

# Betriebs Berater

## // WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Dr. Jürgen Ensthaler und Cord Würmann  
**Auswirkungen des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB bei der Veräußerung des Unternehmens eines Handelsvertreters** 230

**BGH:** „Gespaltene Beitragspflicht“ –  
 Maximalbelastung kann sich aus einer Gesamtschau von Gesellschaftsvertrag und Beitrittserklärung ergeben  
 BB-Kommentar von Dr. Christian Möller, RA 235

**OLG Frankfurt a.M.:** Eingeschränkte Rechtskraft abweisender Entscheidungen im Freigabeverfahren – Wella  
 BB-Kommentar von Dr. Oliver Rieckers, LL.M., RA 239

## // STEUERRECHT

Klaus D. Hahne, StB  
**Vorsteuerberichtigung gemäß § 15a Abs. 3 und 4 UStG und ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben der MwStSystRL** 247

Martin Schmitz, StB und Dr. Andreas Erdbrügger, StB, RA  
**Vorsteuerberichtigung: Das BMF-Schreiben zu § 15a Abs. 3 und 4 UStG** 253

**BGH:** Vorliegen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen nach § 1 Abs. 1a UStG 1999  
 BB-Kommentar von Dr. Stefan Behrens, RA 256

## // BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Hans-Joachim Böcking und Farhood Torabian  
**Zeitwertbilanzierung von Finanzinstrumenten des Handelsbestands nach dem Entwurf eines BilMoG** 265

Prof. Dr. Annette G. Köhler  
**Deregulierung nach dem Entwurf eines BilMoG** 268

**BFH:** Bilanzänderung durch anderweitige Verteilung von Sonderabschreibungen  
 BB-Kommentar von Niklas Gondert, RA und Björn Thies, RA, StB 271

## // ARBEITSRECHT

Dr. Nicolai Besgen, RA, FAArbR  
**Karneval und Arbeitsrecht** 274

**BAG:** Betriebliches Eingliederungsmanagement bei personenbedingter Kündigung  
 BB-Kommentar von Dr. Stefan Müller, RA, FAArbR 277

## // BB-MAGAZIN

Georgia D. Skorczyk, RA  
**Gerechtigkeitsdefizite der Beitragspflicht zum PSV** M1

Interview mit Prof. Dieter Kempf, Datev-Vorstandsvorsitzender  
**Steigende Herausforderungen bei mehr Wettbewerb** M16

Professor Dr. Dr. Jürgen Ensthaler und Cord Würmann

# Auswirkungen des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB bei der Veräußerung des Unternehmens eines Handelsvertreters

Von der Praxis wird in den letzten Jahren immer wieder darauf hingewiesen, dass der den Ausgleichsanspruch betreffende Ausschlussstatbestand des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB problematisch ist, da er in seiner derzeitigen Anwendung bei der Veräußerung von Handelsvertretungen nicht zu sachgerechten Ergebnissen führt. Neue Entwicklungen im europäischen Kartellrecht wirken auch in dieses Rechtsgebiet hinein und erfordern eine Überprüfung des jeweils nationalen Handelsrechts. Die EU-Kommission hat angekündigt, dass sie Händlerschutzvorschriften aus künftigen Gruppenfreistellungsverordnungen nicht mehr so umfangreich beibehalten will. Unter dem Stichwort „More Economic Approach“ sollen die Freistellungsverordnungen auf rein wettbewerbsrechtliche Angelegenheiten reduziert werden. Es ist damit zu rechnen, dass auch der deutsche Gesetzgeber insofern einzelne dieser Vorschriften in nationales Recht übernehmen wird und in diesem Zusammenhang auch einige bestehende Regelungen des Handelsgesetzbuchs, wie der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, auf den Prüfstein kommen.

