

Die Nichtigkeit von Handelsvertreterverträgen wegen zu geringer Verdienstmöglichkeiten und ihre Rückabwicklung

Rechtsanwalt Jürgen Evers, Göttingen*

A. Einleitung und Problemstellung

In der täglichen Praxis häufen sich neuerdings Fälle, in denen Handelsvertreter aus den neuen Bundesländern, die für Unternehmer in den alten Bundesländern tätig sind, um Rechtsrat suchen, wie sie sich von Vertreterverträgen lösen können. Häufig liegen diesen Anfragen Verträge mit sogenannten Hungerprovisionen zugrunde. Gemeint sind damit Vergütungen, die so niedrig bemessen sind, daß sie kein ausreichendes Äquivalent für die vom Handelsvertreter geschuldeten Bemühungen darstellen und deshalb in einem Mißverhältnis zur geschuldeten Tätigkeit des Handelsvertreters stehen¹. Der Beitrag stellt die Rechtslage im Hinblick auf die Wirksamkeit der Vereinbarung sogenannter Hungerprovisionen dar. Dargestellt werden ferner die in der Praxis bedeutsamen gegenseitigen Rechte und Ansprüche der Parteien bei der Rückabwicklung nichtiger Handelsvertreterverträge.

I. Nichtigkeit der Handelsvertreterverträge wegen zu geringer Verdienstmöglichkeiten

1. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot

Zunächst stellt sich natürlich die Frage, ob Hungerprovisionen gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB verstoßen. Bei der Suche nach gesetzlichen Vorschriften, die eine Mindestgrenze für Provisionen von Handelsvertretern normieren, stößt man auf die gesetzliche Spezialregelung des § 92 a HGB. Diese Regelung soll Handelsvertreter begünstigen, die nicht für weitere Unternehmer tätig werden dürfen oder

BB 1992, 1366

denen dies nach Art und Umfang der von ihnen verlangten Tätigkeit nicht möglich ist (sog. Einfirmenvertreter²). Sinn und Zweck dieser Regelung bestehen darin, die notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der wirtschaftlich schwachen Einfirmenvertreter sicherzustellen³. § 92 a HGB räumt dem Bundesminister für Justiz jedoch lediglich die Möglichkeit ein, durch Rechtsverordnung die untere Grenze der vertraglichen Leistung der Unternehmer festzusetzen. Als bloße Verordnungsermächtigung enthält die Vorschrift keine im Verhältnis des Unternehmers zum Handelsvertreter verbindliche Regelung⁴. Die Vorschrift des § 92 a HGB allein stellt deshalb kein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB dar. Sie ermächtigt den Bundesminister für Justiz, eine Regelung im Sinne des § 134 BGB zu schaffen, indem er eine Rechtsverordnung erläßt, die eine Mindestvergütung normiert, deren Unterschreitung gegen § 134 BGB verstößt. Diese Ermächtigung hat der Verordnungsgeber bislang jedoch weder ausgeübt⁵, noch trägt er sich derzeit mit der entsprechenden Absicht⁶. De lege lata sind Hungerprovisionen deshalb nur daran zu messen, ob sie mit den guten Sitten zu vereinbaren sind.

2. Die Sittenwidrigkeit von Vergütungsregelungen

Nach § 138 Abs. 1 BGB ist ein Handelsvertretervertrag nichtig, wenn er gegen die guten Sitten verstößt. Dies ist gegeben, wenn ein besonders auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, das den Schluß auf eine verwerfliche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Vertragsteiles zuläßt, so daß das Rechtsgeschäft gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt⁷. Die Sittenwidrigkeit eines Vertrages ist nach seinem Gesamtcharakter zu beurteilen, wie er sich aus seinem Inhalt, den Beweggründen der Beteiligten und dem von ihnen verfolgten Zweck ergibt⁸. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Handelsvertreterverhältnis wegen zu geringer Verdienstmöglichkeiten des Handelsvertreters nichtig ist oder nicht, muß berücksichtigt werden, daß ein Handelsvertreter ein persönlich selbständiger Gewerbetreibender ist und er somit regelmäßig selbst das Risiko trägt, ob seine Tätigkeit verdienstbringend ist oder nicht⁹. Die Sittenwidrigkeit eines Handelsvertretervertrages kommt nur in Betracht, wenn ein Gewinn infolge besonders harter Vertragsbedingungen in keinem Falle hätte herausgewirtschaftet werden können¹⁰, so daß dem Unternehmer einseitig und unangemessen ein Vorteil zufließt, den er redlicherweise nicht beanspruchen kann¹¹. Nur unter diesen Voraussetzungen kann auf eine verwerfliche Gesinnung des Unternehmers geschlossen werden.

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Grundsätze wird deutlich, daß ein mit Verlust abschließendes Ge-

schäftsergebnis des Handelsvertreters für sich allein noch keinen verwertbaren Anhaltspunkt für die Annahme bietet, daß der ihm zugrundeliegende Handelsvertretervertrag sittenwidrig ist¹². Nicht ausreichend ist es auch, wenn sich eine anfänglich erfolversprechende Vertretung nicht mehr lohnt. In diesem Fall liegt es allein im Verantwortungsbereich des Handelsvertreters, daß seine Tätigkeit nicht mehr gewinnbringend ist. Folgerichtig hat der Handelsvertreter nicht einmal das Recht, fristlos zu kündigen, wenn sich die Handelsvertretung nicht mehr lohnt¹³. Umstände aus dem Risikobereich des Kündigenden begründen grundsätzlich kein Kündigungsrecht¹⁴. Grundsätzlich ist es auch die alleinige Angelegenheit des Handelsvertreters, das kaufmännische Risiko einer von ihm zu übernehmenden Handelsvertretung zu beurteilen¹⁵. Unter normalen Umständen wird man daher erwarten dürfen, daß sich der Handelsvertreter vor dem Vertragsschluß darüber informiert, ob der zu betreuende Bezirk eine ausreichende Existenzgrundlage bietet¹⁶.

Anders ist die Rechtslage jedoch, wenn die Hungerprovision auf Ursachen beruht, die von vornherein dem vom Handelsvertreter zu verantwortenden Bereich entzogen sind. Dies ist anzunehmen, wenn ein Unternehmer den Handelsvertreter in Kenntnis der wirtschaftlichen Sinnlosigkeit mit der Bearbeitung eines hoffnungslosen Gebietes betraut¹⁷ oder der Unternehmer eine Notlage des Handelsvertreters ausnutzt, um eine Hungerprovision durchzusetzen¹⁸. Schließlich liegen die Ursachen für eine Hungerprovision nicht im Verantwortungsbereich des Handelsvertreters, wenn dieser für die Bearbeitung eines Gebietes eine die Reisekosten nicht deckende Provision erhält, obwohl die Reiseaufwendungen z. B. wegen des Gebietsumfanges, schlechter Nachrichtenverbindungen und anderer, vom Handelsvertreter nicht zu vertretender Gründe unumgänglich sind. In allen genannten Fällen muß allerdings hinzukommen, daß der Handelsvertreter ausschließlich für einen Unternehmer tätig werden kann oder darf¹⁹. Denn das Risiko, ob seine Tätigkeit verdienstbringend ist oder nicht, kann der Handelsvertreter nur insoweit tragen, als er sich nicht in persönlicher Abhängigkeit befindet²⁰. Bindet der Unternehmer den Handelsvertreter ausschließlich an sich, ist der Unternehmer zum einen für den im Verhältnis zum Ertrag kaufmännisch unvertretbar großen Kostenaufwand des Handelsvertreters verantwortlich, wenn er die Leistung der geschuldeten Vermittlungstätigkeit in einem durch die Größe oder innere Struktur ertragsschwachen Vertragsgebiet verlangt. Zum anderen nimmt der Unternehmer dem Handelsvertreter durch die ausschließliche Bindung die Möglichkeit, seine Kosten auf ein kaufmännisch vertretbares Maß zu senken,

BB 1992, 1367

indem er sachverwandte, nicht konkurrierende weitere Vertretungen übernimmt²¹.

Steht es dem Handelsvertreter dagegen frei, weitere Unternehmen zu vertreten, und hat er damit die Möglichkeit, sich weitere Einkunftsquellen zu erschließen, liegt es also grundsätzlich nicht im Risikobereich des Unternehmers, ob die Tätigkeit des Handelsvertreters diesem die Möglichkeit eröffnet, Gewinne zu erwirtschaften. Dies gilt auch dann, wenn der Handelsvertreter für mehrere Unternehmer tätig ist, er aber gleichwohl nicht sein Existenzminimum verdient. Praktisch werden deshalb die Fälle sittenwidriger Hungerprovisionen auf arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter i. S. des § 92 a HGB beschränkt bleiben, die vertraglich nicht für weitere Unternehmer tätig werden dürfen (sog. Einfirmenvertreter kraft Vertrages)²³ oder denen dies nach Art und Umfang der Tätigkeit nicht möglich ist (sog. Einfirmenvertreter kraft Weisung)²⁴.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, daß der Handelsvertreter nicht schon als Einfirmenvertreter kraft Vertrages zu qualifizieren ist, wenn er sich vertraglich verpflichtet, dem Unternehmer sein ganzes Wissen und Können und seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Denn hier handelt es sich in erster Linie um eine qualitative Bestimmung des Arbeitseinsatzes, die den Handelsvertreter, sofern nicht weitere einschränkende Bestimmungen vereinbart wurden, nicht hindert, auch für andere Unternehmen tätig zu werden²⁵. Macht der Vertrag die Übernahme einer weiteren Vertretung von der Zustimmung des Unternehmers abhängig, ist der Handelsvertreter dagegen als Einfirmenvertreter kraft Vertrages anzusehen, solange der Unternehmer der Übernahme einer weiteren Vertretung nicht zugestimmt hat²⁶. Kraft Weisung wird ein Handelsvertreter zum Einfirmenvertreter, wenn die ihm vom Unternehmer zugewiesene Tätigkeit es einem Handelsvertreter mit durchschnittlichen Fähigkeiten unmöglich macht, eine weitere Vertretung zu übernehmen²⁷.

