versicherungsvermittlung, S. 392–394, 405; *Brüggemann*, § 89b Anm. 29; *Knapp*, VW 1952, 391; *Schweickl*, Kundschafts- und Bestandsrechte bei Handels- und Versicherungsvertretern, Diss., S. 76, 80; a. A. *Graf v. Westphalen*, DB 2000, 2256, vgl. Näheres unten Rz. 33, 40 und Kap. IX Rz. 198 ff.; der Wortlaut einer Provisionsverzichtsklausel ist im Anhang abgedruckt; vgl. dazu Nr. 12 Abs. 1 der „Hauptpunkte eines Vertrages für hauptberufliche Versicherungsvertreter“, abgedruckt bei *Bruck/Möller*, Anm. 138 vor §§ 43–48 VVG; *Trinkhaus*, Handbuch der Versicherungsvermittlung, S. 584–592. Einzelfragen hierzu sind behandelt bei *Bruck/Möller*, Anm. 369 vor §§ 43–48 VVG und im Geschäftsbericht des Gesamtverbandes der Versicherungswirtschaft 1962/63, S. 145; zu den „Hauptpunkten“ allgemein vgl. *Garde*, VW 1959, 171. Zur Problematik der Provisionsverzichtsklausel und zur Entstehungsgeschichte des Ausgleichsanspruchs im Versicherungsbereich vgl. *Eduard Miller*, in: Eine Chronik des selbstständigen Versicherungs-Kaufmanns, hrsg. zum 75-jährigen Jubiläum des BVK im Mai 1976, S. 36.

50 Zum Beispiel einer unwirksamen Provisionsverzichtsklausel im Bereich der Telefondienstvermittlung s. BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 286/07, NJW 2010, 298 = IHR 2010, 65.

Regel bei Versicherungs- und Bausparkassenvertretern die Grundlage für die Entstehung eines Ausgleichsanspruchs.⁵¹**III. Ergebnis**

Der **Ausgleichsanspruch des Warenvertreeters** soll in aller Regel an die Stelle 32
 derjenigen Provisionsansprüche treten, die infolge der Beendigung des Vertretervertrages nicht mehr entstehen können, weil der Warenvertreter die Möglichkeit verliert, Nachbestellungen, die sich aus dem von ihm geworbenen Kundenstamm ergeben, provisionsmäßig zu nutzen. Der Ausgleichsanspruch des Warenvertreeters resultiert mithin aus der mutmaßlichen zukünftigen Entwicklung der vom Vertreter bis zur Vertragsbeendigung hergestellten Geschäftsverbindungen.⁵²

Der **Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreeters** hingegen tritt an die 33
 Stelle bereits verdienter Provisionsansprüche, soweit deren Existenz infolge der Beendigung des Vertretervertrages durch das Wirksamwerden einer vertraglich vereinbarten Provisionsverzichtsklausel vernichtet wird. Der Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreeters betrifft mithin nicht, wie beim Warenvertreter, den Wegfall einer Verdienstchance, sondern einen bereits zumindest dem Grunde nach entstandenen Anspruch. Er knüpft mithin an einen in der Vergangenheit liegenden Tätigkeitserfolg des Vertreters und weniger an die mutmaßlichen Auswirkungen dieses Erfolges in der Zukunft an.⁵³ Dass dennoch beim Versicherungsvertreter, sofern er bei der Beendigung seines Vertragsverhältnisses noch nicht voll vergütet war, der Blick auch in die Zukunft gerichtet werden muss, wenn die Höhe der mit der Vertragsbeendigung entstehenden weiteren Unternehmervorteile und der Provisionsverluste ermittelt werden soll, und dass andererseits aus dem gleichen Grunde auch beim Warenvertreter der bei Vertragsende vorhandene, von ihm geschaffene Kundenstamm rückblickend zu beachten ist, ändert an diesem Grundsatz nichts.

Geht man daher im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung von den bis dahin vom 34
 Waren- und Versicherungsvertreter verdienten Ansprüchen auf Vermittlungsprovision aus, so ergibt sich, dass dem Warenvertreter mit dem Ausgleichsanspruch ein **zusätzlicher Anspruch** gewährt wird, der neben die bis zur Ver-

51 Zum Grundgedanken des Ausgleichsanspruchs des Versicherungsvertreeters sehr eingehend OLG Stuttgart, 26.3.1957, VersR 1957, 329. Vgl. dazu *Geßler*, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Diss., S. 52 ff., und *Fuchs-Baumann*, DB 2001, 2131.

