

Vermittler

Jürgen Evers/Lorenz H. Kiene*

Die Anrechenbarkeit von Versorgungsleistungen auf den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters**Schluss**

Dieser Beitrag bildet den Schluss eines dreiteiligen Aufsatzes, der sich mit dem Problem der Anrechenbarkeit von unternehmerseitig erbrachten Leistungen für die Altersversorgung des Handelsvertreters auf dessen Ausgleichsanspruch beschäftigt. Im Vorangegangenen haben wir aufgezeigt, dass Leistungen des Unternehmers nur dann ausgleichsmindernd berücksichtigt werden können, wenn sie eine besonders günstige Vertragsbedingung darstellen. Im Folgenden wird der Anknüpfungspunkt für die Anrechnung der Altersversorgung behandelt. Ferner werden wir die Gestaltungsmöglichkeiten und die Frage der Darlegungs- und Beweislast erörtert. Des Weiteren werden verschiedene in der Praxis gängige Versorgungsregelungen darauf geprüft, inwieweit auf ihnen beruhende Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung des Vertreters als besonders günstige Vertragsbedingungen ausgleichsmindernd zu berücksichtigen sind. Die beiden ersten Teile sind in ZfV 18/01 bzw. 19/01 erschienen.

1. Anknüpfungspunkt für die Anrechnung

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob den Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung lediglich die Rechengröße der Anspruchsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 HGB entgegenzustellen ist oder der Ausgleich, den der Vertreter ohne Berücksichtigung der Versorgungszusage nach § 89 b HGB hätte beanspruchen können. Teilweise wird die Auffassung vertreten, bei einer verständigen Auslegung sei die Bestimmung des § 89 b HGB dahin auszulegen, dass in Fällen, in denen der Unternehmer Leistungen für die Altersversorgung des Vertreters erbringe, stets der Geldwert der Versorgungszusage an dem ansonsten

auszahlenden Ausgleich zu bemessen sei.¹ Letzteres lege im Übrigen auch der Wortlaut des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB nahe, da es dort um die Zahlung eines Ausgleichs gehe, nicht etwa um die Reduzierung einer rechnerischen Zwischengröße.²

Diesem Ansatz kann nicht gefolgt werden. Er widerspricht dem Aufbau der Vorschrift des § 89 b HGB. Bei der Berechnung des Ausgleichs nach § 89 b HGB ist in der Reihenfolge der Absätze, Sätze und Nummern dieser Vorschrift vorzugehen. Danach ist zunächst gemäß § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 der sogenannte Rohausgleichsbetrag zu ermitteln, in dessen Berechnung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB auch bereits Billigkeitsabzüge einfließen.³ Das Ergebnis der drei Anspruchsvoraussetzungen ist dann der durchschnittlichen Jahresprovision des Handelsvertreters als Höchstgrenze (§ 89 b Abs. 2 HGB) mit der Folge gegenüberzustellen, dass als endgültiger Ausgleich der niedrigere der ermittelten Beträge feststeht.⁴ Die Höchstgrenze des § 89 b Abs. 2 HGB dient ausschließlich zur Begrenzung des nach § 89 b Abs. 1 HGB zu ermittelnden und ziffernmäßig zu bestimmenden Ausgleichsbetrages, falls dieser den gesetzlichen Höchstbetrag übersteigen sollte.⁵ Für Billigkeitserwägungen ist hier kein Raum mehr.⁶ Die Billigkeitsprüfung ist vielmehr an das Ergebnis der Vorteils- und Verlustrechnung nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 HGB anzuschließen; sie hat nicht den Sinn, den nach Abs. 2 ermittelten Höchstbetrag mehr oder weniger herabzusetzen.⁷

Dies gilt auch für die anspruchsmindernde Berücksichtigung der Altersversorgung.⁸ Die Prüfungsreihenfolge des § 89 b Abs. 1 Satz 1 HGB ist durch die Fassung des Gesetzes auch dann zwingend vorgegeben, wenn der Rohausgleichsbetrag den

Höchstbetrag einer Jahresdurchschnittsprovision beträchtlich übersteigt, so dass auch der um einen Billigkeitsabzug verringerte Rohausgleich noch über der Kappungsgrenze liegt.⁹

Neuerdings wird der Ansatz, nach dem Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung des Vertreters nicht zur Herabsetzung des Ergebnisses der Anspruchsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 HGB, sondern zu einem Abzug vom Höchstbetrag des § 89 b Abs. 2 HGB führen, damit begründet, dass der Ausgleich i. S. des § 89 b Abs. 1 Satz 1 HGB „angemessen“ sein müsse.¹⁰ Aus dem Wortlaut des ersten Satzes, nach dem der Handelsvertreter vom vertretenen Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen könne, wird gefolgert, dass dem Begriff der Angemessenheit übergeordnete Bedeutung für die Prüfung der Höhe des Ausgleichs zukomme. Es handele sich nicht um einen über-

* Jürgen Evers ist Rechtsanwalt, Lorenz H. Kiene ist Doktorand an der Universität Münster und wissenschaftlicher Mitarbeiter der Sozietät Küstner, v. Manteuffel & Evers.

1 Küstner/v. Manteuffel/Evers HdB-ADR, Bd. II, 6. A., Rz. 1029 f. Entgegen Küstner/v. Manteuffel/Evers, EWIR 94, 581, 582.

2 LG Stuttgart, Ur. v. 16.05.2000 – 1 KfH O 1/00 – VertR-LS 3; Küstner/v. Manteuffel/Evers HdB-ADR, Bd. II, 6. A., Rz. 1029 f.

3 BGH, Ur. v. 25.11.1998, VertR-LS 24 = DB 99, 216.

4 OLG Düsseldorf, Ur. v. 17.12.1999 – 16 U 250/97 – VertR-LS 20.

5 BGH, Ur. v. 15.10.1992, VertR-LS 2a m.w.N. = BB 92, 2385; sub II 1 der Gründe; BGH, Ur. v. 04.06.1975, VertR-LS 19 m.w.N. = BB 75, 1409.

6 BGH, Ur. v. 25.11.1998, VertR-LS 25 = DB 99, 216; BGH, Ur. v. 15.10.1992, VertR-LS 1 m.w.N. sub I 2 der Gründe; a.A. wohl LG München I, Ur. v. 06.06.1977 – 12 HKO 17 045/76 – VertR-LS 10.

7 BGH, Ur. v. 25.11.1998, VertR-LS 25 = DB 99, 216; BGH, Ur. v. 19.11.1970, VertR-LS 30 = BGHZ 55, 45, sub 3 a. E. der Gründe; KG, Ur. v. 11.01.1971, VertR-LS 1 = RVR 71, 363.

8 Bruck/Möller, VVG, Anm. 379 vor §§ 4348.

9 BGH, Ur. v. 25.11.1998, VertR-LS 26 = DB 99, 216.

10 Vgl. Küstner, BB, Heft 20 v. 18. Mai 2000, S. I.

flüssigen Zusatz. Vielmehr gehe der Angemessenheitsbegriff der Billigkeit vor. Nur durch diese Interpretation des § 89 b HGB ließen sich problematische Tatbestände zufriedenstellend lösen, die anderenfalls offensichtlich zu unangemessenen Ergebnissen führen würden, wie sie beispielsweise einträten, wenn der Rohausgleich die Höchstgrenze überschreite, während der Handelsvertreter eine aus Mitteln des Unternehmers finanzierte Altersversorgung mit einem Kapitalwert in Höhe des Höchstbetrages erhalte. Dieser Fall führe zu einer Doppelbelastung des Unternehmers, die der Billigkeitsgrundsatz gerade verhindern solle. Entsprechend müsse die Angemessenheitsprüfung dazu führen, dass der Höchstbetrag nicht erreicht werde, wenn der Agenturvertrag aus einem vom Handelsvertreter zu vertretenden Grunde beendet worden sei, der einen Ausschluss des Ausgleichs gemäß § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB nicht rechtfertige.

Immer dann, wenn die Höchstgrenze infolge eines hohen Rohausgleichs des Handelsvertreters nach der herkömmlichen Berechnungsmethode nicht unterschritten werde, müsse dem Billigkeitsgrundsatz unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit größere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Es könne nicht gerechtfertigt sein, dass durch eine „großzügige“ Prognose und einen entsprechend hohen Rohausgleich Billigkeits- und Angemessenheitsgesichtspunkte nicht im notwendigen Umfang berücksichtigt werden, so dass der Gesetzeszweck anderenfalls in sein Gegenteil verkehrt würde.¹¹

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Begriff der Angemessenheit nicht eigenständig als subsumtionsfähig angesehen werden kann.¹² Dies ist schon mit dem Wortlaut der Vorschrift des § 89 b Abs. 1 Satz 1 HGB kaum zu vereinbaren. Mit der Formulierung „wenn und soweit“ gibt die Vorschrift klar zu erkennen, dass der Begriff des angemessenen Ausgleichs durch die Anspruchsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 HGB konkretisiert wird.

Auch die Systematik der Vorschrift des § 89 b HGB spricht dagegen, den Begriff der Angemessenheit als eigenständig subsumtionsfähig anzusehen. Der Tatbestand des § 89 b

HGB enthält Billigkeitsschranken in Form der Ausschlussstatbestände des § 89 b Abs. 3 HGB.¹³ Greift ein Ausschlussstatbestand ein, ist der Anspruch insgesamt ausgeschlossen, weil die Zuerkennung eines Ausgleichs generell unbillig wäre.¹⁴ Liegen die Voraussetzungen eines Ausschlussstatbestandes nicht vor, ist anhand der Anspruchsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 HGB die Höhe des Anspruchs zu prüfen.¹⁵ Dem Billigkeitsgrundsatz des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB kommt dabei die Funktion eines Aufgangtatbestandes zu.¹⁶ Bei diesen Gegebenheiten spricht nichts dafür, dass oberhalb der Anspruchsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 HGB im Begriff der Angemessenheit Raum für eine weitere Prüfung der Höhe des Ausgleichs wäre.

Auf der Grundlage der Anspruchsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 HGB hat die Rechtsprechung Grundsätze für die Bemessung der Höhe geschaffen, die weitgehend nachvollziehbar sind. Dies gilt sowohl für die Prognose der Unternehmervorteile und der Provisionsverluste als auch für die Billigkeitsprüfung. Wer den Prüfungsaufbau zur Höhe des Ausgleichs erweitert, ohne dem Rechtsanwender gleichzeitig nachvollziehbare Bewertungsmaßstäbe für die Ermittlung der Höhe des Ausgleichs an die Hand zu geben, setzt sich unvermeidlich dem Vorwurf aus, den Ausgleich willkürlich nach dem Ergebnis zu bemessen.

Wird der Begriff der Angemessenheit eigenständig als subsumtionsfähig angesehen, wird damit die Frage aufgeworfen, welches die Kriterien für die Annahme sind, dass eine Prognose, die den bisher anerkannten Grundsätzen folgt, Angemessenheitsgesichtspunkte nicht im notwendigen Rahmen berücksichtige. Ein Handelsvertreter, der einen weit über dem gesetzlichen Höchstbetrag des § 89 b Abs. 2 HGB liegenden Rohausgleich erzielt, hat dem Unternehmer ungleich höhere Unternehmervorteile verschafft als ein Vertreterkollege, dessen Rohausgleich den Höchstbetrag gerade einmal erreicht oder sogar unterschreitet. Warum sollen diese umfangreicheren Unternehmervorteile, die vom Vertreter ge-

schaffen sind und denen entsprechende Provisionseinbußen des Vertreters gegenüberstehen, in den Fällen keine Berücksichtigung finden, in denen der Unternehmer dem Vertreter eine Altersversorgung aufgebaut hat, aber in denen eine Anspruchsminderung nicht zur Unterschreitung des Höchstbetrages führt?