Sind auch die Ursachen für die Hungerprovision dem vom Handelsvertreter zu verantwortenden Bereich entzogen, ist damit allerdings noch keine abschließende Aussage darüber getroffen, ab wann konkret von einem be-

sonders auffälligen Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gesprochen werden kann, das Rückschlüsse auf eine verwerfliche Gesinnung des Unternehmers zuläßt. Für diese Frage kann es zunächst nicht darauf ankommen, ob und in welcher Höhe der Unternehmer Gewinne erzielt. Der Vorteil des Unternehmers liegt in der für ihn erbrachten Vermittlungsleistung an sich. Das Wertverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen ist nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen²⁸. Daher ist in aller Regel auf die Vermittlungsleistung als solche, deren Dauer und Schwierigkeitsgrad, auf die körperliche und geistige Beanspruchung abzustellen und nicht etwa auf den sog. Aneignungswert für den Unternehmer²⁹.

Als Grundlage für die Entscheidung der Frage, ob Leistung und Gegenleistung in sittenwidriger Weise divergieren, kommt ein Vergleich mit der Entlohnung von Tätigkeiten ähnlichen Zuschnitts³⁰ oder der üblichen Vergütung der Wirtschaftsbranche³¹ zumeist schon deshalb nicht in Betracht, weil es regelmäßig an solchen, auch hinsichtlich der Kostenstruktur vergleichbaren Tätigkeitsvergütungen fehlen dürfte. Nach dem maßgeblichen Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden³² läßt eine Divergenz zwischen Leistung und Gegenleistung aber auch nicht erst dann den Schluß auf eine verwerfliche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Unternehmers zu, wenn das Geschäftsergebnis des Handelsvertreters mit einem Verlust abschließt. Denn dies würde dem durch § 92 a HGB anerkannten besonderen Schutzbedürfnis der hier allein in Betracht kommenden arbeitnehmerähnlichen Einfirmenvertreter nicht hinreichend Rechnung tragen. Immer schon dann, wenn die Provisionen und Aufwandsentschädigungen des Handelsvertreters so niedrig sind, daß ihm trotz aller Mühe³³ nicht einmal mehr ein Einkommen in Höhe des gemäß §§ 850 c ff. ZPO pfändungsfreien Betrages zum Leben verbleibt³⁴, ist von einem besonders auffälligen Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auszugehen, das Rückschlüsse auf eine verwerfliche Gesinnung des Unternehmers zuläßt. Starthilfen und Vorschüsse, die der Unternehmer dem Handelsvertreter mit der Maßgabe gezahlt hat, sie mit Provisionen zu verrechnen, sind bei der Prüfung der Einkünfte nicht zu berücksichtigen, wenn der Handelsvertreter zur Rückerstattung dieser Zahlungen verpflichtet ist.

Im Gegenschluß aus § 138 Abs. 2 BGB folgt, daß ein bloßes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht dazu führt, daß das Rechtsgeschäft allein wegen seines Inhaltes sittenwidrig ist³⁵. Zu dem objektiven Mißverhältnis muß in subjektiver Hinsicht noch eine verwerfliche Gesinnung des übermäßige Vorteile beanspruchenden Vertragsteils hinzukommen³⁶, die den Vertrag nach seiner sich aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtgestaltung als sittenwidrig erscheinen läßt³⁷. Aus verwerflicher Gesinnung handelt der Unternehmer, wenn er sich böswillig oder grob fahrlässig der Erkenntnis verschließt, daß sich der Handelsvertreter nur aus einer mißlichen Lage heraus auf die schweren Bedingungen einläßt³⁸ oder die schwächere Lage des Handelsvertreters rücksichtslos zu seinem eigenen Vorteil ausnutzt³⁹.

Für die verwerfliche Gesinnung spricht grundsätzlich eine tatsächliche Vermutung, wenn ein besonders auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht⁴⁰.

BB 1992, 1368

Bisher nicht erörtert ist allerdings die Frage, ob eine verwerfliche Gesinnung des Unternehmers auch dann tatsächlich zu vermuten ist, wenn die Provisionen und Aufwandsentschädigungen des Handelsvertreters so niedrig sind, daß dem Handelsvertreter trotz aller Mühe kein Einkommen in Höhe des Pfändungsfreibetrages verbleibt. Gegen die tatsächliche Vermutung spricht nicht schon, daß Minderkaufleuten im Zusammenhang mit Kreditgeschäften grundsätzlich keine Beweiserleichterung durch die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des Kreditgebers zuteil werden soll⁴¹, weil von ihnen generell eine gewisse Geschäftserfahrung und mithin die Fähigkeit erwartet wird, das erhebliche Risiko eines Kreditvertrages einschätzen zu können⁴². Diese für Kreditverträge entwickelten Grundsätze lassen sich nicht auf Handelsvertreterverträge mit Hungerprovisionen übertragen, auch wenn es sich bei den Handelsvertretern gemäß § 1 Abs. 1, 2 Nr. 7 i. V. m. § 4 HGB um Minderkaufleute handelt, zumal Einfirmenvertretungen der hier behandelten Art im Hinblick auf ihren Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Denn die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des Unternehmers bei Handelsvertreterverträgen mit Hungerprovisionen ist aus folgenden Gründen gerechtfertigt. Zum einen wird die tatsächliche Vermutung dem Umstand gerecht, daß der hier allein in Betracht kommende arbeitnehmerähnliche Einfirmenvertreter gegenüber dem Unternehmer eine schwächere Position hat, die einem mit § 92 a HGB im Grundsatz anerkannten besonderen Schutzbedürfnis ent-

spricht. Zum anderen spricht für die Vermutung, daß bereits bei der Prüfung der objektiven Umstände der Sittenwidrigkeit zu berücksichtigen ist, daß der Handelsvertreter regelmäßig selbst das Risiko trägt, ob seine Tätigkeit verdienstbringend ist. Aus diesem Grunde kommt eine objektive Sittenwidrigkeit des Handelsvertretervertrages überhaupt nur unter den geschilderten engen Voraussetzungen in Frage. Vor allem aber ist die tatsächliche Vermutung der verwerflichen Gesinnung gerechtfertigt, weil nach aller Lebenserfahrung in der Regel außergewöhnlich hohe Leistungspflichten bei extrem niedrigen Gegenleistungen nur aus der Position der eigenen Schwäche heraus akzeptiert zu werden pflegen⁴³. Dies muß erst recht gelten, wenn die umfangreichen Leistungspflichten eine Vermittlungstätigkeit zum Inhalt haben, mit der der Handelsvertreter gegenüber dem Unternehmer in Vorleistung treten muß.

Für die verwerfliche Gesinnung des Unternehmers spricht daher eine tatsächliche Vermutung, wenn die Provisionen und Aufwandsentschädigungen des Handelsvertreters so niedrig sind, daß dem Handelsvertreter trotz aller Mühe kein Einkommen in Höhe des Pfändungsfreibetrages verbleibt. Denn nach der Lebenserfahrung ist unter diesen Umständen davon auszugehen, daß der Unternehmer aus der schwächeren Lage des Handelsvertreters übermäßig Vorteile ziehen will⁴⁴. In subjektiver Hinsicht ist daher nur erforderlich, daß dem Unternehmer die wesentlichen Umstände bekannt sind, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt⁴⁵. Nicht maßgeblich ist, ob der Unternehmer sein Handeln auch für sittenwidrig hält⁴⁶.

Nach gefestigter Rechtsprechung muß bei der Prüfung, ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, auf den Zeitraum seiner Vornahme abgestellt werden, soweit das Rechtsgeschäft nicht nachträglich geändert oder durch eine Zusatzvereinbarung ergänzt wird⁴⁷. Daraus leitet das LAG Hamm den Schluß her, daß es in Fällen der Hungerprovision nicht um die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes gehe, sondern darum, daß der Unternehmer nach § 242 BGB die für eine zulässige Rechtsausübung gesetzten Schranken in sittenwidriger Weise überschreitet, wenn er die Erfüllung der Vertragspflichten für eine Hungerprovision verlangt⁴⁸. Dem kann nicht zugestimmt werden. Denn Verträge mit Hungerprovisionen werden nicht erst mit dem Erfüllungsverlangen des Unternehmers sittenwidrig, sondern sie sind es schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, weil die gegenseitigen vertraglichen Leistungspflichten schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einem Mißverhältnis stehen. Nur wenn das Leistungsmißverhältnis durch eine später eintretende Wertveränderung eintritt, kann dem Erfüllungsverlangen die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegengehalten werden, weil das Verpflichtungsgeschäft wirksam bleibt⁴⁹. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Vertrag von vornherein erkennen läßt, daß dem Handelsvertreter danach keine Chance bleibt, Einkünfte auch nur in Höhe des Existenzminimums zu erzielen. In einer solchen Situation wäre es dem Handelsvertreter auch nicht zuzumuten, in Vorleistung zu treten, damit die Hungerprovision sich realisiert und das Leistungsverlangen sich als unzulässige Rechtsausübung erweist. Für die Feststellung der Sittenwidrigkeit kommt es deshalb allein darauf an, ob die nach dem Rechtsgeschäft gegenseitig geschuldeten Leistungen ein so deutliches Mißverhältnis erkennen lassen, daß dem Handelsvertreter nicht die Möglichkeit eingeräumt wird, Einkünfte auch nur in Höhe des Existenzminimums zu erzielen.

Entsprechend dem Grundsatz, daß derjenige, der sich auf eine anspruchsvernichtende Norm beruft, deren Voraussetzungen darlegen und beweisen muß, trägt der Handelsvertreter die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Umstände, die die Sittenwidrigkeit des Handelsvertretervertrages begründen⁵⁰. Soweit die verwerfliche Gesinnung des Unternehmers vermutet wird, muß der Unternehmer diese tatsächliche Vermutung entkräften, indem er Umstände darlegt und beweist, die eine verwerfliche Gesinnung ausschließen. Die Vermutung kann der Unternehmer aber nicht schon durch den Nachweis entkräften, daß die Anregung zum Abschluß des Vertrages von dem Handelsvertreter ausging. Denn dies schließt eine verwerfliche Gesinnung des Unternehmers grundsätzlich nicht aus⁵¹.