52 *Sieg*, VersR 1964, 789; *Höft*, VersR 1967, 524, 525 und VersR 1966, 104, 105; *Küstner*, VersR 2002, 513.

53 Vgl. OLG Frankfurt, 26.1.1978, BB 1978, 728.

Kap. I Der Ausgleichsanspruch im Licht der Europäischen Union

tragsbeendigung verdienten Provisionen tritt,⁵⁴ während der Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreters nicht neben, sondern als **Surrogat an die Stelle bereits verdienter Provisionsansprüche** tritt, wenn diese mit der Vertragsbeendigung infolge vereinbarter Provisionsverzichtsklauseln entfallen.⁵⁵ Das Merkmal eines **zusätzlichen Anspruchs** ist mithin beim Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreters nicht gegeben.⁵⁶

- 35 Parallelen zwischen dem Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreters und des Warenvertreters zeigen sich dann, wenn der Tätigkeitserfolg des Warenvertreters dem des Versicherungsvertreters vergleichbar ist. Das ist dann der Fall, wenn der Warenvertreter einen **Sukzessivlieferungs- oder Rahmenvertrag** vermittelt hat und die Vertragsbeendigung infolge einer vereinbarten **Provisionsverzichtsklausel** die Fälligkeit der noch ausstehenden Raten der Vermittlungsprovision vereinbarungsgemäß ausschließt. Wie beim Versicherungsvertreter tritt dann der Ausgleichsanspruch insoweit an die Stelle des mit der Vertragsbeendigung entfallenden, aber dem Grunde nach bereits verdienten Provisionsanspruchs und kann insoweit als **Provisionsurrogat** bezeichnet werden. Darüber hinaus aber behält der Ausgleichsanspruch auch seinen Charakter als dem Warenvertreter *zusätzlich* zustehender Anspruch, weil er auch mögliche Nachbestellungen betrifft, die sich im Zusammenhang mit einem vom Vertreter vermittelten Sukzessivlieferungsvertrag in Gestalt seiner Verlängerung oder eines Neuabschlusses ergeben.
- 36 Der Ausgleichsanspruch des **Warenvertreters** konnte daher bis zur Gesetzesnovelle von 2009 nach der damaligen Rechtsprechung nicht höher sein als die Summe der Provisionsansprüche, die er bei einer Vertragsfortsetzung aus Geschäften mit von ihm bis zur Vertragsbeendigung erworbenen Dauerkunden hätte erwerben können. Er wird zudem gem. § 89b Abs. 2 begrenzt auf eine durchschnittliche Jahresprovision, berechnet aus den letzten fünf Vertragsjahren. Der Ausgleichsanspruch des **Versicherungsvertreters** war hingegen bis dato in der Regel von vornherein durch die Summe derjenigen Provisionsansprüche begrenzt, die dieser vor der Vertragsbeendigung bereits erworben hatte,

54 Vgl. dazu: BGH, 29.10.1964, HVR Nr. 336; BGH, 23.5.1966, BGHZ 45, 268 = BB 1966, 794 = NJW 1966, 1962 = VersR 1966, 754 = HVR Nr. 354; BGH, 30.6.1966, BGHZ 45, 385 = BB 1966, 876 = NJW 1966, 1965 = VersR 1966, 773 = HVR Nr. 350. Ebenso FG Baden-Württemberg, 11.12.1992, DB 1993, 1395 = EFG 1993, 415.

55 *Bruck/Möller*, Anm. 370 vor §§ 43–48 VVG; *Schweickl*, Kundschafts- und Bestandsrechte bei Handels- und Versicherungsvertretern, Diss., S. 80; OLG München, 9.7.1964, BB 1965, 345. Das ist für die umsatzsteuerliche Behandlung des Ausgleichsanspruchs des Versicherungsvertreters von besonderer Bedeutung. Vgl. *Küstner*, VersR 2002, 513.

56 Vgl. dazu ausführlich *Höft*, VersR 1966, 844 re. Sp. und VersR 1967, 529, sowie *Knapp*, VW 1952, 391.

wobei vor der Vertragsbeendigung bereits gezahlte Teilprovisionen zu berücksichtigen sind. Er ist auf eine dreifache durchschnittliche Jahresprovision oder sonstige Vergütung, berechnet aus den letzten fünf Vertragsjahren gem. § 89b Abs. 2 Satz 1 maßgebliche Höchst- oder Kappungsgrenze, begrenzt.