Die Belastung des Unternehmers durch die Finanzierungsaufwendungen für die Altersversorgung und des Vertreters einerseits sowie die von ihm zu tragende Ausgleichszahlung andererseits kann weder nach dem Wortlaut noch nach der Systematik der Vorschrift des § 89 b HGB zu einer weitergehenden Anspruchsminderung führen, als sie sich im Rahmen der Billigkeitsprüfung gemäß § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB ergibt. Auch Sinn und Zweck der Regelung des § 89 b HGB stehen dem nicht entgegen. Die Norm dient nicht dazu, eine doppelte Inanspruchnahme des vertretenen Unternehmers zu vermeiden. Sind die Leistungen des Unternehmers bei der Billigkeitsprüfung anspruchsmindernd in Ansatz gebracht worden, so ist damit die Belastung des Unternehmers bereits vollständig berücksichtigt. In dem Umfang, in dem die Vorteile des Unternehmers aus der Tätigkeit des Vertreters und die Provisionsverluste des Vertreters den Ausgleichshöchstbetrag gleichwohl übersteigen, kann nach dem Gesetz nicht davon ausgegangen werden, dass der Unternehmer entgegen der Norm des § 89 b HGB unbillig belastet wird.¹⁷

Der Unternehmer erbringt die Leistungen für die Altersversorgung des

11 Küstner, BB, Heft 20 v. 18. Mai 2000, S. I.

12 Ebenroth/Boujong/Joost/Löwisch, HGB, § 89 b Rz. 127; a.A. Baumbach/Hopt, HGB, 29. A., § 89 b Rz. 46; MünchKommHGB/v. Hoyningern-Huene, § 89 b Rz. 124; Staub/Brüggemann, HGB, 4. A. 1982, § 89 b Rz. 12.

13 Evers, Anm. 2.4. zu LG Stuttgart, Urte. v. 16. 05. 2000 – 1 KfH O 1/00 – VertR-LS.

14 Vgl. BGH, Urte. v. 30.06.1966, VertR-LS 6 = BGHZ 45, 385; BGH, Urte. v. 05.02.1959, VertR-LS 16 = BGHZ 29, 275.

15 Vgl. BGH, Urte. v. 30.06.1966, VertR-LS 7 = BGHZ 45, 385.

16 Vgl. Evers, Anm. 14.1 zu BGH, Urte. v. 12. 04. 1973 - VII ZR 87/72 - VertR-LS.

17 A.A. offenbar Westphal, Vertriebsrecht, Bd. I, Handelsvertreter, 1998, Rzz. 1047, 1048 ff. der dem nach seinem Dafürhalten von der Rechtsprechung gewünschten Ergebnis der Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme des Unternehmers durch den Ansatz einer Quote Rechnung tragen will.

Vertreters von vornherein nicht nur mit dem Risiko, dass der Ausgleich durch die von ihm finanzierten Versorgungsleistungen nicht vollumfänglich nach Maßgabe des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB gemindert wird. Ihm ist bei Abschluss der Anrechnungsvereinbarung auch bewusst, dass er in Höhe der aufgewendeten Leistungen für die Versorgung des Vertreters auch dann keine Entlastung erfährt, wenn dem Vertreter ein Ausgleichsanspruch nicht zusteht. Im Übrigen steht es dem Unternehmer auch frei, anstelle der Anrechnung im Rahmen der Billigkeit nach Maßgabe des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB eine Vereinbarung mit dem Vertreter darüber zu treffen, dass die Leistungen für die Altersversorgung in Vorauserfüllung des Ausgleichs erfolgen.¹⁸

Wählt ein Unternehmer eine vertragliche Gestaltung, mit der er die ausgleichsrechtlichen Folgen der Beendigung des Agenturvertrages in der Form positiv für sich gestaltet, dass er über einen längeren Zeitraum eine gleichmäßige Belastung auf sich nimmt, so muss er auch etwaige sich aus der von ihm gewählten vertraglichen Gestaltung ergebende Nachteile von vornherein in Kauf nehmen. Dies ist eine Konsequenz des Umstandes, dass § 89 b HGB eine einseitig zwingende Norm¹⁹ darstellt. Für den Handelsvertreter ist immer nur die vertragliche Gestaltung bindend, die ihn begünstigt oder jedenfalls nicht benachteiligt.

Wer eine Maximierung der Höchstgrenze unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit fordert, verkennt schließlich auch die Funktion der Höchstgrenze. Ihre Aufgabe erschöpft sich darin, einen sich etwa nach § 89 b Abs. 1 HGB ergebenden höheren Ausgleich zu begrenzen²⁰ und damit einen Schutz des Unternehmers gegen eine weitergehende Inanspruchnahme durch den Handelsvertreter zu bewirken.²¹ Als Schutzvorschrift zu Gunsten des Unternehmers ist die Höchstgrenze weder eine Bemessungsgrundlage für die Höhe des Ausgleichs noch für die Höhe einer Anspruchsminderung unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit.²² Die Höchstgrenze soll den Ausgleich auf den Betrag der durchschnittlichen Jahresprovision oder sonstigen

Jahresvergütung maximieren. In diesem Zusammenhang sieht die Norm keinen Wertungsspielraum vor. Die Höchstgrenze kann daher auch nicht ihrerseits als Maßstab für die Prüfung einer Angemessenheit des Ausgleichs dienen.

2. Weitergehende vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Führen nach alledem Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung des Vertreters nach der gesetzlichen Regelung allenfalls zu einer anspruchsmindernden Berücksichtigung im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach Maßgabe der Vorschrift des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB, wirft dies die Fragen auf, ob und welcher Spielraum den Parteien für eine weitergehende vertragliche Gestaltung verbleibt, unter welchen Voraussetzungen sie also eine Regelung dahingehend treffen können, dass die Leistungen des Unternehmers für die Versorgung des Vertreters den Ausgleichsanspruch effektiv zu mindern und welche Anforderungen man ggf. an derartige Vereinbarungen zu stellen hat.

Nach der Rechtsprechung steht es den Parteien grundsätzlich frei, Vereinbarungen zu treffen, nach denen Leistungen des Unternehmers in Vorauserfüllung auf einen etwaigen Ausgleichsanspruch nach Vertragsbeendigung erfolgen sollen.²³ Maßgeblich hierfür ist der Umstand, dass der Unabdingbarkeitsgrundsatz des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB nicht etwa gewährleisten soll, dass der Vertreter bei Vertragsende unbedingt „Geld in die Hand bekommt“.²⁴ Wäre das der Zweck der Bestimmung, so hätte sie z.B. auch die Aufrechnung des Unternehmers gegen den Ausgleichsanspruch verbieten müssen. Dies ist jedoch nicht geschehen.²⁵

Auch wenn Vereinbarungen über eine Vorauserfüllung des Ausgleichsanspruchs nicht schlechthin verboten sind, darf eine Vorauserfüllungsabrede nicht so konzipiert sein, dass man nach den gesamten Umständen vermuten muss, sie diene ausschließlich der Umgehung des gesetzlichen Ausgleichsanspruchs. Dies ist nach der Rechtsprechung immer dann anzunehmen, wenn die Begleitumstände der Vereinbarung Unlauterkeitsmerk-

male offenbaren, die den Verdacht erwecken, dass die zwingende Vorschrift des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB mit Hilfe der Vereinbarung umgangen werden soll.²⁶ Liegen solche Indizien vor, ist die Vorauserfüllungsvereinbarung als Umgehung der zwingenden Vorschrift des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB anzusehen und daher nichtig gemäß § 134 BGB.²⁷ Unter diesen Umständen ist die scheinbar in Vorauserfüllung auf den Ausgleich versprochene Leistung in vollem Umfang als sonstige Vergütung zu qualifizieren, so dass sie auch bei der Ermittlung des Jahreshöchstbetrags des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89 b Abs. 2 bzw. Abs. 5 HGB zu berücksichtigen ist.²⁸

Derartige Verdachtsmomente liegen beispielsweise vor, wenn die Provision aufgespalten wird in eine Grundprovision und einen darüber hinausgehenden Anteil, der zur Vorauserfüllung des Ausgleichsanspruchs dienen soll. Unter diesen Umständen ist zu vermuten, dass die Gestaltung ausschließlich vor dem Hintergrund gewählt worden ist, den Ausgleichsanspruch in wirtschaftlicher Hinsicht zu beschränken.²⁹ Diese Vermutung soll nach herrschender Auffassung jedenfalls dann gelten, wenn die zusätzliche Leistung nicht rückforderbar ist für den Fall, dass der

18 Evers, Anm. 2.6 zu LG Stuttgart, Ur. v. 16. 05. 2000 – 1 KfH O 1/00 – VertR-LS; Küstner/v. Manteuffel/Evers, EWIR 94, 581, 582; Küstner/v. Manteuffel/Evers, Der Ausgleichsanspruch des Versicherungs- und Bausparkassenvertreters 1998, Ziff. II 3.1 a.E., S. 78.

19 Vgl. dazu BGH, Ur. v. 11.10.1990, VertR-LS 14 m.w.N. = DB 90, 2592.

20 BGH, Ur. v. 04.06.1975, VertR-LS 19 = BB 75, 1409; BGH, Ur. v. 19.11.1970, VertR-LS 30 = BGHZ 55, 45; KG, Ur. v. 11.01.1971, VertR-LS 1 = RVR 71, 363; Küstner/v. Manteuffel/Evers, HdB-ADR, Bd. II, 6. A., Rz. 1314.

21 Küstner/v. Manteuffel/Evers, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters 1998, Ziff. I.6., S. 86; Günther, BB 57, 1058; Gessler, BB 57, 1164; Westphal, Vertriebsrecht, Bd. I, Handelsvertreter, 1998, Rz. 1100.