Handelsvertreterverträge mit Hungerprovisionen verstoßen also regelmäßig gegen § 138 Abs. 1 BGB, wenn

- (1) der Handelsvertreter als Einfirmenvertreter i. S. des § 92 a HGB anzusehen ist, und
- (2) der Vertrag für die vom Handelsvertreter geschuldete Tätigkeit aus Gründen, die seinem Verantwortungsbereich entzogen sind, eine Vergütung verspricht, die dem Handelsvertreter trotz aller Mühe nicht die Möglichkeit läßt, Einkünfte auch nur in Höhe des gemäß §§ 850 c ff. ZPO pfändungsfreien Betrages zu erzielen.
- (3) In subjektiver Hinsicht ist schließlich erforderlich, daß dem Unternehmer die vorstehenden Umstände be-

kannt sind.

II. Rechtsfolgen nichtiger Provisionsvereinbarungen

Hinsichtlich der Rechtsfolgen, die eine gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoßende Provisionsvereinbarung auslöst, stellt sich

BB 1992, 1369

zunächst die Frage, ob der Handelsvertreter auch künftig durch den Vertrag verpflichtet bleibt. Davon zu unterscheiden sind die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 138 BGB für ein in der Vergangenheit praktiziertes Handelsvertreterverhältnis.

1. Wirksamkeit des Vertrages für die Zukunft

Der Handelsvertreter ist vertraglich nur dann nicht mehr verpflichtet, seine Vermittlungsleistung zu erbringen, wenn der gesamte Handelsvertretervertrag nichtig ist. Ob zu geringe Verdienstmöglichkeiten des Handelsvertreters gemäß § 138 BGB mit Wirkung für die Zukunft zur Nichtigkeit des Vertrages insgesamt führen oder der Vertrag im übrigen fortbesteht, ist in Rechtsprechung und Literatur nicht eindeutig geklärt. Die Nichtigkeit eines Handelsvertretervertrages wegen eines vereinbarten Hungerlohnes wurde - soweit ersichtlich - bislang in keinem Fall obergerichtlich festgestellt⁵². In einer früheren Entscheidung hat der BGH allerdings zu erkennen gegeben, daß die sittenwidrige Vereinbarung einer Hungerprovision zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führt⁵³. Auch das Oberlandesgericht Nürnberg räumte prinzipiell die Möglichkeit ein, daß ein Handelsvertretervertrag wegen Ausbeutung der Arbeitskraft des Handelsvertreters gemäß § 138 BGB insgesamt nichtig sein könne, ohne allerdings im konkreten Fall die Nichtigkeit des Vertrages festzustellen⁵⁴.

Ob die Vereinbarung einer Hungerprovision mit Wirkung für die Zukunft zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führt, wird in der Literatur teilweise verneint⁵⁵. Unter Hinweis auf § 139 BGB heißt es zur Begründung, eine Nichtigkeit des gesamten Geschäftes komme nicht in Betracht. An die Stelle der nichtigen vereinbarten Hungerprovision trete vielmehr die gesetzliche Regelung des § 87 b HGB⁵⁶. Zumeist lasse sich die einzelne Vertragsbestimmung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ersetzen⁵⁷. Andere halten den Handelsvertretervertrag für insgesamt nichtig gemäß § 138 BGB, wenn der Handelsvertreter auch bei gewissenhaftester Geschäftsführung in keinem Fall einen Gewinn herauswirtschaften kann⁵⁸ bzw. eine Hungerprovision vereinbart worden ist⁵⁹ und es dem Handelsvertreter nach dem Vertrag untersagt ist, für weitere Unternehmer tätig zu werden⁶⁰.

Vorzuziehen ist die Literaturauffassung, die von der Nichtigkeit des gesamten Vertrages ausgeht. Zwar ergibt sich aus einer Reihe von zwingenden Vorschriften (insb. §§ 85, 86 b, 87 a, 89 Abs. 3, 89 a, 90 a HGB), daß eine dagegen verstoßende Einzelvereinbarung die Rechtswirksamkeit des Handelsvertretervertrages insgesamt nicht in Frage stellt, und daß der Vertrag den diesen zwingenden Bestimmungen entsprechenden Inhalt ohne Rücksicht auf den insoweit abweichenden Willen der Parteien erhält⁶¹. Im Falle der Vereinbarung eines Hungerlohnes wird aber nicht gegen eine der vorgenannten zwingenden Vorschriften verstoßen.

Auch aus der Vorschrift des § 87 b Abs. 1 HGB kann kein Argument gewonnen werden, das gegen die Nichtigkeit des Handelsvertretervertrages mit einer Hungerprovisionsregelung spräche. Nach dieser Norm ist der übliche Satz nur dann als vereinbart anzusehen, wenn weder ausdrücklich noch konkludent eine Regelung über die Provisionshöhe getroffen worden ist, was bei zu niedrigen Vergütungsregelungen gerade nicht zutrifft. Etwas anderes kann auch nicht etwa deshalb gelten, weil selbst im Falle eines Dissenses der Parteien über die Höhe der Provision regelmäßig nicht von der Nichtigkeit des Vertrages auszugehen ist⁶². Denn die Nichtigkeitsfolge im Falle des Dissenses läßt sich nur umgehen, wenn eine Möglichkeit besteht, die durch eine fehlende Provisionsvereinbarung entstandene Vertragslücke zu schließen⁶³. Davon kann bei sittenwidrigen Hungerprovisionsregelungen nicht ausgegangen werden. Die ergänzende Vertragsauslegung dient nicht dem Zweck, einen erklärten Parteiwillen zu korrigieren⁶⁴. Dies gilt auch dann, wenn das Vereinbarte der Verkehrssitte nicht entspricht⁶⁵.

Folgerichtig ist auch gemäß § 139 BGB nicht ausnahmsweise davon auszugehen, daß der Handelsvertretervertrag bei Vereinbarung einer Hungerprovision im übrigen wirksam bleibt. Denn dies setzt voraus, daß anzunehmen ist, der Vertrag sei auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden. Die Aufrechterhaltung des Vertrages mit einer angemessenen Provisionsregelung müßte also dem wirklichen oder mutmaßlichen Parteiwillen ent-

sprechen⁶⁶. Davon kann keine Rede sein bei einer Provisionsvereinbarung, die in der konkreten Ausgestaltung gegen die guten Sitten verstößt, weil ihre auf Kosten des Handelsvertreters erfolgende Begünstigung der Interessen des Unternehmers das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden verletzt. Solche Vereinbarungen tragen eher die Vermutung, daß dem Unternehmer gerade nicht an der Fortsetzung des Handelsvertretervertrages mit einem ausgewogenen Verhältnis des Leistungsaustausches gelegen ist. Die Vereinbarung läßt im Gegenteil eher den Schluß darauf zu, daß der Unternehmer mit ihr allein den Zweck verfolgte, seine eigenen Interessen auf Kosten des Handelsvertreters durchzusetzen. Unter diesen Umständen fällt es schwer anzunehmen, der Unternehmer sei auch bei einer ausgewogenen Provisionsregelung zur Fortsetzung des Vertrages bereit. Im Grundsatz erstreckt sich die Nichtigkeit der Provisionsregelung deshalb auf den gesamten Vertrag mit der Folge, daß der gesamte Vertrag nichtig ist⁶⁷.

Ist der Vertrag infolge der sittenwidrigen Provisionsvereinbarung nichtig, kann sich der Handelsvertreter durch einfache Erklärung von dem Vertrag lossagen, ohne daß die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung aus

BB 1992, 1370

wichtigem Grund vorzuliegen brauchen⁶⁸. Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht der Literaturmeinung folgt, nach der die Vereinbarung einer Hungerprovision nicht zur Nichtigkeit des Handelsvertretervertrages führt, kann sich der Handelsvertreter gleichwohl mit sofortiger Wirkung vom Vertrag lösen, indem er gemäß § 89 a HGB fristlos aus begründetem Anlaß kündigt. Ein Grund zur fristlosen Kündigung liegt vor, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Handelsvertretervertrages bis zum Ablauf der ordnungsgemäßen Kündigungsfrist nach den gesamten Umständen des Einzelfalls nicht zugemutet werden kann⁶⁹. Wenn dem Handelsvertreter nicht einmal mehr die Möglichkeit verbleibt, das Existenzminimum zu erreichen, ist ihm ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar⁷⁰. Ebensowenig ist es dem Handelsvertreter zuzumuten, bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin am Vertrag festzuhalten, wenn er unvermeidlich in seiner Existenz gefährdet ist⁷¹.

2. Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit des Vertrages für die Vergangenheit

Würde die Rechtsfolge der Nichtigkeit den Handelsvertretervertrag auch für die Vollziehung des Vertrages in der Vergangenheit erfassen, führte dies zu einer Rückabwicklung des Vertrages unter den Parteien nach Maßgabe der §§ 812 ff. BGB. Fordert der Handelsvertreter vom Unternehmer Wertersatz für die von ihm erbrachte Vermittlungsleistung, könnte der Unternehmer gemäß § 818 Abs. 3 BGB die Einrede erheben, die Vermittlungsleistung des Handelsvertreters sei für ihn nicht von wirtschaftlichem Wert gewesen. Abweichend von der zwingenden Regelung des § 87 a Abs. 5 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 HGB könnte der Handelsvertreter auch insoweit keinen Wertersatz für die von ihm erbrachte Vermittlungsleistung verlangen, soweit der Unternehmer die vermittelten Geschäfte aus von ihm zu vertretenden Gründen ganz oder teilweise nicht ausführt. Des weiteren könnte der Unternehmer die Einrede erheben, entreichert zu sein. Dies zeigt, daß eine Beschränkung der Rückabwicklung auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung mit untragbaren Unzulänglichkeiten behaftet ist. Zu Recht wird daher auch in Rechtsprechung⁷² und Literatur⁷³ überwiegend anerkannt, daß die Lehre vom faktischen Vertrag auf nichtige Handelsvertreterverträge angewendet werden kann. In den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen der Anwendung der Lehre vom faktischen Vertrag beruhte die Nichtigkeit zwar entweder auf einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)⁷⁴ oder sie war die Folge einer Anfechtung des Handelsvertretervertrages (§ 142 BGB)⁷⁵. Es sind jedoch keine Gründe ersichtlich, in Fällen der Nichtigkeit wegen des Verstoßes gegen § 138 BGB von der Anwendung der Lehre vom faktischen Vertrag abzusehen. Nach dieser Lehre ist der wegen Verstoßes gegen § 138 BGB sittenwidrige Vertrag für den zurückliegenden Zeitraum als gültig anzusehen.