C. Rechtsnatur

I. Warenvertreter

Aus dem Grundgedanken des Ausgleichsanspruchs ergibt sich, dass es sich bei ihm im Kern um einen **Vergütungsanspruch** für den Aufbau des von ihm für den Unternehmer geschaffenen Kundenstamms bzw. Versicherungsbestands handelt.⁵⁷ Denn mit der Vertragsbeendigung setzt sich der ursprünglich auf die Zahlung von Vermittlungsprovisionen gerichtete Vergütungsanspruch des Warenvertreterers in Form des Ausgleichsanspruchs fort. Dieser betrifft den gleichen Erfolg, der dem Vertreter bei einer Vertragsfortsetzung in Form der ursprünglich geschuldeten Vermittlungsprovision vergütet worden wäre. Es ist deshalb durchaus folgerichtig, im **Ausgleich einen kapitalisierten Anspruch auf Provisionen** zu sehen, die dem Vertreter eigentlich ohne Rücksicht auf die Vertragsbeendigung zustehen würde, die aber aus bestimmten Gründen von der Beendigung des Vertretervertrages an nicht mehr entstehen kann.⁵⁸ Der Anspruch ist daher auch Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB.⁵⁹ **37**

Dennoch ist der Ausgleichsanspruch **kein reiner Vergütungsanspruch**.⁶⁰ Das folgt daraus, dass die Höhe des Ausgleichs nicht allein von den nach Vertragsende eintretenden Unternehmervorteilen und Provisionsverlusten abhängt, sondern weitgehend vom **Grundsatz der Billigkeit** beherrscht wird, demzufolge **38**

57 So heute h.M. in Rechtsprechung und Literatur *Emde*, Vertriebsrecht, § 89b Rz. 16; *Hopt*, § 89b Rz. 2; *Genzow*, in: Ensthaler, GK-HGB, § 89b Rz. 2; *Löwisch*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 89b Rz. 3; *Schröder*, Recht der Handelsvertreter, § 89b Anm. 21, und BB 1954, 477; st. Rspr. des BGH, grundlegend Urteil v. 13.5.1957, BB 1957, 527; wohl zuletzt Urteile v. 6.10.2010 – VIII ZR 209/07, BB 2011, 208 mit Anm. *Steinhauer* und v. 16.6.2010 – VIII ZR 259/09, NJW 2010, 3226 = IHR 2011, 88; ebenso BAG, 21.5.1985, DB 1986, 919, 920.

58 *Habscheid*, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 356; *Gefßler*, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Diss., S. 38.

59 BGH v. 16.6.2010 – VIII ZR 259/09, NJW 2010, 3226 = IHR 2011, 88.

60 *Bruck/Möller*, Anm. 370 vor §§ 43–48 VVG; *Martinek*, FS für Lüke, 1997, S. 432; *Schweickl*, Kundschafts- und Bestandsrechte bei Handels- und Versicherungsvertretern, Diss., S. 22, 23; OLG München, 9.7.1964, BB 1965, 345; bestätigt durch BGH, 23.5.1966, BB 1966, 794 = DB 1966, 1130; vgl. auch BGH, 13.5.1957, BB 1957, 527; 5.2.1959, BGHZ 29, 275 = BB 1959, 317 = NJW 1959, 878 = VersR 1959, 268.

Kap. I Der Ausgleichsanspruch im Licht der Europäischen Union

er in besonderen Fällen sogar gänzlich ausgeschlossen sein kann, selbst dann, wenn die Vertragsbeendigung Provisionsverluste des Vertreters und Unternehmervorteile zur Folge hat. Hierbei muss auch auf den **Begriff der Vorteilsausgleichung** hingewiesen werden, der an sich dem Schadenersatzrecht zugehört, der aber in weitem Umfang auch für den Ausgleichsanspruch maßgebend ist.⁶¹ Schließlich hat aber auch das BVerfG in seinem Beschluss vom 22.8.1995 ausdrücklich festgestellt, dass der Ausgleichsanspruch über seinen Vergütungscharakter hinaus auch „einen **Beitrag zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation und sozialen Absicherung** von Handelsvertretern“ darstelle.⁶²