## I. Einleitung

Das ohnehin uneinheitliche Bild des Handelsvertreters hat sich in den letzten Jahren in einigen Branchen zunehmend von seinem gesetzlichen Leitbild, eines zwar selbstständigen, aber in der Regel allein oder zumindest nur in kleinem Umfang handelnden Absatzmittlers, der ohne eine eigene aufwendige Unternehmensorganisation und damit verbundene größere Investitionen auskommt, entfernt. Zunehmend sehen die Handelsvertreterverträge nicht mehr nur die reine Vermittler- bzw. Abschlussstätigkeit mit dem von ihm geworbenen bzw. gepflegten Kundenstamm vor. Darüber hinaus verpflichtet sich der Handelsvertreter häufig dazu, die von ihm vertriebenen Produkte in einem speziell auf deren Marke abgestimmten vorgegebenen Konzept zu präsentieren, wozu u. a. kostenträchtige Schauräume und entsprechend geschultes Fachpersonal gehören.

## II. Problem der „nicht ausgleichsfähigen“ Investitionen

Die damit verbundenen z. T. hohen Investitionen in das eigene Unternehmen bergen für den Handelsvertreter ein besonderes Risiko. Anders als bei einem nicht an ein bestimmtes Unternehmen gebundenen Zwischen- oder Einzelhändler erfolgen die Investitionen zu einem großen Teil in die Marke des vertriebenen Produkts und sind ohne diese nicht in vollem Umfang bzw. gar nicht zu nutzen. Dieser Abhängigkeit des Handelsvertreters von dem von ihm vertretenen Unternehmen wird in der Regel dadurch Rechnung getragen, dass die Handelsvertreterverträge ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Pro-

visionshöhe und Vertragslaufzeit sowie den zu tätigen Investitionen aufweisen. Im Hinblick auf einen reibungslosen Vertrieb ist es nicht nur im Interesse des Handelsvertreters, dass sich die getätigten Investitionen unter normalen Umständen amortisieren.

Probleme ergeben sich jedoch bei der vorzeitigen Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses. Aufgrund der besonderen Ausgestaltung der Position des selbstständigen Handelsvertreters im Sinne der §§ 84 ff. HGB hat dieser dann keine Möglichkeit mehr, die speziell auf das vertriebene Produkt getätigten Investitionen zu nutzen.

### 1. Kein Investitionersatzanspruch

Der deutsche Gesetzgeber hat es bisher nicht für erforderlich gehalten, in der Frage der nicht amortisierten Investitionen des Handelsvertreters tätig zu werden und eine interessengerechte Regelung einzuführen. Dies, obwohl die Handelsvertreter-Richtlinie 86/653/EWG vom 18.12.1986<sup>1</sup> in Art. 17 Abs. 3 Spiegelstrich 2 einen entsprechenden, auf dem französischen Recht basierenden Ersatzanspruch<sup>2</sup> vorgesehen hat. Bei der Umsetzung der Richtlinie hat der Gesetzgeber von dieser Option keinen Gebrauch gemacht.

Unabhängig der §§ 84 ff. HGB gewährt die Rechtsprechung<sup>3</sup> bisher lediglich einen Investitionsschutz im Falle der vorzeitigen Beendigung von Vertragshändlerverhältnissen durch den Unternehmer. Die Anwendung der Regeln auf die Handelsvertreterverhältnisse ist darüber hinaus ungeklärt, und die Durchsetzbarkeit des Anspruchs ist entsprechend unsicher.<sup>4</sup>

Einen Ersatz für die getätigten Investitionen kann der ausscheidende Handelsvertreter daher regelmäßig nur durch eine Regelung im jeweiligen Handelsvertretervertrag erreichen. Dieser Weg wird aber in den seltensten Fällen möglich sein; gerade in den Fällen, in denen dem Handelsvertreter vom Unternehmer hohe eigene (auch) markenspezifische Investitionen auferlegt werden, besteht regelmäßig ein großes wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Parteien, das durch die Vereinbarung solcher Ausgleichszahlungen vermieden werden kann.