Nach zutreffender Auffassung des BGH ist die Anwendung der im Arbeitsrecht entwickelten Lehre vom faktischen Vertrag auf selbständige Handelsvertreter allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn sich aus den gesamten Umständen eindeutig eine wirtschaftliche und soziale Überlegenheit des Unternehmers ergibt, die das Vertragsverhältnis der Parteien einem abhängigen Dienstverhältnis annähert⁷⁷. Da die Sittenwidrigkeit des Handelsvertretervertrages wegen zu geringer Verdienstmöglichkeiten grundsätzlich nur bei arbeitnehmerähnlichen Einfirmenvertretern in Betracht kommt, sind im Zusammenhang mit Hungerprovisionen kaum Fallgestaltungen denkbar, in denen es am Erfordernis einer wirtschaftlichen und sozialen Überlegenheit des Unternehmers fehlt.

Nach der Lehre vom faktischen Vertrag darf der praktizierte Handelsvertretervertrag zwar nicht so schwer mangelhaft sein, daß die Anerkennung quasivertraglicher Ansprüche den der geltenden Rechtsordnung immanenten ethischen Wertungen und Grundprinzipien und den darauf beruhenden Grundüberzeugungen unserer Gesellschaft widerspricht⁷⁸. Es widerspricht jedoch nicht den Grundwerten und -prinzipien unserer Rechtsordnung, aus einem Vertrag mit einer Hungerprovision Ansprüche herzuleiten. Deshalb ist die Lehre vom faktischen Vertrag regelmäßig auf in Vollzug gesetzte Handelsvertreterverträge anzuwenden, die wegen zu geringer Provisionen sittenwidrig sind.

III. Die Rückabwicklung nichtiger Verträge

Bei der Rückabwicklung vollzogener Handelsvertreterverträge, die wegen zu geringer Verdienstmöglichkeiten nichtig sind, können die Vertragsparteien die folgenden Ansprüche geltend machen.

1. Ansprüche des Handelsvertreters

a) Provisionsansprüche

Beim Handelsvertreter stellt sich zunächst die Frage, nach welcher Norm und in welcher Höhe er Provision beanspruchen kann. Überwiegend wird davon ausgegangen, der Handelsvertreter könne gemäß § 354 HGB die in seinem Vertretungsbezirk branchenüblich gezahlte Provision beanspruchen⁷⁹. Teilweise wird der Provisionsanspruch auch auf eine entsprechende Anwendung des § 612 BGB gestützt, sofern sich die Nichtigkeit nicht gegen den Vertrag insgesamt wendet⁸⁰ oder der Vertrag die Möglichkeit einer Umdeutung

BB 1992, 1371

zuläßt⁸¹. Soweit die Lehre vom faktischen Vertrag zur Anwendung gelangt, kann dem nicht gefolgt werden. Denn danach ist der Vertrag für die Vergangenheit kraft Gesetzes als rechtswirksam anzusehen. Ein Anspruch nach Maßgabe des § 354 HGB muß demnach ausscheiden, weil mit Wirkung für die Vergangenheit ein wirksamer Handelsvertretervertrag besteht, so daß die Provisionsvorschriften der §§ 87 ff. HGB zur Anwendung kommen⁸².

Für eine Anwendung der Vorschriften der §§ 87 ff. ist zwar regelmäßig kein Raum, wenn die Parteien eine Provisionsregelung vereinbart haben, die an die Stelle der gesetzlichen Vorschriften treten soll, wie dies bei Hungerprovisionen der Fall ist. Zweifelhaft ist jedoch, ob man auch die Festsetzung von Hungerprovisionen als wirksam anzusehen hat⁸³. Dies ergibt sich nicht notwendig, wenn man die Lehre vom faktischen Vertrag konsequent anwendet⁸⁴. Die Lehre soll untragbare Unzulänglichkeiten vermeiden, die im Zusammenhang mit der Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen entstehen, wenn die Parteien hierbei auf die Vorschriften über die gerechtfertigte Bereicherung verwiesen werden müssen⁸⁵. Das bedeutet jedoch nicht, daß auch eine Hungerprovisionsregelung rückwirkend als wirksam angesehen werden muß, wenn der Vertrag im übrigen für die Vergangenheit behandelt wird, als wäre er wirksam. Anzuknüpfen ist insoweit bei dem Gedanken, daß die Anerkennung einer Regelung als rechtswirksam nach der Lehre vom faktischen Vertrag den der geltenden Rechtsordnung immanenten ethischen Wertungen und Grundprinzipien und den darauf beruhenden Grundüberzeugungen unserer Gesellschaft nicht widersprechen darf. Eine Hungerprovision als wirksam anzuerkennen, ist mit den Grundwerten und -prinzipien unserer Rechtsordnung nicht zu vereinbaren. Deshalb zwingt die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis nicht dazu, auch eine Hungerprovision rückwirkend als wirksam anzusehen.

An die Stelle der wegen ihrer Höhe nichtigen Hungerprovisionsvereinbarung tritt deshalb mit Wirkung für die Vergangenheit die gesetzliche Regelung der §§ 87 ff. HGB. Ist ein Handelsvertretervertrag wegen einer Hungerprovisionsvereinbarung gemäß § 138 BGB sittenwidrig und nichtig, kann der Handelsvertreter für seine in der Vergangenheit erbrachte Vermittlungstätigkeit gemäß § 87 b Abs. 1 HGB die übliche Provision beanspruchen, soweit die Lehre vom faktischen Vertrag Anwendung findet⁸⁶.

Umstritten ist ferner, ob der Handelsvertreter auch gemäß § 87 Abs. 2 HGB eine Bezirksprovision beanspruchen kann, wenn ihm ein bestimmter Bezirk oder ein Kundenkreis zur Bearbeitung zugewiesen war⁸⁷. Da die Lehre vom faktischen Vertrag nicht dazu dient, dem Handelsvertreter im Falle der Nichtigkeit des Vertrages eine soziale Mindestvergütung zu garantieren⁸⁸, ist es unerheblich, ob es über ein sozial gebotenes Mindestmaß hinausgeht, wenn man dem Handelsvertreter eine Bezirksprovision zugesteht⁸⁹. Deshalb können Handelsvertreter

eine Bezirksprovision beanspruchen, wenn ein nichtiger Handelsvertretervertrag gemäß den Grundsätzen des faktischen Vertragsverhältnisses rückwirkend als wirksam anzusehen ist⁹⁰.

b) Ausgleichsanspruch

Umstritten ist in der Literatur, ob der Handelsvertreter, der aufgrund eines nichtigen Vertrages für den Unternehmer vermittelt hat, einen Ausgleich gemäß § 89 b HGB beanspruchen kann⁹¹. Soweit die Lehre über den fehlerhaften Vertrag nicht zur Anwendung gelangt, ist der Handelsvertretervertrag für die Vergangenheit als nichtig anzusehen. In diesem Falle können gemäß § 89 b HGB keine Ausgleichszahlungen beansprucht werden, weil es an der dazu erforderlichen Beendigung eines Handelsvertretervertrages fehlt. Ein Vertrag, der niemals bestanden hat, kann auch nicht beendet werden⁹².

Anders verhält es sich jedoch, wenn die Lehre vom faktischen Vertrag zur Anwendung kommt. Dann ist der Vertrag rückwirkend als wirksam anzusehen. In der Tat kann in diesem Fall ein Ausgleichsanspruch nicht mit der formalen Begründung verneint werden, daß er erst im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung volle Wirksamkeit erlange und folglich Ausgleichsansprüche von der rückwirkenden Wirksamkeit nicht berührt würden⁹³. Im Gesetz heißt es lediglich, daß der Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Ausgleich verlangen kann. Das Gesetz verschließt sich damit vom Wortlaut her nicht der Möglichkeit, Ausgleichsansprüche aus Vertragsverhältnissen abzuleiten, die lediglich rückwirkend als wirksam anzusehen sind. Insofern muß es ausreichen, daß ein wirksamer Handelsvertretervertrag bestanden hat, dessen Rechtswirkungen mit der Geltendmachung der Sittenwidrigkeit und der Lossagung von dem Vertrag endeten.

Es entspricht auch dem Sinn und Zweck der Norm des § 89 b HGB, in Fällen der rückwirkenden Wirksamkeit des Handelsvertretervertrages einen Ausgleichsanspruch zu gewähren. Denn der Ausgleichsanspruch ist ein dem Handelsvertreter kraft Gesetzes eingeräumter zusätzlicher Vergütungsanspruch für die während der Vertragszeit geleisteten Dienste⁹⁴. Der Handelsvertreter erwirbt diesen Anspruch während der Dauer des Bestehens des Handelsvertretervertrages. Zwar ist der Anspruch während des bestehenden Vertragsverhältnisses noch bedingt und betagt, weil er einerseits von Unternehmervorteilen, andererseits von Provisionsverlusten abhängig ist, der Ausgleich ferner der Billigkeit entsprechen muß und keiner der Ausschlußtatbestände des § 89 b Abs. 3 HGB eingreifen darf. Diese Umstände wie auch die Tatsache, daß der Anspruch erst nach der Vertragsbeendigung geltend gemacht werden kann, ändern aber nichts daran, daß der Anspruch schon während des Vertragsverhältnisses bedingt entsteht⁹⁵. Schließlich ist auch nicht recht einzusehen, warum dem Unternehmer die Vorteile nach der Lossagung des Handelsvertreters vom nichtigen Vertrag zur alleinigen Nutzung verbleiben sollen. Zu Recht wird deshalb in der Literatur die Ansicht vertreten, daß Handelsvertreter auch bei nichtigen Vertragsverhältnissen gemäß § 89 b HGB Ausgleichszahlungen beanspruchen können⁹⁶.

c) Schadensersatzansprüche

Im Falle der Nichtigkeit eines Vertrages wegen einer Hungerprovision können dem Handelsvertreter zudem Ansprüche auf

BB 1992, 1372

Schadensersatz zustehen. Ein Anspruch auf Schadensersatz besteht jedoch nicht auf der Grundlage des § 89 a HGB. Der Anspruch scheidet schon daran, daß die dafür erforderliche Aufhebung eines Vertrages im Wege der Kündigung aus wichtigem Grund mangels Wirksamkeit nichtiger Vertragsverhältnisse mit Wirkung für die Zukunft nicht möglich ist⁹⁷. Erheblicher ist jedoch, daß dem Handelsvertreter kein Schaden durch die Vertragsaufhebung entsteht, für den er nach § 89 a Abs. 2 HGB Ersatz beanspruchen könnte. Als Grundlage der Schadensersatzansprüche kommen die Grundsätze des Verschuldens bei Vertragsschlusses (*culpa in contrahendo*) und die deliktische Haftung aus § 826 BGB in Betracht⁹⁸.