22 Vgl. BGH, Ur. v. 15. 10. 1992, VertR-LS 1 m.w.N. = BB 92, 2385.

23 BGH, Ur. v. 13. 01. 1972, VertR-LS 7 = BGHZ 58, 60.

24 BGH, Ur. v. 13. 01. 1972, VertR-LS 7 = BGHZ 58, 60.

25 BGH, Ur. v. 13. 01. 1972, VertR-LS 7 = BGHZ 58, 60.

26 Vgl. Evers, Anm. 37.2 zu OLG Hamm, Ur. v. 02. 09. 1999 – 4 U 26/99 – VertR-LS.

27 BGH, Ur. v. 13.01.1972 – VII ZR 81/70 – VertR-LS 24; OLG München, Ur. v. 03.05.2000 – 7 U 2620/99 – VertR-LS 45.

28 BGH, Ur. v. 13. 01. 1972, VertR-LS 24.

29 BGH, Ur. v. 13. 01. 1972, VertR-LS 8 = BGHZ 58, 60.

Ausgleichsanspruch nicht zur Entstehung gelangt.³⁰ Außerdem ist erforderlich, dass die vom Unternehmer versprochene Grundprovision der üblichen Provision entspricht, um die Vermutung zu entkräften, dass der Provisionsmehrbetrag, der zur Vorauserfüllung des Ausgleichsanspruchs dient, in Wahrheit doch nur eine gewöhnliche Vergütung darstellt.³¹

Die vorstehenden von der Rechtsprechung für die Provisionsaufschlüsselung in einen Vergütungs- und einen Vorauserfüllungsanteil entwickelten Grundsätze können nur Anwendung finden, wenn der Unternehmer dem Vertreter Leistungen neben der Provision verspricht, auf die der Handelsvertreter nach dem Gesetz einen Rechtsanspruch haben könnte, der nicht auf § 89 b HGB ruht.³² Dies ist etwa bei einer in einen Grund- und Vorauserfüllungsanteil aufgespaltenen Provision der Fall, weil der Verdacht besteht, bei der in Vorauserfüllung des Ausgleichs versprochenen Leistung handelt sich in Wahrheit ebenfalls um eine Provision. Auf diese Weise umgeht der Unternehmer den zwingenden Ausgleichsanspruch damit, dass er den Anspruch des Vertreters scheinbar erfüllt, in Wahrheit aber nur seiner Verpflichtung zur Zahlung der Provision nach § 87 Abs. 1 HGB nachkommt. Aus diesem Grunde kann auch eine vertragliche Gestaltung über die Gewährung von Leistungen für die Altersversorgung des Vertreters den Verdacht erwecken, zur Umgehung des Ausgleichs zu dienen. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn der Vertreter sie erst durch eine eigene Leistung verdient, die ihrem Inhalt nach nicht auf die Schaffung des Kundenstamms gerichtet ist, die also nicht den Tatbestand des § 89 b HGB erfüllt. Auch in diesem Fall erbringt der Unternehmer die Leistungen für die Altersversorgung nur scheinbar in Vorauserfüllung des Ausgleichsanspruchs, während die Leistung in Wahrheit auf eine andere vertragliche Verbindlichkeit gegenüber dem Handelsvertreter erfolgt, ihr also eine sonstige Leistung des Vertreters gegenübersteht, die nicht i.S. des § 89 b HGB auf die Schaffung des Kundenstamms gerichtet ist. Handelt es sich bei den Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung des

Vertreters indessen um Sonderleistungen, die weder synallagmatisch noch konditional mit anderen als dem Aufbau des Kundenstamms dienenden Leistungen des Vertreters verknüpft sind, ist für die Annahme kein Raum, die Vereinbarung zur Erbringung von Leistungen für die Altersversorgung des Vertreters in Vorauserfüllung des Ausgleichsanspruchs des Vertreters erfolge in der Absicht, den unabdingbaren Ausgleichsanspruch zu umgehen.³³

Zwar hat das OLG Koblenz in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1955 den Standpunkt eingenommen, dass auch eine Vereinbarung über die Erbringung von Sonderleistungen des Unternehmers in Vorauserfüllung auf den Ausgleichsanspruch gegen den Unabdingbarkeitsgrundsatz der Vorschrift des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB verstoßen kann.³⁴ Der Entscheidung lag jedoch eine Sachverhaltskonstellation zu Grunde, in der die Parteien in einer Nachtragsvereinbarung zum Vertretungsvertrag Sonderleistungen, die der Unternehmer dem Handelsvertreter nach dem bereits zuvor geschlossenen Agenturvertrag versprochen hatte, nachträglich dahin qualifiziert haben, sie sollen nunmehr in Vorauserfüllung auf den Ausgleichsanspruch geleistet werden.³⁵ Das besondere Unlauterkeitsmerkmal in dem vom OLG Koblenz zu beurteilenden Sachverhalt lag also darin, dass die Sonderleistung bereits versprochen war, ohne damit eine Vorauserfüllungs- und Verrechnungsabrede zu verbinden, und dass dieses Versprechen nachträglich dahin abgeändert worden ist, die Sonderleistung erfolge nunmehr in Vorauserfüllung auf den Ausgleich. Liegen solche besonderen Umstände nicht vor, die eine Umgehungsabsicht indizieren, kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Vorauserfüllungsvereinbarung in der Absicht geschlossen wird, den Unabdingbarkeitsgrundsatz der Vorschrift des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB zu umgehen.

Soweit in der Literatur allgemein die Forderung erhoben wird, eine Vereinbarung über die Vorauserfüllung des Ausgleichs könne nur dann als wirksam angesehen werden, wenn der Handelsvertreter im Falle der Nichtentstehung des Ausgleichs zur Rückzahlung des in Vorauserfüllung

auf den Anspruch Geleisteten verpflichtet sei,³⁶ kann dem nicht gefolgt werden. Maßgeblich hierfür ist zum einen die Erwägung, dass in all den Fällen, in denen Sonderleistungen gewährt werden, kein Raum ist für eine tatsächliche Vermutung dahingehend, die Vorauserfüllungsvermutung diene der Umgehung des Ausgleichsanspruchs. Zum anderen steht der in der Literatur erhobenen Forderung entgegen, dass einer vertraglich begründeten Pflicht des Vertreters, die diesem vom Unternehmer während der Laufzeit des Handelsvertretervertrages gewährten Leistungen zurückzuerstatten, falls er den Agenturvertrag kündigt, eine Sanktion darstellen kann, die die freie Ausübung des Kündigungsrechts durch den Vertreter in wirtschaftlicher Hinsicht erschwert.³⁷ Auch wenn eine unzulässige Erschwerung des Kündigungsrechts, der entsprechend § 89 Abs. 2, 2. HS HGB die Wirksamkeit zu versagen wäre,³⁸ nach zutreffender Auffassung nicht in allen Fällen der Gewährung von Leistungen des Unternehmers unbedingt gegeben sein muss,³⁹ sondern sie im Ergebnis davon abhängt, dass die wirtschaftliche Beschränkung des Kündigungs-

30 Vgl. OLG München, Urte. v. 03.05.2000 – 7 U 2620/99 – VertR-LS 41 m.w.N.; LG München II, Urte. v. 19.10.1995 – 2 HK O 3900/95 – VertR-LS 3; LG Waldshut-Tiengen, Urte. v. 18. 05. 1995, VertR-LS 6 = HVR Nr. 843; MünchKommHGB/v. HoyningenHuene, § 89 b Rz. 201; Staub/Brüggemann, HGB, 4. A. 1982, § 89 b Rz. 107; Westphal, Vertriebsrecht, Bd. I, Handelsvertreter, 1998, Rz. 1182; Küstner/v. Manteuffel/Evers, HdBADR, Bd. II, 6. A., Rzz. 1397, 1401.

31 BGH, Urte. v. 13.01.1972, VertR-LS 21 = BGHZ 58, 60.

32 A.A. wohl Hopt, Handelsvertreterrecht, 2. A., § 89 b Rz. 70 unter Berufung auf OLG Koblenz, Urte. v. 21.10.1955, VertR-LS = HVR Nr. 76.

33 Vgl. OLG München, Urte. v. 03.05.2000 – 7 U 2620/99 – VertR-LS 39, das insoweit von einer echten Zusatzleistung spricht.

34 OLG Koblenz, Urte. v. 21.10.1955, VertR-LS 2 = HVR Nr. 76.

35 Vgl. OLG Koblenz, Urte. v. 21.10.1955, VertR-LS 5 = HVR Nr. 76.

36 MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene, § 89 b Rz. 201; Staub/Brüggemann, HGB, 4. A. 1982, § 89 b Rz. 107; Westphal, Vertriebsrecht, Bd. I, Handelsvertreter, 1998, Rz. 1182; Küstner/v. Manteuffel/Evers, HdB-ADR, Bd. II, 6. A., Rzz. 1397, 1401.

37 Vgl. OLG Köln, Urte. v. 29.07.1997, VertR-LS 5 = HVR Nr. 885.

38 Vgl. OLG Köln, Urte. v. 29.07.1997, VertR-LS 5 = HVR Nr. 885.

39 OLG Celle, Urte. v. 29.04.1997 – 11 U 52/96 – VertR-LS 1 m.w.N.; LG Hildesheim, Urte. v. 27. 01. 1999 – 11 O 101/98 – VertR-LS 1; LG Hildesheim, Urte. v. 28.01.1998 – 11 O 72/97 – VertR-LS 1; vgl. auch OLG Braunschweig, Urte. v. 12.12.1996 – 2 U 97/96 – VertR-LS 4; a.A. OLG Köln, Urte. v. 29.07.1997, VertR-LS 1 = HVR Nr. 885.

rechts von so erheblichem Gewicht ist, dass sie einer rechtlichen gleichkommt,⁴⁰ so ist doch nicht zu verkennen, dass eine das Kündigungsrecht des Vertreters wirtschaftlich beschränkende Regelung in Ansehung der in der Vorschrift des § 89 Abs. 2, 2. HS HGB zum Ausdruck kommenden Wertentscheidung des Gesetzgebers a priori nicht zur Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Vorauserfüllungsabrede gemacht werden darf. Aus diesem Grunde erscheint es auch zweifelhaft, ob der Umstand, dass die in Vorauserfüllung des Ausgleichsanspruchs gewährten Leistungen für die Altersversorgung des Vertreters für den Fall der Nichtentstehung des Ausgleichs nicht rückforderbar ist, als Merkmal für eine Umgehung des Ausgleichs abgesehen werden kann.⁴¹

Es kommt hinzu, dass ein zur Wirksamkeitsvoraussetzung erhobener Rückforderungsvorbehalt des Unternehmers für den Fall der Nichtentstehung des Ausgleichs dazu führen würde, dass der vom Unternehmer mit der Vorauserfüllungsvereinbarung verfolgte Zweck verfehlt würde, die Belastung mit den Kosten zur Erfüllung des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB auf die Laufzeit des Agenturvertrages mit steuerlicher Wirkung vorzuverlagern. Denn müssten Vorauserfüllungsleistungen tatsächlich unter einen Rückforderungsvorbehalt für den Fall gestellt werden, dass ein Ausgleich nicht zur Entstehung gelangt, würde der Unternehmer die Rückforderung in der Steuerbilanz zu aktivieren haben. Auch diese Überlegung spricht dagegen, einen Rückforderungsvorbehalt zur Wirksamkeitsvoraussetzung einer Vorauserfüllungsvereinbarung zu erheben. Schließlich ist es auch nicht erforderlich, darauf abzustellen, ob die Leistungen des Unternehmers rückforderbar sind für den Fall des Nichtentstehens des Ausgleichsanspruchs, wenn und soweit feststeht, dass der Unternehmer in Wahrheit keine weiteren Leistungen des Vertreters mit den in Vorauserfüllung auf den Ausgleichsanspruch erbrachten Leistungen für die Altersversorgung vergütet. Dieses ist stets dann der Fall, wenn die Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung des Vertreters als Sonderleistungen zu qualifizieren sind.

Soweit dem Vertreter die Leistungen zu dessen Versorgung als Sonderleistungen gewährt werden und auch kein sonstiges Merkmal für die Umgehung des zwingenden Ausgleichsanspruchs wie etwa eine nachträgliche Umwidmung dieser Leistungen vorliegt, begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, eine Parteiabrede als wirksam anzusehen, nach der die Leistungen für die Versorgung des Vertreters in Vorauserfüllung auf dessen Ausgleichsanspruch bei Beendigung des Agenturvertrages nach Maßgabe des § 89 b HGB erfolgen.⁴² Die Vorauserfüllungsvereinbarung hat zur Folge, dass das Ergebnis der drei Anspruchsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 HGB in Form der Ausgleichsschuld nach Maßgabe des § 362 BGB in Höhe der geleisteten Beiträge infolge Erfüllung erlischt.