### 2. Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB

Als einzige vom Gesetz vorgesehene Kompensation steht dem Handelsvertreter – über den fortgesetzten Provisionsanspruch nach § 87 Abs. 3 HGB hinaus – beim Ausscheiden aus dem Handelsvertreterverhältnis der Anspruch nach § 89b HGB zu. Der Handelsvertreter er-

1 ABl. L 382 v. 31.12.1986, S. 17–21.

2 Vgl. Kiene, RIW 2007, 287, 288.

3 BGH, 21.10.1970 – VIII ZR 255/68, BGHZ 54, 338; OLG München, 21.1.1993 – U (K) 2843/91, NJW-RR 1995, 1137; Foth, BB 1987, 1270.

4 Entsprechend Semler, in: Martinek/Semler/Habermaier, Handbuch des Vertriebsrechts, 2. Aufl. 2003, § 14 Rn. 36; Creutzig, NJW 2002, 3430. Siehe zum Investitionsschutz im deutschen Vertriebsrecht auch Ensthaler, NJW 2003, 3106.

hält auf diesem Weg einen Ausgleich für den Verlust seines Kundenstamms, d.h. für den Verlust der Möglichkeit, bei Fortbestehen des Vertragsverhältnisses weitere Provisionen aus Geschäften des Unternehmers mit dem von ihm vermittelten Kundenstamm zu erzielen<sup>5</sup>. Durch Aufbau und Pflege eines Kundenstammes wird nämlich durch den Handelsvertreter ein „Goodwill“ geschaffen, der bei Fortdauer des Handelsvertretervertrages beiden Vertragsparteien zugute kommt. Dieser Vorteil kann jedoch nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses und dem Ausbleiben der Provisionen in der Regel nur noch vom Unternehmer wirtschaftlich genutzt werden.<sup>6</sup> Der Ausgleichsanspruch ist daher Vergütung des Unternehmers für die Überlassung des vom Handelsvertreter geschaffenen Kundenstammes.<sup>7</sup> Im Rahmen der Regelungen zum Handelsvertreter in den §§ 84ff. HGB bezweckt der § 89b Abs. 1 HGB damit die Wahrung der Belange des Handelsvertreters.<sup>8</sup> Der Gesetzgeber sieht somit die Erschließung und Pflege eines Kundenstammes für den Unternehmer als eine unternehmerische Leistung an, deren wirtschaftliche Nutzung grundsätzlich dem Handelsvertreter zusteht. Unter den Voraussetzungen des § 89b Abs. 1 Nr. 1–3 HGB wird daher zumindest der Wert des Kundenstammes ersetzt, den der Unternehmer nach dem Ausscheiden des Handelsvertreters weiterhin für sich nutzen kann. Die geworbenen Neukunden im Sinne des § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB verkörpern insofern eine „Anwartschaft“ auf den bei Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses entstehenden Ausgleichsanspruch.

Investitionen in die vertriebene Marke werden dadurch aber nur mittelbar ersetzt. Der Höhe nach wird der Ausgleichsanspruch regelmäßig nicht reichen, um nicht amortisierte Investitionen auszugleichen, da er einer sog. Kappungsgrenze unterliegt und somit höchstens einer durchschnittlichen Jahresprovision entspricht (§ 89b Abs. 2, 1. HS. HGB).

### 3. Notwendigkeit der Unternehmensveräußerung

Aufgrund der oben aufgezeigten Besonderheiten kann der ausscheidende Handelsvertreter für markenbezogene bzw. markenabhängige Investitionen angemessenen Ersatz nur von demjenigen verlangen, der die Produkte derselben Marke nach seinem Ausscheiden weiter vertreibt, also von dem ihm in das Handelsvertreterverhältnis mit dem Unternehmer nachfolgenden Handelsvertreter. Nur so lassen sich die getätigten Investitionen in produkt-/markenspezifische Sachmittel (Gebäude, Werkzeuge etc.) und Know-how (Schulungen etc.) von dem Nachfolger im vollen Umfang nutzen. Nach aktueller Rechtslage besteht also für den Handelsvertreter die Notwendigkeit, sein Unternehmen zu veräußern, um seine hohen (auch) markenspezifischen Investitionen über den Verkaufserlös angemessen zu refinanzieren.