Hat der Unternehmer dem Handelsvertreter beim Vertragsschluß auf dessen Befragen hin unwahre Angaben über die Verdienstmöglichkeiten in dem ihm übertragenen Bezirk gemacht, haftet der Unternehmer wegen der Verletzung der ihm vorvertraglich obliegenden Wahrheitspflicht auf Schadensersatz⁹⁹. Weiterhin entspricht es der gefestigten Rechtsprechung des BGH, daß bei einem unwirksamen Vertrag die Partei wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen schadensersatzpflichtig sein kann, die den Grund der Unwirksamkeit zu vertreten

hat¹⁰⁰. Der Haftungsgrund besteht in der Verletzung der vorvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber dem anderen Vertragsteil¹⁰¹, in dem das Vertrauen auf das Bestehen eines Vertragsverhältnisses erweckt wird¹⁰². Zwar ist nicht geklärt, in welchem Verhältnis diese Haftung aus culpa in contrahendo (c. i. c.) zur Anwendung der Lehre vom faktischen Vertrag steht. Da die Lehre vom faktischen Vertrag sich jedoch darauf beschränkt, die Unzulänglichkeiten bei der Rückabwicklung nichtiger Dauerschuldverhältnisse nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu vermeiden, dürfte sie einer Vertrauenshaftung aus c. i. c. nicht entgegenstehen.

Ein für die Haftung aus c. i. c. erforderliches Verschulden des Unternehmers ist bereits dann gegeben, wenn der Unternehmer bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen können, daß der von ihm vorgeschlagene Handelsvertretervertrag wegen zu geringer Verdienstmöglichkeiten des Handelsvertreters als sittenwidrig i. S. des § 138 BGB anzusehen war¹⁰³.

Aus Verschulden bei Vertragsschluß ist der Unternehmer grundsätzlich zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet¹⁰⁴. Der Handelsvertreter ist demzufolge so zu stellen, wie er stünde, wenn er nicht auf die Gültigkeit des Geschäftes vertraut hätte¹⁰⁵. Hätte der Handelsvertreter in diesem Fall von dem Abschluß des Vertrages abgesehen, entspricht der ihm entstandene Schaden den Aufwendungen, die der Handelsvertreter zur Erfüllung der ihm nach dem sittenwidrigen Vertrag obliegenden Pflichten gemacht hat. Darunter fallen nicht nur die Aufwendungen für etwaige angeschaffte Muster und spezielle Transport- oder Ausstattungsgeräte, sondern auch alle sonstigen nach dem Vertrag erforderlichen Aufwendungen wie Telefon- und Reisekosten.

Hätte der Handelsvertreter statt des sittenwidrigen Handelsvertretervertrages einen anderen Vertrag abgeschlossen, kann er ersetzt verlangen, was ihm aus diesem Geschäft zugeflossen wäre¹⁰⁶. Zu den Schadenspositionen bei der Haftung aus c. i. c. wegen der Verletzung der vorvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme gehören grundsätzlich auch die dem geschädigten Vertragspartner bei der Schadensbeseitigung entstandenen Rechtsanwaltskosten¹⁰⁷.

Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung muß sich der Handelsvertreter allerdings die ihm aus dem Handelsvertretervertrag zugeflossenen Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anrechnen lassen, soweit die Anrechnung des Vorteils zumutbar ist¹⁰⁸. Unzumutbar ist einem Handelsvertreter eine Anrechnung der ihm aus dem Handelsvertretervertrag zugeflossenen Vorteile, soweit ihm im Ergebnis nicht einmal mehr ein Betrag in Höhe des gemäß §§ 850 c ff. ZPO pfändungsfreien Betrages verbleiben würde. Eine Vorteilsausgleichung dürfte deshalb nur insoweit in Betracht kommen, als sichergestellt ist, daß dem Handelsvertreter bei der Anrechnung erlangter Vorteile Einkünfte in Höhe des gemäß §§ 850 c ff. ZPO pfändungsfreien Betrages verbleiben.

Schadensersatz kann der Handelsvertreter daneben aus § 826 BGB beanspruchen, soweit der Tatbestand einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gegeben ist. Dies wird vornehmlich der Fall sein, wenn der Unternehmer einen Handelsvertreter mit einem hoffnungslosen Bezirk betraut und er vom Handelsvertreter Vermittlungsleistungen verlangt¹⁰⁹, obgleich er die wirtschaftliche Sinnlosigkeit des Unterfangens aus Erfahrung kennt¹¹⁰. Nur in diesem Fall dürfte es dem Handelsvertreter gelingen, den für § 826 BGB erforderlichen Schädigungsvorsatz nachzuweisen. Die Anspruchsgrundlage des § 826 BGB wird deshalb weniger praktisch werden als die Haftung aus culpa in contrahendo.

2. Ansprüche des Unternehmers

a) Rückzahlung von Provisionsvorschüssen

Soweit der Unternehmer dem Handelsvertreter Provisionsvorschüsse gezahlt hat, sind diese Vorschüsse auch dann zurückzuzahlen, wenn der Handelsvertretervertrag nichtig ist¹¹¹. Grundlage der Rückzahlungspflicht stellt § 87 a Abs. 2 HGB in Verbindung mit den Grundsätzen des faktischen Vertrages dar. Besteht Klarheit darüber, daß der Unternehmer aus dem vermittelten Geschäft endgültig nichts erlangen wird, weil der Kunde nicht zahlt, hat der Handelsvertreter den ihm gezahlten Provisionsvorschuß an den Unternehmer zurückzuzahlen. Da der Handelsvertreter auch bei einem fehlerfreien Vertrag zur Rückzahlung der Provisionsvorschüsse verpflichtet wäre, ist nicht einzusehen, weshalb die Rückzahlungspflicht im Anwendungsbereich der Lehre vom fehlerhaften Vertrag entfallen sollte. Schließlich steht der Handelsvertreter den Vorschußrückzahlungsansprüchen des Unternehmers auch nicht schutzlos gegenüber. Es bleibt ihm unbenommen, seine Vergütungs- und Schadensersatz-

ansprüche gegen den Rückzahlungsanspruch des Unternehmers aufzurechnen. Die gemäß § 87 b Abs. 1 HGB zu berechnenden Provisionsansprüche

BB 1992, 1373

sind in der Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten Hungerprovision (einschließlich eines etwaigen Fixums) und des branchenüblichen Satzes nicht bereits durch Erfüllung erloschen.

b) Rückzahlung von Auslagenvorschüssen

Nicht anders verhält es sich mit allgemeinen Auslagenvorschüssen, also einem sogenannten Fixum, das dem Handelsvertreter bereits für künftige Monate im voraus gezahlt wurde. Das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, daß die Abrede über die Zahlung von Vorschüssen rechtlich vom übrigen Vertrag getrennt ist. Auch im Falle der Nichtigkeit des Handelsvertretervertrages müsse angenommen werden, daß die Vereinbarung über die Vorschußgewährung von § 138 BGB nicht ergriffen würde, und daß die Parteien nach ihrem hypothetischen Willen die Vertragsabsprache hinsichtlich der Pflicht zur Rückzahlung nicht valutierter Vorschüsse redlicherweise auch dann aufrechterhalten hätten, wenn im übrigen die Vertragsabsprache nichtig sein sollte (§ 139 BGB)¹¹². Deshalb sei derjenige, der Geld als Vorschuß annehme, auch verpflichtet, den Vorschuß an den Vorschußgeber zurückzuleisten, wenn und soweit eine bevorschußte Forderung gegen den Vorschußgeber nicht oder nicht zeitgerecht entstanden ist. Für die Berechtigung, nicht valutierte Vorschüsse zurückzuverlangen, sei es unerheblich, ob das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien gemäß § 138 BGB nichtig war oder nicht¹¹³.