Die grundsätzlich zu bejahende Möglichkeit der Gewährung von Leistungen für die Versorgung des Vertreters in Vorauserfüllung des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB lässt es als fraglich erscheinen, ob man nicht generell davon auszugehen hat, dass die Zahlung von Sonderleistungen stets eine Vorweigerung des Ausgleichsanspruchs darstellt. Ohne weiteres wird man indessen nicht davon ausgehen können, dass die Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung des Handelsvertreters stets in Vorauserfüllung auf den Ausgleichsanspruch erfolgen.⁴³ Grundsätzlich setzt die Annahme einer Vorauserfüllung des Ausgleichsanspruchs das Vorliegen hinreichend eindeutiger Vereinbarungen voraus.⁴⁴

Vor diesem Hintergrund könnte eine Vorauserfüllungsabrede allenfalls dann angenommen werden, wenn die Zahlung objektiv an die mit dem Ausgleichsanspruch entgeltene Leistung anknüpft und hinreichende Anhaltspunkte darauf bestehen, dass der Wille der Parteien auch auf eine Vorauserfüllung gerichtet ist.⁴⁵ Es fehlt jedoch bereits an einer objektiven Anknüpfung.⁴⁶ Maßgeblich hierfür ist der Umstand, dass der Ausgleichsanspruch keinen Versorgungscharakter hat.⁴⁷ Mit Leistungen zum Zwecke einer Altersversorgung vergütet der Unternehmer den Handelsvertreter im Zweifel auch nicht für die Schaffung des Kundenstamms,

aus dem der Unternehmer weitere Vorteile zieht. Dagegen spricht allein die Möglichkeit, dass auch der Vertreter Leistungen zur Versorgung erhält, wenn er nach Maßgabe der Vorschrift des § 89 b HGB keinen Ausgleichsanspruch erworben hat. Es begegnet daher durchgreifenden Bedenken, anzunehmen, der Wille der Parteien eines Agenturvertrages sei stets ohne eine besondere Abrede darauf gerichtet, die Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung des Handelsvertreters würden in Vorauserfüllung auf den Ausgleichsanspruch erfolgen. Wegen der Verschiedenheit der Versorgungsleistung einerseits und der dem Ausgleich zugrundeliegenden Leistung andererseits entbehrt auch die Annahme jeglicher Grundlage, der Handelsvertreter würde die Leistungen für seine Altersversorgung als Erfüllungsleistung auf seinen Ausgleichsanspruch akzeptieren.

Es kommt hinzu, dass der Unternehmer die Gewährung der Leistungen für die Versorgung des Vertreters als Bestandteil seiner Vertriebskosten auch für den Fall kalkuliert hat, dass der Vertreter einen Ausgleichsanspruch nicht in der Höhe der ihm gewährten Leistungen erworben hat. Es liegt daher nicht fern, dass er seine Vertriebskosten von vornherein so bemessen hat, dass er aufgrund sei-

40 Vgl. dazu Evers, Anm. 4.2f. zu OLG Celle, Ur. v. 29.04.1997 – 11 U 52/96 – VertR-LS.

41 Insofern wird die früher in EWiR 94, 581, 582 vertretene Auffassung ausdrücklich aufgegeben.

42 Im Hinblick auf diese grundsätzlich gegebene vertraglichen Gestaltungsmöglichkeit besteht im Übrigen auch kein Bedürfnis dazu, Leistungen für die Altersversorgung einer besonderen Angemessenheitsprüfung nach § 89 b Abs. 1 HGB zu unterwerfen.

43 vgl. LG München I, Ur. v. 04.07.1974, VertR-LS 7 = VersR 75, 81; a.A. wohl LG Berlin, Ur. v. 22.09.1971, VertR-LS = VersR 72, 95 m. Anm. Martin.

44 BGH, Ur. v. 01.10.1970, VertR-LS 8 = RVR 71, 45 m. Anm. Küstner; BFH, Ur. v. 22.06.1983 – I S 6/83 – VertR-LS 2; OLG München, Ur. v. 03.05.2000 – 7 U 2620/99 – VertR-LS 39; Schröder, Recht der Handelsvertreter, 5.A. 1973, § 89 b Rz. 34 e; Evers, Anm. 1.2 zu BGH, Ur. v. 13.01.1972 – VII ZR 81/70 – VertR.

45 Dies kann beispielsweise bei einer erhöhten Erstprovision der Fall sein, die für die Vermittlung eines Geschäfts mit einem neu geworbenen Kunden gezahlt wird, vgl. dazu OLG München, Ur. v. 13.10.1960, VertR-LS 8 m.w.N = NJW 61, 1072.

46 A.A. wohl Fuchs-Baumann, DB 01, 2131, 2136, der davon ausgeht, der Vertreter erhalte mit den Leistungen zu seiner Versorgung einen billigen Wertersatz für den Ausgleich.

47 Vgl. dazu Evers/Kiene, ZfV 01, 618, 622.

ner Kalkulation in der Lage ist, die Leistungen für die Versorgung des Vertreters unabhängig von einer etwaigen Verpflichtung zur Zahlung eines Ausgleichsanspruchs zu decken, sei es, dass er diese Belastung über den Preis an den Kunden weitergibt, sei es, dass er die Provision entsprechend geringer bemessen hat oder er die zusätzliche Kostenbelastung durch eine entsprechend geringere Kostenstruktur seiner Außenorganisation auffängt. Jedenfalls ist es nicht zwangsläufig so, dass der Unternehmer die Leistungen für die Versorgung des Vertreters mit den ersparten Kosten für die Finanzierung von Ausgleichsansprüchen finanziert hat oder finanzieren muss. Vor diesem Hintergrund kann eine Vorauserfüllungsvereinbarung nur dann angenommen werden, wenn eine ausdrückliche oder konkludente Einigung der Parteien darüber positiv festgestellt werden kann, dass die Leistungen für die Altersversorgung den Charakter von Vorauserfüllungsleistungen auf den Ausgleichsanspruch haben.

3. Darlegungs- und Beweislast

Teilweise wird ohne weiteres davon ausgegangen, dass der Handelsvertreter für die Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB darlegungs- und beweisbelastet ist.⁴⁸ Dies erscheint in der Allgemeinheit nicht unbedenklich. Bei dem Tatbestand des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB, nach der die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entsprechen muss, handelt es sich zwar um eine selbständige Anspruchsvoraussetzung,⁴⁹ die für sich getrennt ermittelt werden muss.⁵⁰ Da der Ausgleichsanspruch nicht zur Entstehung gelangt, wenn es an einer der selbständigen Anspruchsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 HGB fehlt,⁵¹ müsste der Handelsvertreter nach allgemeinen Grundsätzen an sich auch die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB tragen. Aus im Ergebnis richtigen Erwägungen wird diese Konsequenz jedoch nicht gezogen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Zahlung eines Ausgleichs grundsätzlich der Billigkeit i. S. des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB entspricht, wenn

und soweit die Anspruchsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 HGB erfüllt sind.⁵² Dies folgt zwar nicht schon aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 89 b HGB,⁵³ ergibt sich aber aus Sinn und Zweck der Norm.

Wegen des Charakters des Ausgleichsanspruchs als Vergütung für die Schaffung eines Kundenstamms entspricht es regelmäßig der Billigkeit i. S. des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB, dem Handelsvertreter einen Ausgleich zu gewähren, wenn die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Zuerkennung eines Anspruchs gegeben sind.⁵⁴ Der Unternehmer ist daher darlegungs- und beweispflichtig für alle Umstände, die eine Minderung des Ausgleichsanspruchs aus Billigkeitsgründen rechtfertigen.⁵⁵ Stellt der Vertreter in Abrede, dass der Unternehmer die von ihm behauptete Altersversorgung aufgebaut hat und trägt der Unternehmer nicht unter Beweisantritt substantiiert vor, ab wann und bei wem eine solche Rente aufgrund sei-

ner Leistungen aufgebaut worden ist, so kommt eine Anspruchsminderung nicht in Betracht.⁵⁶ Demgegenüber trifft den Vertreter nur die Darlegungs- und Beweislast für die den anspruchsmindernden Umständen gegenüberstehenden anspruchserhaltenden Aspekte.⁵⁷

Zwar können Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung des Vertreters besonders günstige Vertragsbedingungen darstellen, die eine anspruchsmindernde Berücksichtigung im Rahmen der Billigkeit rechtfertigen. Dies gilt jedoch nur insoweit, als diese Leistungen ausschließlich Fürsorgecharakter haben und nicht in irgendeiner Weise durch Leistungen des Vertreters verdient sind.⁵⁸ Auch wenn die Leistungen für die Altersversorgung des Vertreters im Rahmen eines Handelsvertreterverhältnisses gewährt werden, kann nicht allgemein davon ausgegangen werden, dass bereits eine tatsächliche Vermutung dafür spricht, der Handelsvertreter habe die Leistungen des Unternehmers für die Versorgung

48 OLG Köln, Ur. v. 17.08.2001 – 19 U 206/00 – VertR-LS 43; OLG Saarbrücken, Ur. v. 04. 12. 1996, VertR-LS 7 = BB 97, 1603 m. Anm. Thume; LG Düsseldorf, Ur. v. 16.04.1997 – 34 O 4/96 – VertR-LS 6 = HVR Nr. 901; LAG Düsseldorf, Ur. v. 28.01.1970, VertR-LS 2 = VW 70, 693; a.A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24. 02. 1995, VertR-LS 16 = WiB 96, 177 m. Anm. Kurz; Baumgärtel/Giemulla, HdB der Beweislast HGB, § 89 b Rz. 2.

49 BGH, Ur. v. 16.03.1972, VertR-LS 4 = VersR 72, 534 m. Anm. Höft; OLG Celle, Ur. v. 27. 05. 1999, VertR-LS 2 = OLG 00, 54; OLG Celle, Ur. v. 26.06.1959, VertR-LS 2 = BB 59, 1151; OLG Düsseldorf, Ur. v. 08.02.1977, VertR-LS 9 = HVR Nr. 504; LG Berlin, Ur. v. 09.02.1989 – 95 O 202/87 – VertR-LS 1; LG Frankfurt/Main, Ur. v. 20.01.1978 – 3/7 O 173/77 – VertR-LS 32; LG Berlin, Ur. v. 09.02.1989 – 95 O 202/87 – VertR-LS 1.

50 HK-HGB/Ruß, HGB, 4. A. § 89 b Rz. 2, Staub/Brüggemann, HGB, 4. A. 1982, § 89 b Rz. 11; Evers, Anm. 4 zu BGH, Ur. v. 16.03.1972 – VII ZR 179/70 – VertR-LS.

51 BGH, Ur. v. 24.06.1958, VertR-LS 7 = VersR 58, 566; LG Düsseldorf, Ur. v. 15.08.1990, VertR-LS 10 = VersR 91, 184; Schröder, Recht der Handelsvertreter, 5. A. 1973, § 89 b Rz. 2; GK-HGB/Leinemann, § 89 b Rz. 4.