- 39 Der Zusammenhang zwischen der Rechtsnatur des Ausgleichsanspruchs einerseits und Billigkeitsgesichtspunkten andererseits kam in Art. 17 Abs. 2 der EG-Richtlinie vom 18.12.1986 dadurch besonders zum Ausdruck, dass dort vorgesehen war, dass der Provisionsverlust im Rahmen der Anspruchsvoraussetzung der Billigkeit zu prüfen sei und dort besonders hervorgehoben war („... hat Anspruch auf einen Ausgleich, wenn und soweit ... die Zahlung eines solchen Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, **insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen**, der Billigkeit entspricht“). Der deutsche Gesetzgeber ist dieser Vorgabe jedoch nicht gefolgt und hat es bei der ursprünglichen Dreiteilung der Anspruchsvoraussetzungen belassen.⁶³

61 Amtliche Begründung, BT-Drs. 1/3856 vom 15.11.1952, 33; über die Verwandtschaft des Ausgleichsanspruchs mit einem Schadenersatzanspruch vgl. *Habscheid*, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 361; *Möller*, Anm. 370; *Küstner*, BB 1963, 1147. Zur Anspruchskonkurrenz zwischen Ausgleichs- und Schadenersatzanspruch Näheres unten Kap. XV.

62 BVerfG, Beschl. v. 22.8.1995 – 1 BvR 1624/92, WM 1995, 1761. Diese Entscheidung erging im Hinblick auf die behauptete Verfassungswidrigkeit des in § 89b Abs. 3 Ziff. 1, 1. Alt. HGB geregelten Wegfalls des Ausgleichsanspruchs bei einer vom Handelsvertreter erklärten Kündigung, die nicht auf einen begründeten Anlass oder auf Alter oder auf Krankheit gestützt werden kann. Insbesondere hat das BVerfG die Ausschlussregelung damit gerechtfertigt, „dass die weitere Akzeptanz der Handelsvertreterstätigkeit bei den Unternehmen aufrechterhalten werden“ sollte. Dahinter steht der Gedanke, dass der Vertrieb über selbstständige Handelsvertreter gefährdet sein würde, wenn grundsätzlich im Falle jeder Vertragskündigung durch den Handelsvertreter ein Ausgleich entstehen würde. Ebenso OLG Köln, 17.8.2001 – 17 U 206/00, VersR 2001, 1377, und OLG München, 22.3.2001 – 29 U 4997/01, OLG R 2001, 168 m.w.N.

63 Vgl. den Wortlaut des § 89b Abs. 1. Aber das **österreichische Handelsvertreterrecht** beispielsweise ist der Anregung in der EG-Richtlinie vom 18.12.1986 gefolgt, vgl. dort die Vorschrift des § 24 Abs. 1 Ziff. 3 HVertrG 93. Zu Einzelheiten vgl. *Thume*, BB 2004, 2473.

II. Versicherungsvertreter

Die Konzeption des Ausgleichsanspruchs eines Versicherungs- und Bausparkassenvertreters unterscheidet sich von derjenigen eines Handelsvertreters dadurch, dass gem. § 89b Abs. 5 – in Abweichung von § 89b Abs. 1 – nicht die vom Handelsvertreter hergestellten Geschäftsverbindungen des Unternehmers mit neugeworbenen Kunden maßgeblich sind, sondern die neuen Versicherungs- und Bausparverträge, die der Vertreter in seiner Vertragszeit vermittelt hat.⁶⁴ Der Ausgleichsanspruch des Versicherungs- und Bausparkassenvertreters dient damit nicht dem Ausgleich für Folgegeschäfte, die der Unternehmer nach dem Ausscheiden des Vertreters mit den von diesem geworbenen Stammkunden schließt, sondern allein dem Ausgleich für noch nicht vollständig ausgezahlte Provisionen aus bestehenden, vom Versicherungsvertreter vermittelten Verträgen, soweit diese Provisionsansprüche infolge der Beendigung des Vertretervertrages entfallen.⁶⁵ Auch der Ausgleichsanspruch des Versicherungs- und Bausparkassenvertreters ist aber ein durch Billigkeitsgesichtspunkte modifizierter **Vergütungsanspruch**, der im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung insoweit an die Stelle bereits verdienter Ansprüche auf Vermittlungsprovision tritt, als diese infolge einer **Provisionsverzichtsklausel** mit der Vertragsbeendigung entfallen. Die **Gesamtvergütung** des Versicherungsververtreters setzt sich für den von ihm bis zur Vertragsbeendigung vermittelten Versicherungsbestand aus den bis zur Vertragsbeendigung ihm zugeflossenen Vermittlungsprovisionen einerseits und – soweit der weitere Zufluss verdienter Vermittlungsprovisionen mit der Beendigung des Vertretervertrages entfällt – aus dem mit der Vertragsbeendigung entstehenden Ausgleichsanspruch andererseits zusammen. Die Ansicht, der Ausgleichsanspruch des Versicherungsververtreters sei kein Vergütungsanspruch, sondern ein bereicherungsartiger Anspruch,⁶⁶ lässt sich deshalb nicht halten, weil die Vorteile des Unternehmers, aus den Vermittlungserfolgen des Vertreters nach der Vertragsbeendigung Gewinne zu ziehen, zwar auf Kosten des Vertreters, aber keineswegs ohne Rechtsgrund entstehen. Sie resultieren nämlich daraus, dass der Vertreter die ihm obliegenden Vertragspflichten bis zur Beendigung des Vertretervertrages ordnungsgemäß erfüllt hat.