Der Ansicht des BAG kann im Ergebnis zugestimmt werden, soweit eine Rückzahlungspflicht bejaht wird. Allerdings ist der Ausgangspunkt des BAG, die Vorschußvereinbarung vom restlichen Vertrag zu trennen, nicht zutreffend. Für die Frage, ob eine Hungerprovision vorliegt, ist das gezahlte Fixum mitzuberücksichtigen, wenn es mit der Maßgabe gezahlt wurde, es zurückzuzahlen, soweit es nicht mit verdienten Provisionen verrechnet werden kann. Das Fixum kann daher nicht vom restlichen Vertrag isoliert werden. Gleichwohl ist es im Ergebnis richtig, eine Rückzahlungspflicht hinsichtlich desjenigen Anteils des Fixums zu bejahen, das nach dem Vertrag für die Zukunft vorgesehen war und somit noch nicht valuiert wurde. Der Anspruch ergibt sich aus dem Vertrag in Verbindung mit den Grundsätzen über den fehlerhaften Vertrag. Ist der Vertrag zum Zwecke einer angemessenen und interessengerechten Rückabwicklung für die Vergangenheit grundsätzlich wie ein fehlerfrei zustande gekommenes Vertragsverhältnis zu behandeln, ergeben sich zwanglos Rückzahlungsansprüche des Unternehmers hinsichtlich der für die Zukunft gezahlten Vorschüsse. Interessengerecht ist diese Lösung, weil der Handelsvertreter durch die Lehre vom fehlerhaften Vertrag nicht bessergestellt werden darf, als er stünde, wenn der Vertrag fehlerfrei wäre. Da er auch bei einem fehlerhaften Vertrag zur Rückzahlung der Vorschüsse verpflichtet wäre, besteht diese Verpflichtung auch dann, wenn der Vertrag gemäß den Grundsätzen des faktischen Vertrages nur rückwirkend als wirksam anzusehen ist. Das Rückforderungsbegehren verstößt daher auch nicht gegen § 138 BGB¹¹⁴. Auch gegen die Vorschußrückzahlungsansprüche kann sich der Handelsvertreter verteidigen, indem er sie mit seinen Ansprüchen gegen den Unternehmer aufrechnet.

c) Rückgabe von Unterlagen und Mustern

Der Handelsvertreter hat die ihm während der Vertragszeit vom Unternehmer überlassenen Unterlagen auch dann an den Unternehmer herauszugeben, wenn der Handelsvertretervertrag nichtig ist¹¹⁵. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, läßt die Anwendung der Lehre vom faktischen Vertrag die Rückgabepflichten unberührt. Die Herausgabeverpflichtung beruht auf den Vorschriften der §§ 667, 675 BGB. Es handelt sich dabei im Zweifel um eine Holschuld¹¹⁶. Die Kosten für den Rücktransport der Muster, Geschäftsunterlagen und dergleichen hat somit der Unternehmer zu tragen, weil der Handelsvertreter zur Rücksendung oder zur Rückgabe dieser Gegenstände am Ort der geschäftlichen Niederlassung des Unternehmers nicht verpflichtet ist¹¹⁷.

IV. Rechtsweg

Da sittenwidrige Hungerprovisionen nur bei arbeitnehmerähnlichen Handelsvertretern im Sinne des § 92 a HGB praktisch werden, unterliegen Rechtsstreitigkeiten über Verträge mit Hungerprovisionen gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit. Nach § 5 Abs. 3 ArbGG gelten Handelsvertreter als Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, wenn sie zu dem Personenkreis des § 92 a HGB gehören und während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses, bei kürzerer Vertragsdauer während dieser, im Durch-

schnit monatlich nicht mehr als 2000 DM aufgrund des Vertragsverhältnisses an Vergütung einschließlich Provision und Ersatz für im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandene Aufwendungen bezogen haben.

B. Zusammenfassung und Ausblick

Handelsvertreterverträge mit Hungerprovisionen verstoßen regelmäßig gegen § 138 Abs. 1 BGB, wenn der Handelsvertreter als Einfirmenvertreter i. S. des § 92 a HGB anzusehen ist, und der Vertrag für die von ihm geschuldete Tätigkeit aus Gründen, die seinem Verantwortungsbereich entzogen sind, eine Vergütung verspricht, die ihm trotz aller Mühe nicht die Möglichkeit läßt, Einkünfte auch nur in Höhe des gemäß §§ 850 c ff. ZPO pfändungsfreien Betrages zu erzielen, wobei dem Unternehmer diese Umstände bekannt sein müssen. Sittenwidrige Hungerprovisionsvereinbarungen führen grundsätzlich zur Nichtigkeit des gesamten Handelsvertretervertrages mit Wirkung für die Zukunft. Durch einfache Erklärung können sich die Vertragsparteien von einem sittenwidrigen Vertrag lossagen. Soweit der Handelsvertretervertrag in der Vergangenheit bereits praktiziert wurde, ist er nach der Lehre des faktischen Vertrages für den zurückliegenden Zeitraum als rechtswirksam anzusehen. Bei der Rückabwicklung eines nichtigen Handelsvertretervertrages kann der Handelsvertreter nicht nur Vergütungsansprüche nach §§ 87 ff. HGB geltend machen, sondern auch einen Ausgleich gemäß § 89 b HGB beanspruchen. Darüber hinaus kann der Handelsvertreter den Unternehmer auf Schadensersatz in Anspruch nehmen für den Schaden, der ihm dadurch entstanden ist, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraute. Dem Unternehmer stehen gegen den Handelsvertreter Ansprüche auf Rückzahlung von Provisions- und nicht valuierten Auslagenvorschüssen zu. Ferner kann der Unternehmer vom Handelsvertreter die Rückgabe von Unterlagen und Mustern verlangen.

Wie der Beitrag gezeigt hat, bereitet die Feststellung, ob eine Hungerprovision gegen § 138 BGB verstößt und welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben, nicht unerhebliche Probleme. Erheblich klarer würde die Rechtslage, wenn der Bundesminister für Justiz im Verordnungswege eine Mindestvergütung festlegen würde. Bisher hat er für eine solche Verordnung kein praktisches Bedürfnis gesehen, weil nach seinen bisherigen Befragungen der Verbände¹¹⁸ nur ein kleiner Kreis von hauptberuflichen Einfirmenvertretern unter der zu sichernden Einkommensgrenze liegen dürfte¹¹⁹. Da es sich bei

BB 1992, 1374

der Verordnungsermächtigung gemäß § 92 a HGB um eine Kannbestimmung handelt, ist es zwar im Grundsatz unbedenklich, daß der Bundesminister für Justiz die Ausübung seiner Befugnisse auf Fälle beschränkt, in denen wirklich eine Notlage gegeben ist¹²⁰. Ob sich die geübte Zurückhaltung unter den gegebenen Umständen jedoch immer noch durch die zusätzlich geäußerte Befürchtung rechtfertigen läßt, den wenigen betroffenen Handelsvertretern sei mit einer gesetzlichen Mindestvergütung auch nicht gedient, weil die Unternehmer das Vertragsverhältnis möglicherweise nicht fortsetzen werden¹²¹, muß bezweifelt werden. Jedenfalls erscheint es angebracht, erneut zu überprüfen, ob die Vorgänge in den neuen Bundesländern es rechtfertigen, de lege ferenda eine Rechtsverordnung zu schaffen, die die untere Grenze der vertraglichen Leistungen des Unternehmers festschreibt.

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Sozietät *Dr. Küstner und von Manteuffel*

1 *Küstner/v. Manteuffel*, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 1, 1979, Rz. 395 = 2. Aufl. (in Vorbereitung für Herbst 1992), Rz. 966.

2 *Schlegelberger/Schröder*, HGB, 5. Aufl. 1973, § 92 a Rz. 1.

3 Amtl. Begründung zu § 92 a HGB, BT-Drucks. I/3856, S. 40; v. *Brunn*, Reform des Rechts der Handelsvertreter, 1953 S. 42 f.; *ders.*, AcP 163, 490.

4 Zu den mittelbaren Rechtswirkungen der Vorschrift in bezug auf die Frage der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte und gewisser Konkursprivilegien vgl. *Staub/Brüggemann*, HGB, 4. Aufl. 1982, § 92 a Rz. 8 ff.

5 *Knapp/Ankele*, HGB, Stand Juni 1990, § 92 a Rz. 5.

- 6 Ebenda; *Hopt*, Handelsvertreterrecht, 1992, § 92 a Rz. 2; *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 28. Aufl. 1989, Anm. 1. A. zu § 92 a; Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs *Erhard* vom 27.2.1985 auf eine schriftliche Anfrage aus dem Deutschen Bundestag, BT-Drucks. X/2954, 3.
- 7 Vgl. BGH, 14.7.1969, WM 1969, 1255 (1257); RG, 13.3.1936, RGZ 150, 1 (4); LAG Bremen, 27.9.1974, AP Nr. 33 zu § 138, Bl. 311 R; LAG Hannover, 2.7.1953, AP Nr. 1 zu § 138, Bl. 2 m. Anm. *Hueck*.
- 8 BGH, 28.2.1989, BGHZ 107, 92 (97) = NJW 1989, 1276 = BB 1989, 731; BGH, 20.3.1981, DB 1981, 2274 m. w. N. = WM 1981, 1128; BGH, 23.11.1978, WM 1979, 299 (300); RAG, 8.12.1937, RAGE 19, 110 (114); LG Paderborn, 19.2.1987, NJW-RR 1987, 672 (673).
- 9 BGH, 20.3.1981, DB 1981, 2274 m. w. N. = WM 1981, 1128 im Anschluß an das BAG, 10.3.1960, AP Nr. 2 zu § 138 BGB m. Anm. *Hueck* = MDR 1960, 612 (613) = BB 1960, 556 = VersR 1960, 608 = DB 1960, 582; RAG, 8.12.1937, RAGE 19, 110 (113); *Küstner/v. Manteuffel*, a.a.O. (Fn. 1), Bd. 1, Rz. 395 = 2. Aufl., Rz. 966.
- 10 BGH, 20.3.1981, DB 1981, 2274 f. = WM 1981, 1128.
- 11 BGH, 17.10.1960, BB 1960, 1222 = DB 1960, 1359 = VersR 1960, 1036, insoweit nicht abgedruckt in HVR Nr. 300 und HVuHM 1964, 644, zustimmend *Schleißmann*, RVR 70, 227.
- 12 Ebenda.
- 13 *Staub/Brüggemann* (Fn. 4), § 89 a Rz. 14 a. E.
- 14 BGH, 20.3.1981, DB 1981, 2274 (2275) m. w. N. = WM 1981, 1128.
- 15 OLG Frankfurt a. M., 13.3.1979, BB 1980, 336; vgl. auch BAG, 21.1.1966, BAGE 18, 87 (102) = BB 1966, 407 = DB 1966, 546 = NJW 1966, 903 = VersR 1966, 382 = SAE 66, 221 m. Anm. *Hueck*.
- 16 *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, 2. Aufl., Rz. 356.
- 17 Vgl. BAG, 10.3.1960, AP Nr. 2 zu § 138 BGB, Bl. 441 = MDR 1960, 612 (613) = BB 1960, 556 = VersR 1960, 612 = DB 1960, 582 = SAE 1960, 173 mit insoweit zustimmender Anm. *Isele*; *Staub/Brüggemann* (Fn. 4), § 85 Rz. 2.
- 18 Vgl. *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 87 b Rz. 2 b; LG Paderborn, 19.2.1987, NJW-RR 1987, 672 (673).
- 19 Vgl. OLG Nürnberg, 23.9.1960, BB 1960, 1261 = HVR Nr. 297 = BayMBI. 61, 64; *Staub/Brüggemann* (Fn. 4), § 85 Rz. 2.
- 20 Vgl. LAG Hamm, 16.10.1989, ZIP 1990, 880 (885).
- 21 Die Tatsache, daß es sich um einen Einfirmenvertreter handelte, ließ das OLG Schleswig in seinem nicht veröffentlichten Beschluß vom 12.10.1977 - Az. 5 U 91/77 - zu Unrecht unberücksichtigt, indem es argumentierte, ein Handelsvertreter habe es selbst in der Hand, sich durch Vertragsabschlüsse bzw. -vermittlungen ein ausreichendes Einkommen zu erarbeiten.
- 23 *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 92 a Rz. 3; *Heymann/Sonnenschein*, HGB, 22. Aufl. 1989, § 92 a Rz. 6.
- 24 Vgl. dazu LAG Bremen, 9.3.1955, BB 1955, 535; *Knapp/Ankele* (Fn. 5), § 92 a Rz. 7; *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, Rz. 74 = 2. Aufl., Rz. 207; *Heymann/Sonnenschein* (Fn. 23), § 92 a Rz. 7; *Staub/Brüggemann* (Fn. 4), § 92 a Rz. 3.
- 25 OLG Frankfurt a. M., 13.3.1979, BB 1980, 336 = DB 1979, 1178 = MDR 1979, 761; *Knapp/Ankele* (Fn. 5), § 92 a Rz. 9.
- 26 OLG Stuttgart, 11.5.1966, BB 1966, 1396 = VersVerm. 67, 51.
- 27 Vgl. LAG Düsseldorf, 20.9.1955, BB 1956, 593 m. Anm. *Trinkhaus*; LG Nürnberg-Fürth, 13.2.1970, VersR 1970, 643; *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 92 a Rz. 4.
- 28 BGH, 24.4.1985, WM 1985, 636 (638).
- 29 Vgl. BAG, 11.1.1973, AP Nr. 30 zu § 138 mit insoweit zustimmender Anm. *Konzen*; vgl. dazu auch *Beuthien*, RdA 69, 164; *Kreutz*, SAE 74, 37.