52 BGH, Ur. v. 26.11.1976, BB 77, 564 = VertR-LS 3 m.w.N.; BGH, Ur. v. 23.02.1961, VertR-LS 20 = BGHZ 34, 310 – Wüstenrot I –; OLG München, Ur. v. 27.07.1994, VertR-LS 10 = OLG 94, 199; KG, Ur. v. 17.10.1980 – 5 U 4280/78 – VertR-LS 8; OLG Düsseldorf, Ur. v. 16.03.2001 – 16 U 168/99 – VertR-LS 27; OLG Düsseldorf, Ur. v. 17.12.1999, VertR-LS 51 = OLG 00, 345; OLG Düsseldorf, Ur. v. 17.04.1973, VertR-LS 12 = VW 74, 429; OLG Brandenburg, Ur. v. 23.05.1995, VertR-LS 16 = OLG 95, 211; OLG Köln, Ur. v. 05.06.1974, VertR-LS 32 = BB 74, 1093; KG, Ur. v. 06.03.1964, VertR-LS 26 = VersR 64, 1295 m. Anm. Klingmüller; LG Frankfurt/Main, Ur. v. 20.01.1978 – 3/7 O 173/77 –

VertR-LS 34; LG Düsseldorf, Ur. v. 16.04.1997 – 34 O 4/96 – VertR-LS 7 = HVR Nr. 901; LG Saarbrücken, Ur. v. 19.02.1982, VertR-LS 8 = HVR Nr. 566 LS; LG Passau, Ur. v. 11.01.2001 – 1 HK O 106/97 – VertR-LS 24; Küstner/v. Manteuffel, HdBADR, 5. A., Bd. II, Rzz. 392, 687; Küstner/v. Manteuffel/Evers, HdBADR, Bd. II, 6. A., Rz. 1568; Baumbach/Hopt, HGB, 29. A. 1995, § 89 b Rz. 44; Evers, Anm. 23.1 zu LG Stuttgart, Ur. v. 28.01.2000 – 21 O 425/99 – VertR-LS; Küstner/v. Manteuffel/Evers, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters 1998, Ziff. I.5.3., S. 63; dies., Der Ausgleichsanspruch des Versicherungs- und Bausparkassenvertreters, 1998, Ziff. II. 3, S. 73; Baumgärtel/Giemulla; Handbuch der Beweislast im Privatrecht, § 89 b Rz. 2; Saenger, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters bei Eigenkündigung, 1997, S. 30; Staub/Brüggemann, HGB, 4. A. 1982, § 89 b Rz. 65, 120; Ebenroth/Boujong/Joost/Löwisch, HGB, § 89 b Rz. 171; Stötter, Das Recht der Handelsvertreter, 3. A. 1985, S. 302; Schröder, Recht der Handelsvertreter, 5. A. 1973, § 89 b Rz. 17; ders., DB 58, 44, 46; Baumbach/Hopt, HGB, 29. A., § 89 b Rz. 44; a.A. OLG München, Ur. v. 09.07.1964, VertR-LS 5 = BB 65, 345, 487 m. Anm. Heitmann – Allianz I –.

53 So aber LG Würzburg, Ur. v. 14.07.1975 – O 40/73 H – VertR-LS 16.

54 BGH, Ur. v. 23.02.1967 – VII ZR 269/64 – VertR-LS 4 – Favorit –.

55 BGH, Ur. v. 28.04.1999, VertR-LS 30 = BGHZ 141, 248; BGH, Ur. v. 29.03.1990, VertR-LS 5 = NJW 90, 2889; BGH, Ur. v. 03.06.1971, VertR-LS 10 = BGHZ 56, 242; BGH, Ur. v. 30.06.1966, VertR-LS 11 = BGHZ 45, 385; KG, Ur. v. 06. 03. 1964, VertR-LS 26 = VersR 64, 1295 m. Anm. Klingmüller; LG Lüneburg, Ur. v. 30.11.2000 – 11 O 30/00 – VertR-LS 11.

56 KG, Ur. v. 11.01.1988, VertR-LS 3 = BB 88, 582.

57 Evers, Anm. 16.4 zu KG, Ur. v. 19.09.1969 – U (Kart) 393/69 – VertR-LS.

58 Vgl. dazu Evers/Kiene, ZfV 01, 618, 619ff.

des Vertreters in irgendeiner Weise durch seine Tätigkeit verdient. Hat der Unternehmer folglich dargelegt, dass er Leistungen für die Versorgung des Handelsvertreters erbracht hat, obliegt dem Handelsvertreter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Anspruchsminderung nicht billig erscheint.⁵⁹ Der Handelsvertreter muss also darlegen und erforderlichenfalls beweisen, in welcher Weise er die Leistungen für seine Versorgung durch von ihm bereits erbrachte Leistungen verdient hat.

Zwar wird man davon auszugehen haben, dass der Handelsvertreter grundsätzlich auch die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe der durch die von ihm erbrachten Tätigkeiten verdienten Leistungen des vertretenen Unternehmers für seine Versorgung trägt. Hat der Unternehmer in dem von ihm vorformulierten Agenturvertrag jedoch keine klare Abgrenzung vorgenommen, ob und in welchem Umfang seine Leistungen für die Versorgung durch entsprechende Leistungen des Vertreters verdient sind, genügt der Vertreter der ihm obliegenden Darlegungslast für die Höhe der verdienten Leistungen, wenn er behauptet, auf welche Vertretertätigkeit welcher Anteil der Leistungen des Unternehmers entfallen soll. Will der Unternehmer von dieser Beurteilung abweichen, muss er im Einzelnen darlegen, welche Aufteilung der Leistungen nach dem Agenturvertrag angemessen ist.⁶⁰

Grundsätzlich obliegt demjenigen, der eine Leistungsbestimmung vornimmt, die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die von ihm getroffene Bestimmung gemäß § 315 Abs. 3 BGB der Billigkeit entspricht.⁶¹ Dies gilt auch für eine Leistungsbestimmung im Rahmen eines Agenturvertrags. Zugunsten des Handelsvertreters hat die Rechtsprechung die Beweislast jedoch für den Fall umgekehrt, dass der Unternehmer die Leistungsbestimmung nicht durchgeführt hat, obwohl er in dem von ihm formulierten Vertrag die Vergütung vorgegeben hat und ihm die Ausübung auch ohne weiteres hätte zugemutet werden können. Abweichend von den typischen Fällen einer einseitigen Leistungsbestimmung, in denen der Berechtigte sich das Leistungsbestimmungsrecht in der Ab-

sicht ausbedingt, von diesem Recht aus gegebenen Anlass Gebrauch zu machen, ist in dem besonderen Fall der Vorgabe einer undifferenzierten Vergütung durch den Unternehmer in einem Agenturvertrag eine Umkehrung der Beweislast sowohl aus dem Aspekt der Sachnähe des Anspruchsgegners als auch aus dem Gesichtspunkt der Verletzung der Aufklärungspflicht geboten.⁶² Der Beweislastumkehr liegt damit die Erwägung zu Grunde, dass der Unternehmer durch einseitige Vorgabe seiner Leistungen die Vergütung zwar im Hinblick auf Leistungen des Vertreters kalkuliert hat, er diese Regelung aber nicht in den Vertrag aufgenommen hat. Die Kalkulation einseitig vom Unternehmer vorgegebener Vergütungssätze vollzieht sich ausschließlich im räumlich-gegenständlichen Bereich des vertretenen Unternehmens. Aus diesem Grunde ist die Beweislastumkehr gerechtfertigt.⁶⁴

Nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ist davon auszugehen, dass es dem Unternehmer nach dem Handelsvertretervertrag auch obliegt, den Vertreter darüber aufzuklären, wie er die Leistung des Vertreters in Form der Betriebstreue kalkuliert hat, wenn er eine einheitliche Vergütung vorgibt. Denn erst dadurch, dass er die undifferenzierten Vergütungsbedingungen stellt, bringt er den Vertreter in Beweisnot zu bestimmen, welche Anteile der Leistungen für die Altersversorgung auf die von ihm erbrachte Betriebstreue entfällt und welche lediglich Fürsorgecharakter haben. Würde man dem Vertreter in dieser Situation die Darlegungs- und Beweislast dafür aufbürden, inwieweit die Versorgungsleistungen durch seine Betriebstreue verdient sind, so ließe dies unberücksichtigt, dass der Unternehmer den Vertreter durch die einseitige undifferenzierte Vorgabe der Vergütungsbedingungen erst in diese missliche Situation gebracht hat. Dies rechtfertigt es, den Unternehmer dafür als beweisbelastet anzusehen, dass die von dem Vertreter nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 315 f. BGB getroffene Einschätzung des auf die Betriebstreue entfallenden Anteils der Versorgungsleistungen unter Zugrundelegung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages der Billigkeit entspricht.

Behauptet der Vertreter, dass eine getroffene Abrede wegen Verletzung des Unabdingbarkeitsgrundsatzes gemäß § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB unverbindlich ist, so obliegt ihm nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für die Beschränkung des Ausgleichsanspruchs. Wendet der Vertreter gegen eine Vorauserfüllungsvereinbarung ein, diese sei wegen Verletzung des Unabdingbarkeitsgrundsatzes unwirksam und liegen Unlauterkeitsmerkmale vor, so kehrt die Rechtsprechung die Darlegungs- und Beweislast um.⁶⁵ Es ist nunmehr an dem Unternehmer vorzutragen und zu beweisen, dass die von ihm in Vorauserfüllung auf den Ausgleichsanspruch zugesagten Leistungen in Wirklichkeit nicht Vergütungen für andere Leistungen des Vertreters darstellen. Der Unternehmer kann demgegenüber nicht einwenden, die Beweislast sei für ihn unzumutbar, weil er dann, wenn er eine verdächtige Abrede trifft, auch die sich daraus ergebenden Folgen tragen muss.⁶⁶

Die Beweislast für das Vorliegen einer formularmäßigen Klausel trägt grundsätzlich derjenige, der sich auf den Schutz des AGBG beruft.⁶⁷ Bei der Verwendung eines gedruckten oder sonst vervielfältigten Klauselwerkes spricht der PrimaFacieBeweis für das Vorliegen eines Formularvertrages.⁶⁸ Eine Klausel mit Ausfülllücken begründet durch ihre äußere Erscheinungsform eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sie eine vorformu-

59 BGH, Ur. v. 23.05.1966, VertR-LS 18 = BGHZ 45, 268.

60 Vgl. BGH, Ur. v. 28. 04. 1988, VertR-LS 8 m.w.N. = WM 88, 1204, 1206.

61 BGH, Ur. v. 02.04.1964, BGHZ 41, 272, 279; BGH, Ur. v. 06.03.1986, BGHZ 97, 212, 223; OLG Hamm, Ur. v. 25.06.1993, NJW-RR 93, 1501, 1502; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 1981, § 315 Rz. 2; BGB-RGRK, 11. A. § 315 Rz. 5; Palandt-Heinrichs, BGB, 57. A. § 315 Rz. 19.

62 BGH, Ur. v. 17.05.1973 – VII ZR 151/71 – VertR-LS 2.

63 Vgl. BGH, Ur. v. 28. 04. 1988, VertR-LS 8 m.w.N. = WM 88, 1204, 1206, a.A. Schreiber, NJW 98, 3737, 3739.

64 Vgl. OLG Hamm, Ur. v. 21.11.1997, VertR-LS 23 = OLGR 98, 32.

65 BGH, Ur. v. 13.01.1972, VertR-LS 3, 19 = BGHZ 58, 60; offengelassen von OLG Karlsruhe, Ur. v. 12.12.1972, VertR-LS 24 = RVR 73, 41.