## III. Hindernisse für die Erzielung eines angemessenen Veräußerungserlöses

Die Erzielung eines Kaufpreises, der sowohl seine Interessen an einem angemessenen Ausgleich seiner (auch) markenspezifischen Investitionen, als auch seine Investitionen in den Aufbau eines Kundenstammes berücksichtigt, wird dem Handelsvertreter aber durch die derzeitige Rechtspraxis erschwert bzw. unmöglich gemacht.

### 1. Zustimmung des Unternehmers, Einstandszahlungen

Das für die Nutzung der markenspezifischen Investitionen notwendige Handelsvertreterverhältnis über das bisher vertriebene Produkt ist

jedoch der Gegenstand seines Unternehmens („Asset“), über den der ausscheidende Handelsvertreter gar nicht verfügen kann. Es steht allein dem Unternehmer zu, darüber zu entscheiden, wer als Nachfolger das Handelsvertreterverhältnis übernimmt. Der Verkauf einer Handelsvertretung steht daher letztlich immer unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Unternehmers.

Der Unternehmer erhält damit eine Machtposition über den ausscheidenden Handelsvertreter, aus der er die Höhe des erzielbaren Unternehmenskaufpreises zum eigenen Vorteil negativ beeinflussen kann. So gehört es zu den üblichen Gepflogenheiten, dass sich der Unternehmer den Abschluss eines Handelsvertretervertrages und der damit verbundenen Chance zur Provisionserzielung im Rahmen der zugewiesenen Handelsvertretung durch sog. Einstandszahlungen vergüten lässt.<sup>9</sup> In den Fällen der Übernahme einer Handelsvertretung von einem ausscheidenden Handelsvertreter wird sich dies in der Regel zum Nachteil des ausscheidenden Handelsvertreters auswirken. Der Nachfolger wird versuchen, die Einstandszahlung an den Unternehmer durch eine Minderung des Kaufpreises für den ausscheidenden Handelsvertreter auszugleichen.

Solche Einstandszahlungen sind rechtlich auch umfangreich möglich. Sie verstoßen nach der h.M. in Rechtsprechung und Literatur nicht gegen das Verbot der Vorausabtretung des Ausgleichsanspruchs aus § 89b Abs. 4 Satz 1 HGB.<sup>10</sup> Dies ist im Sinne der h.M. auch konsequent, weil die Ansprüche bzw. Anwartschaften auf einen Ausgleich mit den vom Austretenden erworbenen und nunmehr vom Neueintretenden genutzten Kundenstamm wegen § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB nicht auf diesen übergehen.

### 2. Wegfall des Ausgleichsanspruchs

Sobald der Handelsvertreter sich mit dem Unternehmer dahingehend einigt, dass ein Dritter in das Handelsvertreterverhältnis eintritt, entfällt nach § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB auch der Ausgleichsanspruch, den der Gesetzgeber als Vergütung für die weitere Nutzung des aufgebauten Kundenstammes vorsieht.

Indem der Ausgleichsanspruch des Ausscheidenden untergeht und die Anwartschaft nach h.M. in Rechtsprechung und Literatur gerade nicht auf den Neueintretenden übergehen soll (siehe dazu im Einzelnen unter IV.), kann diese Anwartschaft auch nicht durch § 89b HGB dahin geschützt werden, dass sie nicht durch Einstandszahlungen ausgehöhlt werden darf. Soweit die dem „Neuen“ abverlangten Einstandszahlungen nur Ausgleich für den vom ausscheidenden Handelsvertreter angeworbenen Kundenstamm sind, muss die Einstandszahlung nach der Konstruktion der h.M. rechters sein.