- 30 BAG, ebenda.
- 31 So *Konzen*, Anm. zu BAG, 11.1.1973, AP Nr. 30 zu § 138.
- 32 BAG (Fn. 29).
- 33 Vgl. dazu LAG Hamm, 16.10.1989, ZIP 1990, 880 (888).
- 34 Von diesem Minimalbetrag geht offenbar auch *Ankele* aus, vgl. *Knapp/Ankele*, a.a.O. (Fn. 5), § 92 a, Rz. 13; vgl. auch die Stellungnahme des Bundesministers für Justiz in der Erörterung mit den Spitzenverbänden, VW 1974, 1074 (1074 f.) sowie *Eberstein*, BB 1964, 271 (277); *ders.* Der Handelsvertretervertrag, 7. Aufl. 1991, 24; *Josten/Lohmüller/Benster*, Handels- und Versicherungsvertreterrecht, 2. Aufl. 1976, Anm. 6 zu § 92 a HGB.
- 35 BGH, 12.3.1981, BGHZ 80, 153 (156); a. A. offenbar OLG Stuttgart, 24.4.1979, NJW 1979, 2409 (2412).
- 36 BGH, 6.7.1966, WM 1966, 832 (835).
- 37 *Soergel/Hefermehl*, BGB, 12. Aufl. 1987, § 138 Rz. 73.
- 38 Vgl. BGH, 6.7.1966, WM 1966, 832 (835); BGH, 5.3.1951, NJW 1951, 397.
- 39 Vgl. BGH, 12.1.1966, WM 1966, 399 (400); OLG Frankfurt a. M., 25.10.1984, WM 1985, 642.
- 40 BGH, 24.4.1985, WM 1985, 636 (638); BGH, 30.1.1981, WM 1981, 404 (405) m. w. N.; BGH, 12.12.1975, WM 1976, 322; BGH, 14.6.1969, WM 1969, 1256 (1257); *Erman/Brox*, BGB, 8. Aufl. 1989, § 138 Rz. 35; *Soergel/Hefermehl* (Fn. 37), § 138 Rz. 73.
- 41 BGH, 19.2.1991, ZIP 1991, 359 (361).
- 42 Vgl. BGH, 2.12.1982, WM 1983, 115 (117).
- 43 Vgl. BGH, 10.7.1987, NJW 1988, 130 (131).
- 44 Vgl. auch BAG, 10.10.1990, NJW 1991, 860 (861).
- 45 BGH, 23.11.1978, WM 1979, 299 (300); OLG Schleswig, 17.12.1984, WM 1985, 881 (884); RG, 13.3.1936, RGZ 150, 1 (3).
- 46 BAG, 10.10.1990, NJW 1991, 860 (861).
- 47 BAG, 10.10.1990, NJW 1991, 860, 861; BGH, 15.4.1987, NJW 1987, 1878 (1879) m. w. N. = BGHZ 100, 353; a. A. OLG Stuttgart, 18.8.1972, BB 1972, 1202, zu berücksichtigen sind danach Änderungen der maßgeblichen Auffassungen, die nach der Vornahme des Rechtsgeschäftes eingetreten sind, während die nachträglichen Änderungen der tatsächlichen Umstände, von denen die sittliche Beurteilung eines Rechtsgeschäftes abhängen kann, unerheblich ist.
- 48 Vgl. LAG Hamm, 16.10.1989, ZIP 1990, 880 (888).
- 49 Vgl. *Ermann/Brox* (Fn. 40), § 138 Rz. 27.
- 50 Vgl. BGH, 19.2.1991, ZIP 1991, 359 (361); LAG Berlin, 3.11.1986, AP Nr. 14 zu § 65 HGB, BI. 225.
- 51 Vgl. BAG, 10.10.1990, NJW 1991, 860 (861); BGH, 10.7.1987, NJW 1988, 130 (131).
- 52 Vgl. aber das Urteil des OLG Stuttgart vom 5.7.1957, NJW 1957, 1281, nach dem ein Händlervertrag mit einer Mindestabnahmeverpflichtung wegen der damit verbundenen dauernden Abwälzung des Absatzrisikos auf den Eigenhändler für sittenwidrig und deshalb nichtig erklärt wurde; vgl. ferner BGH, 23.11.1978, WM 1979, 299.
- 53 BGH, 17.10.1960, BB 1960, 1221 (1222) = DB 1960, 1359 = VersR 1960, 1036 = HVR Nr. 300 = HVuHM 1964, 644; bestätigt durch BGH, 20.3.1981, DB 1981, 2274 (2275).
- 54 BGH, 23.9.1960, BB 1960, 1261 = HVR Nr. 297 = BayMBl. 61, 64.
- 55 *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 87 b Rz. 2 c und § 85 Rz. 4.

- 56 *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 87 b Rz. 2 c; so offenbar auch *Knapp/Ankele* (Fn. 5), § 87 b Rz. 1 unter allerdings unzulässiger Bezugnahme auf das Urteil des OLG Braunschweig vom 23.2.1956, JR 1957, 103 = BB 1956, 226 = HVR Nr. 117 = HVuHM 1956, 381.
- 57 So für das Arbeitsverhältnis, *Staub*, Arbeitsrechtshandbuch, 6. Aufl. 1987, § 35 III.5.
- 58 *Bachmann*, Das neue Recht des Handelsvertreters, 1978, 53 f.; *Alff*, Handelsvertreterrecht, 1983, Rz. 36.
- 59 Unklar insoweit *Meyer*, Handelsvertreterrecht, 1978, 61 einerseits und 147 f. andererseits.
- 60 *Staub/Brüggemann* (Fn. 4), § 85 Rz. 2; bei Lohnwucher im Arbeitsverhältnis auch *Beuthner*, Arbeitsrecht, 1982, 79.
- 61 BGH, 25.11.1963, NJW 1964, 350 = BGHZ 40, 235 = MDR 1964, 137 = BB 1964, 14 = DB 1964, 28 = VersR 1964, 61 = IHV 70, Heft 8, S. 10 = HVR Nr. 305 = HVuHM 1964, 263 = LM Nr. 2 zu § 89 HGB m. Anm. *Rietschel*; BGH, 16.11.1972, HVR Nr. 473 = HVuHM 1973, 115 = BB 1973, 16 = DB 1973, 63.
- 62 *Meyer* (Fn. 59), 149 f. im Anschluß an *Heymann/Kötter*, HGB, 21. Aufl. 1971, § 87 b Anm. 1 a.E.; vgl. auch *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, Rz. 396 = 2. Aufl., Rz. 968.
- 63 *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 87 b Rz. 4 b.
- 64 Vgl. BGH, 22.4.1953, BGHZ 9, 273 (278) = NJW 1953, 937 = LM Nr. 2 zu § 157 (D) BGB L; BGH, 14.10.1977, WM 1978, 167 (168); MünchKomm./Mayer-Maly, BGB, 2. Aufl. 1984, § 157 Rz. 46; RGRK/Piper, BGB, 12. Aufl. 1987, § 157 Rz. 103 m. w. N.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 1992, § 157 Rz. 8; *Larenz*, BGB AT, 14. Aufl. 1987, § 29 I; a. A. offenbar *Staub* (Fn. 57), § 35 III.5. i. V. mit § 31 III.2.
- 65 *Erman/Hefermehl* (Fn. 40), § 157 Rz. 21.
- 66 Vgl. BGH, 14.6.1972, NJW 1972, 1459 (1460).
- 67 *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, 2. Aufl., Rz. 357.
- 68 Vgl. BAG, 7.12.1961, NJW 1962, 555 (556) = BAGE 12, 104 = AP Nr. 1 zu § 611 (faktisches Arbeitsverhältnis = BB 1962, 223; LAG Berlin, 17.4.1978, EzA 3 zu § 397, Bl. 5; *Bleistein*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. 1978, Rz. 8 a.E.; *Staub* (Fn. 57), § 35 III.3.
- 69 BGH, st. Rspr., 30.1.1986, NJW 1986, 1931; BGH, 21.3.1985, HVR Nr. 606 = WM 1985, 982 = HVuHM 1985, 640; BGH, 14.4.1983, BB 1983, 1629 = DB 1983, 1590 = WM 1983, 820 = MDR 1983, 995 = LM Nr. 65 zu § 89 b = HVR Nr. 576 = HVuHM 1983, 732; BGH, 18.2.1982, WM 1982, 632 = NJW 1982, 1814 = MDR 1982, 724 = DB 1982, 1269 = VersR 1982, 595 = EBE 82, 196 = HVR Nr. 561; BGH, 27.2.1981, DB 1981, 1772 = MDR 1981, 906 = VersR 1981, 832 = WM 1981, 817 = HVR Nr. 552; BGH, 7.7.1978, DB 1978, 1882 = LM Nr. 14 zu § 89 a; *Knapp/Ankele* (Fn. 5), § 89 a Rz. 24; *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 89 a Rz. 4; *Baumbach/Duden/Hopt* (Fn. 6), Anm. 2 A zu § 89 a.
- 70 OLG Nürnberg, 23.9.1960, HVR Nr. 297 = BB 1960, 1261; *Knapp/Ankele* (Fn. 5), § 89 a Rz. 37; *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, Rz. 758 = 2. Aufl., Rz. 1854.
- 71 *Baumbach/Duden/Hopt* (Fn. 6), Anm. 2.E. zu § 89 a.
- 72 BGH, 12.1.1970, BGHZ 53, 152 (156) = LM Nr. 74 zu § 546 ZPO = NJW 1970, 609 = MDR 1970, 406 = BB 1970, 348; BAG, 10.3.1960, SAE 1960, 173 (178) m. Anm. *Isele* = AP Nr. 2 zu § 138 BGB = MDR 1960, 612 = BB 1960, 556 = VersR 1960, 612 = DB 1960, 582; OLG Düsseldorf, 22.3.1985, HVR Nr. 607.
- 73 *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, 2. Aufl., Rz. 357; *Alff* (Fn. 58), Rz. 37; *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 87 Rz. 4; *ders.*, DB 1969, 291 (294); *Meyer* (Fn. 59), 63; *Schwerdtner*, BStSozArbR 1972, 17 (21); *Isele*, Anm. zu BAG, SAE 1960, 173, 178 (179); a. A. offenbar *Staub/Brüggemann* (Fn. 4), § 85 Rz. 3.
- 74 BGH, 12.1.1970, BGHZ 53, 152 (156) = LM Nr. 74 zu § 546 ZPO = NJW 1970, 609 = MDR 1970, 406 = BB 1970, 348.
- 75 OLG Düsseldorf, 22.3.1985, HVR Nr. 607.