66 BGH, Ur. v. 13.01.1972 – VII ZR 81/70 – VertR-LS 20.

67 OLG München, Ur. v. 03.05.2000 – 7 U 2620/99 – VertR-LS 58.

68 OLG München, Ur. v. 03.05.2000 – 7 U 2620/99 – VertR-LS 59.

lierte Vertragsbedingung darstellt. Wird der Handelsvertreter im Text eines Handelsvertretervertrages stets nur mit seiner Berufsbezeichnung und nicht mit seinem Namen bezeichnet, so legt bereits die Formulierung des verwendeten Vertragstextes nahe, dass er insgesamt für eine Vielzahl von Anwendungsfällen eingesetzt werden kann und soll.⁶⁹ Hat der Unternehmer das Vertragsmuster des Handelsvertretervertrages in mindestens zwei weiteren Fällen mit jedenfalls teildentischem Inhalt verwendet, so spricht dies für das Vorliegen eines Formularvertrages i.S. des § 1 Abs. 1 AGBG.⁷⁰ Dass in einem Handelsvertretervertrag einige der Klauseln ganz offensichtlich individuell ausgehandelt worden sind (z.B. Festlegung des Vertragsgebietes; Regelungen zum Einsatz von Untervertretern), ändert am formularvertraglichen Charakter der übrigen Klauseln grundsätzlich nichts.⁷¹

4. Prüfungsfolge

Für die Frage, ob und in welcher Höhe der Ausgleichsanspruch durch Leistungen des vertretenen Unternehmers für die Altersversorgung des Vertreters unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit nach Maßgabe des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB gemindert wird, ergibt sich die folgende Prüfungsreihenfolge:

Zunächst ist zu ermitteln, ob und inwieweit die Versorgungszusage eine besonders günstige Vertragsbedingung darstellt. Hierbei ist zu differenzieren, ob Leistungen des vertretenen Unternehmers für die Altersversorgung des Vertreters ausschließlich Fürsorgecharakter haben oder ob sie als Vergütung für vom Vertreter erbrachte Leistungen anzusehen sind. Als Leistungen kommen dabei Vermittlungsleistungen des Vertreters, die Betriebstreue oder sonstige Leistungen in Betracht. In einem weiteren Schritt sind die jeweiligen Leistungen des Unternehmens für die Altersversorgung des Vertreters am Maßstab des Agenturvertrages danach zu bewerten, inwieweit sie durch den Vertreter verdient sind. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die auf den etwaigen verbleibenden anrechnungsfähigen Beitrag des Unternehmers zur Altersversorgung des Vertreters entfallenden Zinsen und

Gewinnanteile das Volumen der Anspruchsminderung nicht erhöhen. Sagt der Unternehmer eine Versorgung zu, ohne diese durch Beitragsleistungen aufzubauen, muss geprüft werden, welche Leistungen der Vertreter seit Erteilung der Versorgungszusage hätte erbringen müssen, um eine Altersversorgung mit dem Barwert der Versorgungszusage aufzubauen. Schließlich ist zu untersuchen, ob einer anspruchsmindernden Berücksichtigung der allein aus Mitteln des vertretenen Unternehmers resultierenden Versorgung anspruchserhaltende Gesichtspunkte gegenüberstehen. Erst nach der Kompensationsprüfung steht die tatsächliche Anspruchsminderung fest mit der Folge, dass der sich danach ergebende Ausgleichsbetrag geschuldet ist. Überschreitet das Ergebnis der Anspruchsvoraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 HGB den Höchstbetrag des Ausgleichs jedoch, ist keine Kürzung vorzunehmen.

5. Einzelne Versorgungsregelungen

Im Folgenden werden verschiedene Versorgungsregelungen der Praxis darauf untersucht, ob und in welchem Umfang die auf ihrer Grundlage erbrachten Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung unter dem Gesichtspunkt einer besonders günstigen Vertragsbedingung zu einer Ausgleichsminderung im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach Maßgabe der Vorschrift des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB führen.

a) Monatlicher Zuschuss zur Eigenversorgung des Vertreters

Teilweise gewähren Unternehmen dem Vertreter einen Zuschuss zu dessen selbst organisierter Alters-, Invaliditäts- und Krankenversorgung. Dies erfolgt in der Weise, dass der Vertreter nach Ablauf der als Probezeit angesehenen ersten sechs Monate der Laufzeit des Agenturvertrages auf seinen entsprechenden Antrag einen monatlichen Zuschuss erhält, mit dem er einen Teil der von ihm nachgewiesenen eigenen Vorsorgekosten bestreiten kann.

In diesem Fall erhält der Vertreter die Zuschüsse für seine Versorgungsaufwendungen unabhängig von der Dauer seiner Zugehörigkeit zum ver-

tretenen Unternehmen. Daraus, dass der Vertreter die Zuschüsse während der ersten sechs Monate nicht erhält, kann nicht gefolgert werden, der Vertreter habe die Zuschüsse bereits durch seine Betriebstreue verdient. Zum einen sehen die Parteien die ersten sechs Monate als Probezeit an, in der kein Anspruch auf Zahlung eines Zuschusses bestehen soll. Der Vertreter erhält den Zuschuss also nicht rückwirkend für den Zeitraum der Probezeit. Zum anderen wird der Zuschuss monatlich und damit für einen Zeitraum gewährt, der der gesetzlich vorgesehenen Mindestkündigungsfrist entspricht. Bei diesen Gegebenheiten ist kein Raum für die Annahme, dass der Vertreter den Zuschuss durch seine Betriebstreue verdient. Die Betriebstreue des Vertreters geht nämlich über das gesetzliche Mindestmaß der Bindung nicht hinaus. Da der Unternehmer die Zuschusszahlungen für die Versorgung nicht von der Erbringung bestimmter Leistungen des Vertreters abhängig macht, liegt eine Sonderleistung vor, die vom Fürsorgecharakter geprägt ist und der nicht der Charakter eines Entgelts für eine Leistung des Vertreters zukommt. Dieser Zuschuss stellt eine besonders günstige Vertragsbedingung dar. Der Unternehmer entlastet den Handelsvertreter im Umfang des Zuschusses von den Kosten für den Aufbau einer eigenen Versorgung für den Fall der Krankheit, der Invalidität und oder der Erreichung des Rentenalters. Diese Art der unternehmerseitigen Leistung für die Versorgung des Vertreters ist auch nicht durch eigene Leistungen verdient, die der Vertreter als Voraussetzung zum Erwerb des Zuschusses gegenüber dem vertretenen Unternehmer hätte erbringen müssen.

Auch eine anspruchsmindernde Berücksichtigung von Leistungen des Unternehmers für eine Berufsunfähigkeitsrente des Vertreters wird im Ergebnis zutreffend grundsätzlich als statthaft angesehen.⁷² Maßgeblich

69 OLG München, Urt. v. 03.05.2000 – 7 U 2620/99 – VertR-LS 60.

70 OLG München, Urt. v. 03.05.2000 – 7 U 2620/99 – VertR-LS 61.

71 OLG München, Urt. v. 03.05.2000 – 7 U 2620/99 – VertR-LS 62 unter Bezugnahme auf BGHZ 97, 215.

72 OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.12.1995, VertR-LS 10 = OLG 96, 128.

hierfür ist die Erwägung, dass der Vertreter auch insoweit von der eigenen Vorsorgeobliegenheit entlastet wird. Auch die Leistungen des Unternehmers für die Invaliditätsvorsorge des Vertreters können sich nur dann als besonders günstige Vertragsbedingung mindernd auf den Ausgleich auswirken, wenn sie nicht konditional mit einer Leistung des Vertreters verknüpft sind.

Zwar ist bisher von der Rechtsprechung nicht entschieden, ob Leistungen des Unternehmers für die Krankenversorgung des Vertreters anspruchsmindernd im Rahmen der Billigkeit zu berücksichtigen sind. Auch dieses ist im Ergebnis jedoch zu bejahen, weil der Vertreter auch insoweit von der Obliegenheit der eigenen Vorsorge entlastet wird.⁷³

Grundlage für die anspruchsmindernde Berücksichtigung der Zuschüsse für die Alters- Invaliditäts- und Krankenversorgung bildet nicht der Kapitalwert der Versorgung, sondern die Leistungen des Unternehmers für diese Versorgung. Der unter § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB anzurechnende Betrag der Zuschüsse ist nicht um etwaige darauf entfallende Zinsen zu erhöhen. Wie oben bereits erläutert, besteht ein Anspruch auf Verzinsung gemäß § 354 Abs. 2 HGB nicht.⁷⁴ Da ein Anspruch des Unternehmers auf Verzinsung der Zuschüsse für die Versorgung des Handelsvertreters nicht gegeben ist, kann eine anspruchsmindernde Berücksichtigung von Zinsen neben den Zuschüssen im Rahmen der Prüfung am Maßstab des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB auch nicht unter dem Aspekt gerechtfertigt werden, dass der Unternehmer die Zuschussleistungen für die Versorgung des Handelsvertreters schon frühzeitig vor der Entstehung des Ausgleichsanspruchs erbracht hat.

Das Ergebnis der Vorteils- und Verlustprognose vermindert sich folglich im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach Maßgabe der Vorschrift des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB um die Höhe der dem Vertreter insgesamt während der Laufzeit des Agenturvertrages gewährten Zuschüsse für die Alters- Invaliditäts- und Krankenversorgung, wenn und soweit

dem anspruchsmindernden Aspekt der besonders günstigen Vertragsbedingung in Form der Sonderleistungen zur Versorgung des Vertreters keine anspruchserhaltenden Billigkeitsschwerpunkte gegenüberstehen.

b) Betriebsrentenrechtlich unverfallbare Grundrente mit Leistungszuschlag

Wird die Altersversorgung in eine Grundrente und in einen Leistungszuschlag mit der Maßgabe aufgeteilt, dass dem Vertreter die Versorgung erst nach Vorliegen des § 1 Abs. 1 BetrAVG unverfallbar gewährt wird und ist der Leistungszuschlag abhängig davon, dass der Vertreter eine bestimmte Mindestprovision in dem jeweiligen Tätigkeitsjahr erzielt, so ist zwischen der Grundrente und dem Leistungszuschlag zu unterscheiden. Der Grundrente steht die mindestens zehnjährige Betriebstreue⁷⁵ des Vertreters als Leistung gegenüber. Demgegenüber handelt es sich bei dem Leistungszuschlag um eine Pensum- oder Staffelpension, mit der der Vertreter dafür vergütet wird, dass er einen der Mindestprovision entsprechenden Jahresumsatz erzielt hat.

Aus dem Schutzzweck der Vorschriften der §§ 87 a, 87 c HGB folgt, dass die Vergütungsregelung einem Rechtsformzwang unterliegt, soweit der Vertreter abhängig vom Eintritt eines Geschäftserfolges vergütet wird, den er durch eine Vermittlungsleistung herbeiführt. Dies ist insbesondere für so genannte Pensum- oder Staffelpensionen anerkannt, also für Vergütungen, die der Vertreter dafür erhält, dass er eine Summe von Geschäften einwirbt.⁷⁶ Der Leistungszuschlag darf wegen seines ausschließlichen Provisionscharakters nicht anspruchsmindernd in Ansatz gebracht werden.⁷⁷ Dies gilt im Ergebnis auch für die Grundrente, weil sie nach den Regeln des § 2 BetrAVG unverfallbar geworden ist. Auch insoweit liegt keine besonders günstige Vertragsbedingung in Form einer Sonderleistung vor. Soweit die Rentenwirtschaft nach dem Betriebsrentengesetz unverfallbar ist, sind die zugrunde liegenden Leistungen des Unternehmers für die Versorgung des Vertreters durch die Betriebstreue des Vertreters verdient.

c) Leistungsabhängige Leistungen für die Versorgung

Auch dann, wenn die Bestimmungen des Versorgungswerkes des vertretenen Unternehmers vorsehen, dass der Beitrag sich an dem Bruttoeinkommen des Vertreters orientiert und die Beiträge je zur Hälfte vom Unternehmer und vom Vertreter getragen werden, sind die von dem vertretenen Unternehmer eingezahlten Versorgungsanteile als Provision zu qualifizieren.