Der Ausgleichsanspruch des Warenvertreters und des Versicherungsververtreters ist ein **aufschiebend bedingter Anspruch**, weil er erst dann geltend gemacht und berechnet werden kann, wenn der Vertretervertrag endet und für den Waren- bzw. Versicherungsvertreter Provisionsverluste entstehen und auch die

64 BGH, 23.2.1961 – VII ZR 237/59, BGHZ 34,319, 316.

65 BGH, 23.11.2011 – VIII ZR 203/10, VersR 2012, 483 = IHR 2012, 63, Anm. Thume = ZVertriebsR 2012, 110 = NJW-RR 2012, 674 = RuS 2012, 310; BGH, 1.6.2005 – VIII ZR 335/04, WM 2005, 1866.

66 Vgl. Sieg, VersR 1964, 789.

Kap. I Der Ausgleichsanspruch im Licht der Europäischen Union

übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.⁶⁷ Dies kann **im Falle der Abtretung** des erst im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung entstehenden Ausgleichsanspruchs für den Zessionar von erheblicher Bedeutung sein.⁶⁸

III. Ergebnis

- 42 Aus der Rechtsnatur des Ausgleichsanspruchs als eines Vergütungsanspruches und aus seinem Grundgedanken lässt sich folgender Grundsatz für die Frage ableiten, wann der Waren- bzw. Versicherungsvertreter für die Erfüllung seiner Vertragspflichten in vollem Umfange vergütet worden ist:
- 43 Der Warenvertreter ist für seine bis zur Vertragsbeendigung erbrachten Leistungen durch die ihm vor und nach der Vertragsbeendigung zustehenden und zufließenden Vermittlungsprovisionen und den Anspruch auf Ausgleich vergütet, während sich die Gesamtvergütung des Versicherungsververtreters aus den ihm zustehenden und bis zur Vertragsbeendigung verdienten Vermittlungsprovisionen ergibt, an deren Stelle, soweit die einzelnen Voraussetzungen dafür vorliegen, als Provisionssurrogat ein Anspruch auf Ausgleich treten kann.
- 44 Hält man sich den Vergütungscharakter des Ausgleichsanspruchs bei der Gesetzesanwendung stets vor Augen, so gewinnt man einen wichtigen Anhaltspunkt für die oft schwierige Auslegung der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen. und kann bei der Ausgleichsberechnung eher zu Ergebnissen gelangen, die den Interessen beider Vertragsteile gerecht werden.

D. Geltungsbereiche

- 45 Die Bestimmung des § 89b gilt, wie schon erwähnt, **für alle Handelsvertreter**.
- 46 Sie regelt zum einen die Ausgleichsansprüche aller **Warenvertreter**, zu denen unter anderem auch Tankstellenpächter, Lottoannahmestellen, Reisebüros und die Vermittler von dauerhaften Gas- und Wasserversorgungs- und Abfallbeseitigungsverträgen gehören, sowie die in anderen Branchen ständig tätigen Vermittler, wie z.B. der Investment-, Anlage- und Kreditvermittler, der Anzeigenvertreter und der Vermittler sonstiger Leistungen, wie etwa des Strombezugs,⁶⁹

67 Gerade weil der Anspruch während eines bestehenden Vertragsverhältnisses noch keinen Vermögenswert darstellt, kann er auch nicht bei der Berechnung des Zugewinns gem. §§ 1363 ff. BGB in Ansatz gebracht werden, BGH, 9.3.1977, BB 1977, 616 = DB 1977, 1843 = HVR Nr. 508 = NJW 1977, 949.

68 Vgl. zur Abtretung unten Kap. XV Rz. 1.