5 Begr. zum RegE, BT-Drucks. 1/3856, S. 35; st. Rspr. BGH, 7.3.1957 – II ZR 261/55, BGHZ 24, 30, 33 f.; BGH, 13.5.1957 – II ZR 318/56, BGHZ 24, 214, 222; BGH, 9.4.1964 – VII ZR 123/62, BGHZ 41, 292, 296 f.; BGH, 23.5.1966 – VII ZR 268/64, BGHZ 45, 268, 270; BGH, 30.6.1966 – VII ZR 124/65, BGHZ 45, 385, 386; BGH, 25.4.1960 – II ZR 130/58, NJW 1960, 1292; BGH, 7.7.1983 – I ZR 115/81, NJW 1984, 2101, 2102; BGH, 6.2.1985 – I ZR 175/82, NJW 1985, 3076, 3077; BGH, 28.4.1988 – I ZR 66/87, WM 1988, 1204, 1205; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 89b Rn. 2; v. Hoyningen-Huene, in: MüKo-HGB, 2. Aufl. 2005, § 89b Rn. 5; Semler (Fn. 4), § 15 Rn. 1.

6 Vgl. Küstner/v. Mantuffel/Evers, Ausgleichsanspruch, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 6. Aufl. 1995, Rn. 36 ff.; Hopt (Fn. 5), § 89b Rn. 2.

7 St. Rspr. BGH, 7.3.1957 – II ZR 261/55, BGHZ 24, 30, 33 f.; BGH, 13.5.1957 – II ZR 318/56, BGHZ 24, 214, 222; BGH, 9.4.1964 – VII ZR 123/62, BGHZ 41, 292, 296 f.; BGH, 30.6.1966 – VII ZR 124/65, BGHZ 45, 385, 386; BGH, 28.4.1988 – I ZR 66/87, WM 1988, 1204, 1205; BGH, 6.2.1985 – I ZR 175/82, NJW 1985, 3076, 3077; v. Hoyningen-Huene (Fn. 5), § 89b Rn. 5; Hopt (Fn. 5), § 89b Rn. 2; Löwisch, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 89b Rn. 3; Genzow, in: Ensthaler, GK-HGB, 7. Aufl. 2007, § 89b Rn. 2.

8 Begr. zum RegE, BT-Drucks. 1/3856 S. 33; v. Hoyningen-Huene (Fn. 5), HGB, § 89b Rn. 2.

9 Westphal, MDR 2005, 421, 422; Kiene, NJW 2006, 2007, 2009; Thume, in: Küstner/Thume, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Handbuch des gesamten Außendienstrechts Bd. 2, 7. Aufl. 2003, Rn. 220.

10 BGH, 10.5.1984 – I ZR 36/82, NJW 1985, 58; Genzow (Fn. 7), § 89b Rn. 62; die Grenze zur Unzulässigkeit soll erst bei einem übermäßig hohen Übernahmepreis überschritten sein, vgl. OLG Celle, 7.2.2002 – 11 U 241/99, OLG 2002, 86; OLG München, 20.10.2004 – 7 U 3194/04, NJW-RR 2005, 1062.

Ein aus wirtschaftlicher Sicht untragbares Ergebnis: Der Unternehmer braucht nicht an den austretenden Handelsvertreter zu leisten, darf vom Neueintretenden aber für den verbleibenden Kundenstamm Einstandszahlungen fordern, wobei der Austretende leer ausgeht.

## IV. Normzweck und Reichweite von § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB

Der Gesetzgeber hat mit § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB tief in die Gestaltungsfreiheit der Parteien eingegriffen. Der ausscheidende Handelsvertreter kann danach seine Handelsvertretung nicht vorteilhaft an einen Dritten veräußern, weil er dadurch den gegen den Unternehmer gerichteten Ausgleichsanspruch verliert. Anders als der „klassische“ Handelsvertreter ohne eigene Unternehmensorganisation, ist er bei seinen Verhandlungen über die Veräußerung seines Unternehmens im höchsten Maße erpressbar, da der Ausgleichsanspruch bei der von ihm anzustrebenden Vertragsübernahme durch den Nachfolger entfällt.

Die Konsequenzen für den ausscheidenden Handelsvertreter erscheinen eigentümlich, weil sie dem § 89b HGB zugrunde liegenden Zweck zum Schutz des ausscheidenden Handelsvertreters<sup>11</sup> nicht entsprechen. Der Charakter der Norm ist damit ein Fremdkörper innerhalb der bestehenden, insoweit stringenteren Regelung zum Ausgleichsanspruch. Nicht nur aus diesem Grund wird der Ausschlussstatbestand als „wenig geglückt und methodisch ungenau“<sup>12</sup> bezeichnet; seine Fassung sei „höchst unvollkommen“ und „unsauber“<sup>13</sup>.