- 77 BGH, 12.1.1970, BGHZ 53, 152 (156) = LM Nr. 74 zu § 546 ZPO = NJW 1970, 609 = MDR 1970, 406 = BB 1970, 348.
- 78 BAG, 1.4.1976, NJW 1976, 1958 = BAGE 28, 83 = AP Nr. 34 zu § 138; *Schaub* (Fn. 57), § 35 III.7.; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 1963, § 32 III 3.c.
- 79 BAG, 10.3.1960, AP Nr. 2 zu § 138 BGB, BI. 441 = MDR 1960, 612 (613) = BB 1960, 556 = VersR 1960, 612 = DB 1960, 582 = SAE 1960, 173 m. Anm. *Isele*; *Stötter*, Handelsvertreterrecht, 3. Aufl. 1985, 65; *Meyer* (Fn. 59), 147 f.; *Staub/Brüggemann* (Fn. 4), § 85 Rz. 3; *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 87 Rz. 4; offengelassen von *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, 2. Aufl., Rz. 357.
- 80 *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 85 Rz. 4.
- 81 Ebenda, § 87 Rz. 4.
- 82 So offenbar auch BAG, Urt. vom 10.3.1960, AP Nr. 2 zu § 138 BGB, BI. 441 = MDR 1960, 612 (613) = VersR 1960, 608 = DB 1960, 582 = SAE 1960, 173 m. Anm. *Isele*; *Schwerdtner*, BStSozArbR 1972, 17 (21); *Stötter/Lindner/Karrer*, Die Provision und ihre Abrechnung, 2. Aufl. 1980 S. 40.
- 83 So offenbar *Schwerdtner* (Fn. 82), S. 21.
- 84 A. A. offenbar *Schwerdtner*, ebenda.
- 85 Vgl. BGH, 12.1.1970, NJW 1970, 609 (610).
- 86 Einschränkend *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 87 b Rz. 2 c, *Knapp/Ankele* (Fn. 5), § 87 b Rz. 1, und offenbar auch *Trinkhaus*, Handbuch der Versicherungsvermittlung, 1955, S. 238, die § 87 b HGB nur bei Teilnichtigkeit des Vertrages anwenden.
- 87 Vgl. einerseits *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, 2. Aufl., Rz. 357; andererseits *Staub/Brüggemann* (Fn. 4), § 85 Abs. 3.
- 88 *Schwerdtner* (Fn. 82), 17 (21); a. A. *Staub/Brüggemann* (Fn. 4), § 85 Rz. 3.
- 89 So aber *Staub/Brüggemann*, ebenda.
- 90 OLG Düsseldorf, 22.3.1985, HVR Nr. 607; *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, 2. Aufl., Rz. 357.
- 91 Vgl. *Heymann/Sonnenschein* (Fn. 23), § 89 b Rz. 20 mit Überblick über den Meinungsstand.
- 92 *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 89 b Rz. 21; *Heymann/Sonnenschein* ebenda.
- 93 So aber *Heymann/Sonnenschein*, ebenda.
- 94 *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 89 b Rz. 21.
- 95 *Schlegelberger/Schröder* (Fn. 2), § 89 b Rz. 21 a.
- 96 So *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, 2. Aufl., Rz. 357, Bd. 2, Rz. 170 im Anschluß an *v. Godin*, WPg 1958, 201.
- 97 Folgt man dagegen der Literaturlauffassung, nach der sittenwidrige Vergütungsregelungen nicht zur Nichtigkeit des Vertrages insgesamt führen (vgl. oben unter A.II.1.), könnte ein Schadensersatzanspruch nach § 89 a HGB in Frage kommen.
- 98 BAG, 10.3.1960, AP Nr. 2 zu § 138 BGB, BI. 441 = MDR 1960, 612 (613) = BB 1960, 556 = VersR 1960, 612 = DB 1960, 582 = SAE 1960, 173 m. Anm. *Isele*; *Stötter* (Fn. 79), 100.
- 99 *Stötter*, ebenda; vgl. auch OLG Nürnberg, 9.2.1956, BB 1956, 352 = HVR Nr. 153 L.
- 100 BGH, 12.11.1986, NJW 1987, 639 (640) = NJW-RR 1987, 438 L = BGHZ 99, 101 = WM 1987, 135 m. w. N.; OLG Hamm, 15.4.1988, WM 1988, 1441 (1445); zustimmend *Staudinger/Dilcher*, BGB, 12. Aufl., § 138 Rz. 119; *Erman/Battes* (Fn. 40), § 306 Rz. 13; ablehnend offenbar *Soergel/Wolf* (Fn. 37), § 309 Rz. 3.
- 101 BGH, 28.5.1984, NJW 1985, 2816; vgl. auch *Ulmer/Brandner*, AGBG, 5. Aufl. 1987, § 9 Rz. 54.

- 102 BGH, 12.11.1986, NJW 1987, 639 (640) = NJW-RR 1987, 438 L = BGHZ 99, 101 = WM 1987, 135; BGH, 28.5.1984, NJW 1985, 2816.
- 103 Vgl. OLG Hamm, 15.4.1988, WM 1988, 1441 (1445).
- 104 Ebenda.
- 105 *Palandt/Heinrichs* (Fn. 64), vor § 249 Rz. 17.
- 106 Vgl. BGH, 2.3.1988, NJW 1988, 2234 (2236).
- 107 Vgl. OLG Hamm, 15.4.1988, WM 1988, 1441 (1445); BGH, 30.4.1986, NJW 1986, 2243 (2244 f.) m. w. N.
- 108 Vgl. zur Vorteilsausgleichung *Palandt/Heinrichs* (Fn. 64), vor § 249 Rz. 119 ff.; *Lange*, Schadensersatz, 1979, S. 298 ff.
- 109 Zur Haftung aus § 826 BGB wegen der Geltendmachung von Ansprüchen aus einem sittenwidrigen Vertrag vgl. auch OLG Hamm, 15.4.1988, WM 1988, 1441 (1445).
- 110 BAG, 10.3.1960, AP Nr. 2 zu § 138 BGB, Bl. 441 = MDR 1960, 612 (613) = BB 1960, 556 = VersR 1960, 612 = DB 1960, 582 = SAE 1960, 173 m. Anm. *Isele*; weitergehend offenbar das OLG Nürnberg, 9.2.1956, BB 1956, 352 = HVR Nr. 153.
- 111 Ebenda, Bl. 436 R.
- 112 Ebenda.
- 113 Ebenda.
- 114 Vgl. dazu RAG, 2.11.1929, ARS 7, 319 (322).
- 115 Zur Herausgabepflicht des Handelsvertreters im einzelnen vgl. *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, 2. Aufl., Rz. 593 ff.
- 116 RGRK/*Steffen* (Fn. 64), § 667 Rz. 22 m. w. N.
- 117 *Küstner/v. Manteuffel* (Fn. 1), Bd. 1, Rz. 241 = 2. Aufl., Rz. 594.
- 118 Vgl. z. B. VW 1974, 715 (716).
- 119 *Knapp/Ankele* (Fn. 5), § 92 a Rz. 5; *Heymann/Sonnenschein* (Fn. 23), § 92 a Rz. 4.
- 120 Vgl. *v. Brunn* (Fn. 3), S. 43.
- 121 *Knapp/Ankele* (Fn. 5), § 92 a, Rz. 6.