Sieht das Versorgungswerk darüber hinaus zwar eine bestimmte Mindestleistung durch den Unternehmer vor, soll aber die Versorgung nicht zustande kommen oder der Vertrag mit herabgesetzter Leistung unter Verwendung des vollen angesammelten Deckungskapitals beitragsfrei gestellt sein, wenn der Vertreter den ihm obliegenden Mindestbeitrag nicht aus seinem Bruttojahreseinkommen bedienen kann, sind die Beitragsleistungen des Unternehmers für die Versorgung selbst dann nicht als besonderes günstige Vertragsbedingung anzusehen, wenn dem Vertreter das Recht eingeräumt wird, die Differenz zwischen dem Mindestbeitragsanteil des vertretenen Unternehmens und dem insgesamt erforderlichen Mindestbeitrag aus eigenen Mitteln einzuzahlen. Bei der ausgleichsrechtlich gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise⁷⁸ ist die dargestellte Regelung der Altersversorgung darauf gerichtet, den Vertreter zu veranlassen, seine Tätigkeit danach auszu-

⁷³ Vom Standpunkt der bisher herrschenden Meinung kann eine anspruchsmindernde Berücksichtigung jedenfalls nicht mit einer funktionalen Verwandtschaft zwischen dem Ausgleichsanspruch und der Versorgung gerechtfertigt werden. Auch dieses offenbart, wie fragwürdig es ist, auf diesen Aspekt abzustellen.

⁷⁴ Vgl. dazu Evers/Kiene, ZfV 01, 618, 628f.

⁷⁵ Nach § 1 Abs. 1 BetrAVG ist alternative Unverfallbarkeitsvoraussetzung, wenn der Beginn der Betriebszugehörigkeit mindestens 12 Jahre zurückliegt und die Versorgungszusage für ihn mindestens drei Jahre bestanden hat.

⁷⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 23.05.1966 – VII ZR 223/64 – VertR-LS 2.

⁷⁷ Aus der Anwendung der Vorschriften über die Provision folgt im Übrigen auch, dass die Versorgungszusage insoweit auch Bestand hat, wenn sie nicht nach den Regeln über das BetrAVG unverfallbar geworden ist. Eine entgegenstehende Regelung ist nach den zwingenden Vorschriften der §§ 87 a Abs. 1 Satz 3, 92 Abs. 4 HGB unwirksam.

⁷⁸ Vgl. dazu BGH, Urt. v. 01.12.1983, VertR-LS 12 m.w.N. = NJW 84, 2695.

richten, dass er die Leistungen für die Versorgung aus seiner Provision decken kann. Es handelt sich bei der Regelung mithin nicht um eine reine Fürsorgeleistung. Sie macht Einzahlungen in das Versorgungswerk von der Erfüllung der Obliegenheit des Vertreters abhängig.

Der Vertreter muss erforderlichenfalls aus seinem Vermögen Aufwendungen für die vom Unternehmer zugesagte Versorgung erbringen. Zur Vermeidung dieses Rechtsnachteils wird der Vertreter durch die Regelung veranlasst, seine Vermittlungstätigkeit so auszurichten, dass die Mindestbeiträge mühelos aus dem Bruttojahreseinkommen des Vertreters bedient werden können. Unter diesen Umständen kann den Beiträgen nicht mehr ausschließlicher Fürsorgecharakter beigemessen werden. Eine anspruchsmindernde Berücksichtigung kommt daher auch nicht im Umfange des vom vertretenen Unternehmer zugesagten Mindestbeitragsanteils in Betracht.

d) Produktions- und betriebszugehörigkeitsbedingte Versorgungszusage

Eine weitere Variante der betrieblichen Altersversorgung sieht eine Kombination aus einer leistungsabhängigen Versorgungszusage in Form eines Grundrentenbetrages mit einer Steigerungsrate vor, die nach der Betriebszugehörigkeit des Vertreters bemessen wird. Grundsätzliche Voraussetzung für die Aufnahme in das Versorgungswerk ist danach, dass der Vertreter in vier aufeinanderfolgenden Jahren eine definierte Mindestsumme von Geschäften vermittelt. Ausgehend von dem danach erworbenen Anspruch auf die Grundrente erhöht sich die Rentenzusage nach der Länge der ab 5 Jahren andauernden Betriebszugehörigkeit des Vertreters.

Zwar tritt in diesem Fall die Unverfallbarkeit der Versorgungsanwartschaft nicht erst nach den Voraussetzungen des Betriebsrentengesetzes ein, so dass sich die Beurteilung hiernach nicht richten kann. Allerdings hat der zugesagte Grundrentenbetrag Provisionscharakter, weil die Versorgungszusage davon abhängig ist,

dass der Vertreter Geschäfte vermittelt. Unter diesen Umständen stellt der Grundrentenbetrag eine leistungsabhängige Pensumprovision dar, die dem Rechtsformzwang der Vorschriften der §§ 87 a, 87 c HGB unterliegt.⁷⁹ Die Leistung des Unternehmers ist, da abhängig von den Vermittlungserfolgen des Handelsvertreters gewährt, synallagmatisch mit der Vermittlungsleistung des Vertreters verknüpft. Sie kann sich daher im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach Maßgabe der Vorschrift des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB nicht mehr anspruchsmindernd auswirken.

Im Ergebnis gilt dies auch für die weitergehende Versorgungszusage in Form der Steigerungsrate. Sie ist abhängig von der Betriebszugehörigkeit des Handelsvertreters. Diese Zahlung ist somit nach dem Parteiwillen durch die Betriebstreue des Handelsvertreters verdient. Sie kann nicht anspruchsmindernd berücksichtigt werden.

e) Qualitätsbonus

Hängen die Leistungen des vertretenen Unternehmers für die Altersversorgung des Vertreters davon ab, ob der kumulierte Stornosatz des Vertreters am Schluss des maßgeblichen Produktionsjahres den durchschnittlichen Stornosatz der jeweiligen Organisation nicht übersteigt und ist des Weiteren ein maximaler Stornosatz festgelegt, dessen Überschreitung durch den Vertreter den Unternehmer von der Pflicht entbindet, Leistungen für die Altersversorgung des Vertreters zu erbringen, so kommt eine anspruchsmindernde Berücksichtigung dieser Leistungen im Ergebnis nicht in Betracht. Denn mit den Leistungen für die Altersversorgung vergütet der Unternehmer den Vertreter unter diesen Umständen für die Qualität der von diesem herbeigeführten und laufend betreuten Geschäftsverbindungen.

In dem Umfang, in dem eine synallagmatische Verknüpfung zwischen den Einzahlungen des Unternehmers für die Altersversorgung des Vertreters und der Leistung des Vertreters besteht, ist für eine anspruchsmindernde Berücksichtigung der Versorgung kein Raum.

f) Betriebsrentenrechtliche Grundrente mit Treue- und Leistungszuschlag

Teilweise wird die Versorgung auch in der Weise geregelt, dass sich der Aufbau der Versorgung des Vertreters aus drei Teilen zusammensetzt: einer Grundrente, einem Treuezuschlag und einem Leistungszuschlag. Dabei wird die Grundrente nach 10-jähriger ununterbrochener Zugehörigkeit erworben. Ab dem 11. Tätigkeitsjahr erhöht sie sich um den Treuezuschlag bis zum Ende der Betriebszugehörigkeit. Bei einer solchen Ausgestaltung sind alle Leistungen des Unternehmers für die Versorgung des Vertreters von Leistungen des Vertreters abhängig.

Die Grundrente ist von der Betriebsstreue abhängig, die der Vertreter bis zur Entstehung des gesetzlichen unverfallbaren Anspruchs gemäß § 1 BetrAVG leisten muss. Den gemäß § 1 BetrAVG mit einer Zugehörigkeit des Vertreters zum Außendienst des vertretenen Unternehmers nach 10 Jahren entstandenen unverfallbaren Anspruch auf die Rentenanswartschaft im Umfange der Grundrente hat der Vertreter durch die Betriebstreue verdient. Die Treuezuschläge ab dem 11. Jahr stellen nach dem Parteiwillen ausdrücklich eine für jedes weitere Jahr gewährte Honorierung der Betriebstreue des Vertreters dar. Ist danach der Treuezuschlag ab dem 11. Tätigkeitsjahr konditional mit der Betriebstreue des Vertreters verknüpft, bleibt bei diesen Gegebenheiten kein Raum, den Treuezuschlag unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit nach Maßgabe des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB anspruchsmindernd zu berücksichtigen.

Der Leistungszuschlag wiederum ist nur geschuldet, wenn und soweit der Handelsvertreter bestimmte Vermittlungserfolge erzielt hat. Er ist als Pensumprovision zu qualifizieren. Auch im Umfange des Leistungszuschlages ist eine Anrechnung der Altersversorgung auf den Ausgleichsanspruch im Rahmen der Vorschrift des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB nicht statthaft.

⁷⁹ Vgl. dazu Evers/Kiene, ZfV 01, 618, 622.

g) Wahlrecht zwischen Altersversorgung und Ausgleichsanspruch

In der Praxis sehen die Bestimmungen der Vorsorgungsvereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Vertreter teilweise auch vor, dass dem Vertreter ein Wahlrecht eingeräumt wird. Nach diesen vertraglichen Regelungen soll der Handelsvertreter für den Fall der Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs auf Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung verzichten. Eine solche Regelung verstößt gegen die zwingende gesetzliche Regelung des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB. Sie ist deshalb gemäß § 134 BGB unwirksam. Der Unabdingbarkeitsgrundsatz des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB verbietet nach dem Wortlaut der Vorschrift zwar nur vertragliche Regelungen, durch die der Ausgleichsanspruch im Voraus ausgeschlossen wird. Von dem Unabdingbarkeitsgrundsatz umfasst werden aber auch solche Regelungen, durch die der Ausgleich im Ergebnis mehr oder weniger eingeschränkt wird oder durch die die Durchsetzung des Anspruchs erschwert wird.⁸⁰ Es widerspricht Sinn und Zweck der Bestimmung des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB, dass dem Handelsvertreter ein Ausgleich nicht unverkürzt verbleibt, wie er ihm nach § 89 b HGB zusteht.⁸¹ Eine solche Verkürzung wird durch das Wahlrecht jedoch bewirkt.

Dass der Handelsvertreter das ihm eingeräumte Wahlrecht zwischen der Altersversorgung und dem Ausgleich regelmäßig erst nach Beendigung des Agenturvertrages ausübt, mithin zu einem Zeitpunkt, zu dem er in der Entscheidung darüber frei ist, ausgleichsabtägliche Vereinbarungen zu treffen, ändert nichts an der Unwirksamkeit des vereinbarten Wahlrechts. Denn das Wahlrecht legt bereits für die Zeit des Bestehens des Agenturvertrages fest, dass der Ausgleich künftig ausgeschlossen sein soll, wenn der Vertreter die Altersversorgung wählt. Wird damit vertraglich Jahre vor tatsächlicher und rechtlicher Beendigung der Zusammenarbeit bezüglich des Ausgleichsanspruchs und einem anderen Anspruch ein Alternativverhältnis des Inhalts vereinbart, dass der Handelsvertreter auf die Geltendmachung des unabdingbaren Ausgleichsanspruchs

verzichten muss, um die unverfallbare Anwartschaft in Anspruch nehmen zu können, liegt darin eine verbotswidrige Vorausfestlegung und Disposition über den Ausgleichsanspruch des § 89 b HGB, weil die Regelung darauf zielt, die Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs wirtschaftlich zu erschweren.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts gemäß § 141 BGB kann die Wahlrechtsvereinbarung keinen Bestand haben, weil die Bestätigung in Kenntnis der Nichtigkeit der vertraglichen Ausschlussregelung erfolgen muss. Jedenfalls hält die Klausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 9 AGBG nicht stand, weil der Handelsvertreter sein Wahlrecht auch schon vor Beendigung des Agenturvertrages ausüben kann. Nach dem Grundsatz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion kann das Wahlrecht nicht für den Fall aufrechterhalten bleiben, dass es erst nach Vertragsbeendigung ausgeübt wird.

Gleichzeitig verstößt die Vereinbarung des Wahlrechts für den Fall, dass der Handelsvertreter den Ausgleichsanspruch wählt, gegen § 3 Abs. 1 BetrAVG, weil er damit auf eine unverfallbare Versorgungsanwartschaft zugunsten des Ausgleichsanspruchs verzichtet. Auch insoweit ist die Wahlrechtsregelung daher gemäß § 134 BGB unwirksam. Nach der zwingenden Vorschrift des § 3 BetrAVG kann eine unverfallbare Versorgungsanwartschaft nicht abgefunden werden. Das Verbot des § 3 Abs. 1 BetrAVG erstreckt sich aber nicht nur auf Fälle, in denen ein Anspruch auf Altersversorgung abgefunden wird, sondern auch dann, wenn auf unverfallbare Versorgungsanwartschaften verzichtet wird. Zwar verbietet § 3 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG seinem Wortlaut nach nur die Abfindung und nicht den Verzicht einer Versorgungsanwartschaft. Da aber durch § 3 BetrAVG sichergestellt werden soll, dass die betriebliche Versorgungsleistung dem Begünstigten unter anderem auch im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses für den späteren Eintritt des Versorgungsfalles tatsächlich zur Verfügung steht, sind deshalb alle Verfügungen verboten, die dazu führen, dass bei Eintritt des Versor-

gungsfalles die unverfallbare Versorgungsanwartschaft nicht zur Verfügung steht.⁸²

Nach alledem ist einer Wahlrechtsregelung in einem Agenturvertrag mit der Maßgabe, dass der Handelsvertreter mit der Inanspruchnahme der Altersversorgung den Ausgleich verliert oder er mit der Geltendmachung des Ausgleichs einer unverfallbaren Rentenanswartschaft verlustig geht, sowohl nach der Regelung des § 89 b Abs. IV Satz 1 HGB als auch nach § 3 BetrAVG gemäß § 134 BGB die Wirksamkeit zu versagen. Dem Vertreter stehen daher bei Vertragsbeendigung beide Ansprüche unter den weitergehenden Voraussetzungen der Vorschriften des § 89 b HGB und des § 1 BetrAVG zu.⁸³

6. Zusammenfassung und Ausblick

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die herrschende Lehre die Rechtfertigung der Anrechnung von Leistungen des Unternehmers für die Altersversorgung des Vertreters auf dessen Ausgleich zu unrecht auf den Aspekt einer „funktionellen Verwandtschaft“ von Ausgleichsanspruch und Altersversorgung stützt. In seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1966 hat der BGH demgegenüber zutreffend erkannt, dass eine anspruchsmindernde Berücksichtigung der Leistungen des Unternehmers für die Versorgung des Vertreters im Rahmen der Billigkeit gemäß § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB nur unter dem Gesichtspunkt einer besonders günstigen Vertragsbedingung erfolgen kann.

Die Prüfung der Frage einer Anspruchsminderung unter dem anerkannten Billigkeitsgesichtspunkt einer besonders günstigen Vertragsbedingung wirkt keine Probleme im Hinblick auf eine Fälligkeitsdifferenz von Ausgleich und Versorgungsleis-

⁸⁰ OLG Hamm, Urte. v. 02.09.1999, VertR-LS 23 = EWIR 99, 1127 (v. Manteuffel/Evers).

⁸¹ Vgl. BGH, Urte. v. 11. 10. 1990, VertR-LS 13 m.w.N. = WM 91, 196.

⁸² BAG, Urte. v. 22.09.1987, VertR-LS 7 = BB 1988, 831, 832; Reuter, SAE 1983, 201; Richardi, RdA 83, 201; Stumpf, FS für Wilhelm Herschel, 1982, S. 409.

⁸³ A.A. LG Stuttgart, Urte. v. 15.06.2001 - 1 KfH O 167/00 - VertR-LS. Diese Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

tion auf. Unter dem Aspekt ist auch Raum für eine anspruchsmindernde Berücksichtigung von Leistungen des Unternehmers für die Krankenversorgung des Vertreters. Auf der anderen Seite zeigt die Prüfung an diesem Maßstab aber auch die Grenzen der Anrechenbarkeit auf: Leistungen für die Versorgung, die entweder in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu einer vom Vertreter zu erbringenden Leistung stehen oder die zumindest konditional mit einer vertreterseitigen Leistung verknüpft sind, können keine anspruchsmindernde Berücksichtigung erfahren, weil wegen der Leistungsverknüpfung keine besonders günstige Vertragsbedingung vorliegt.

Insbesondere in dem Umfang, in dem der Vertreter die Leistungen des Unternehmers für die Versorgung durch die Betriebstreue nach den zwingenden Bestimmungen des Betriebsrentengesetzes verdient hat, kommt eine anspruchsmindernde Berücksichtigung nicht in Betracht. Im Anwendungsbereich des BetrAVG wird sich eine abweichende Beurteilung kaum durchsetzen können, zumal der Versorgungsberechtigte nach allgemeiner Auffassung die Versorgungsleistung durch eigene Leistungen verdient hat. Wer den Handelsvertreter insoweit anders behandeln wollte als einen Arbeitnehmer, obwohl die Vorschriften des Betriebsrentengesetzes gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG entsprechende Anwendung finden, funktioniert nicht nur die betriebliche Altersversorgung in eine eigene Versorgung des Versorgungsberechtigten um, sondern erkennt auch, dass der Sinn des BetrAVG nicht darauf gerichtet ist, den Unternehmer von den Kosten für die Begleichung von Ausgleichsansprüchen zu entlasten. Soweit die Leistungen für die Versorgung als Provision i.S. des § 87 Abs. 1 HGB oder als Vergütung für eine sonstige Leistung des Vertreters zu qualifizieren sind, kommt eine anspruchsmindernde Berücksichtigung unter dem Aspekt einer besonders günstigen Vertragsbedingung ebenso wenig in Betracht.

Eine Prüfung des Umfangs der Anspruchsminderung am Maßstab einer besonders günstigen Vertragsbedingung führt ferner dazu, dass nicht der Barwert oder Kapitalwert der Versor-

sichtigt werden kann, sondern nur der Wert der Beiträge, die erforderlich sind, um den Versorgungsanspruch zu bilden. Der Vertreter wird nur insoweit vom Aufbau einer eigenen Versorgung entlastet, weil davon auszugehen ist, dass er die Vorsorgeaufwendungen aus seinen laufenden Einkünften bestreitet. Wird keine besondere Abrede darüber getroffen, dass die Leistungen für die Versorgung des Vertreters in Vorauserfüllung auf den Ausgleichsanspruch erfolgen, können sie nur im Rahmen der Billigkeit nach Maßgabe des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB anspruchsmindernde Wirkung entfalten, sofern ihnen keine anspruchserhaltenden Aspekte entgegenstehen. Die Analyse verschiedener Versorgungsregelungen der Praxis an den vorstehend aufgezeigten Maßstäben zeigt, dass eine anspruchsmindernde Berücksichtigung praktisch nur dann greifen kann, wenn die Leistungen des Unternehmers für die Versorgung des Vertreters ausschließlich Fürsorgecharakter haben, sie also weder von einer Mindestbetriebszugehörigkeit noch von sonstigen Leistungen des Vertreters abhängig gemacht

werden. Dies führt dazu, dass die Unternehmen, die ihre Leistungen für die Vertreterversorgung nicht als reine Fürsorgeleistungen ausgestaltet haben, sich darauf werden einrichten müssen, dass sie die Ausgleichsansprüche der betroffenen Vertreter künftig ungeschmälert zu befriedigen haben werden. Insoweit lässt sich die von den Vertretern monierte „Abzugspraxis“ nicht aufrechterhalten.

Nur dann, wenn die Unternehmer ihre Versorgungsregelungen konsequent so ausrichten, dass die Leistungen für die Versorgung des Vertreters von einer Leistung des Vertreters unabhängig sind, werden sie auch künftig in steueroptimaler Weise Vorsorge gegen die Belastung mit Ausgleichskosten bei Beendigung des Agenturvertragsverhältnisses treffen können. Um das Risiko auszuschalten, dass der Vertreter einer Minderung des Ausgleichs im Rahmen der Billigkeitskontrolle anspruchserhaltende Aspekte entgegenhält, empfiehlt es sich, die Leistungen für die Versorgung des Vertreters in Vorauserfüllung auf dessen Ausgleichsanspruch zu versprechen.

Gesellschaften

ERGO

Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge

Auch die ERGO Versicherungsgruppe wird mit ihren inländischen Tochtergesellschaften bis zum Ende des Jahres Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge abschließen. Zusätzlich sollen entsprechende Verträge auch bei den inländischen Gesellschaften auf den nachgelagerten Konzernebenen vereinbart werden. Hierdurch werde die Stellung der ERGO als Management- und Führungsholding der Gruppe weiter gestärkt. Dies führt auch zur Festigung der bereits bestehenden gewerbe- und umsatzsteuerlichen Organschaft und sei Voraussetzung für die körperschaftsteuerliche Organschaft, heißt es aus Düsseldorf.

ERGO hat mit ihrer ebenfalls börsennotierten Tochtergesellschaft Victo-

ria Versicherung AG einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen. Der Aufsichtsrat der Victoria Versicherung AG hat nunmehr beschlossen, den Victoria-Aktionären auf einer außerordentlichen Hauptversammlung am 17. Dezember 2001 in Düsseldorf die Zustimmung zu diesem Vertrag vorzuschlagen.

Für die Aktionäre der Victoria Versicherung sieht der Vertrag einen angemessenen Ausgleich (§ 304 AktG) und eine Barabfindung (§ 305 AktG) vor. Deren Höhe wurde durch ein Bewertungsgutachten ermittelt, dessen Ergebnis von einem gerichtlich bestellten Vertragsprüfer bestätigt wurde. Die Aktionäre erhalten damit die Möglichkeit, während der Dauer des Abfindungsangebots gegen eine Barabfindung von 1.750,57 Euro je Victoria-Aktie als Aktionär bei der Victoria Versicherung AG auszuscheiden.