Die Regelung des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB soll daher genauer betrachtet werden. Dabei sind insbesondere die Fragen zu beantworten, ob der Ausschlussstatbestand auf alle Fälle der Übernahme anwendbar ist und wie der vom ausscheidenden Handelsvertreter aufgebaute bzw. gepflegte Kundenstamm zukünftig ausgleichsrechtlich zu behandeln ist.

### 1. Ausgestaltung der Übernahmevereinbarungen

Nach dem Wortlaut des § 89b Abs. 3 Nr. 3, 1. HS HGB entfällt der Ausgleichsanspruch, wenn „aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter ein Dritter anstelle des Handelsvertreters in das Vertragsverhältnis eintritt“. Damit fallen darunter streng genommen nur diejenigen Nachfolgevereinbarungen, die zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter unter Zustimmung des Dritten vereinbart wurden. Darüber hinaus wird aber auch eine (zumindest entsprechende) Anwendung auf dreiseitige Verträge angenommen.<sup>14</sup> Ebenfalls vom Anwendungsbereich umfasst sind wohl auch die Fälle, in denen unmittelbar zwischen dem ausscheidenden Handelsvertreter und seinem Nachfolger eine Vereinbarung unter Zustimmung des Unternehmers getroffen wird.<sup>15</sup> Die Einbeziehung des ebenfalls denkbaren Falles, dass die Nachfolgevereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Neueintretenden Dritten erfolgt, der der ausscheidende Handelsvertreter lediglich zustimmt, wird z. T. abgelehnt.<sup>16</sup>

Dogmatisch stellt die in § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB beschriebene Vereinbarung über den Eintritt in ein bestehendes Vertragsverhältnis unter Zustimmung des Eintretenden Dritten eine Vertragsübernahme dar. Diese Möglichkeit der Übertragung eines Schuldverhältnisses im Ganzen durch den Austausch eines der Vertragspartner ist nicht gesetzlich geregelt. In Rechtsprechung und Lehre ist jedoch unbestritten, dass die Vertragsübernahme unter Mitwirkung aller beteiligten Personen wirksam erfolgen kann; entweder durch dreiseitigen Vertrag oder aber durch Zustimmung des jeweils betroffenen Dritten zu einer

zweiseitigen Vereinbarung.<sup>17</sup> Dass allein dieser Austausch des Handelsvertreters unter Aufrechterhaltung des ursprünglichen Handelsvertretervertrages gemeint ist, ergibt sich auch aus dem Wortlaut der Handelsvertreterrichtlinie 86/653/EWG vom 18.12.1986<sup>18</sup>. Nach deren Art. 18 lit. c) soll der Ausgleichsanspruch dann nicht entstehen, „wenn der Handelsvertreter gemäß einer Vereinbarung mit dem Unternehmer die Rechte und Pflichten, die er nach dem Vertrag besitzt, an einen Dritten abtritt“. Anders als in der deutschen Umsetzung wird hier nicht auf die konkrete vertragliche Ausgestaltung abgestellt, sondern allein auf den dadurch erreichten Zweck, nämlich dem vollständigen Eintritt des Nachfolgers in die Rechtsposition des Handelsvertreters. Ein solcher Eintritt in den bisherigen Handelsvertretervertrag ist aber grundsätzlich bei der Vertragsübernahme gegeben, unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung.<sup>19</sup> Es verhält sich demnach in jedem Fall der Übernahme des Handelsvertreterverhältnisses so, dass § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB einschlägig ist.<sup>20</sup> Dies gebietet nicht zuletzt die richtlinienkonforme Auslegung.

### 2. Regelungszweck

Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch bei einer dogmatisch orientierten Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen des § 89b Abs. 1 HGB, wonach es beim Vorliegen eines einvernehmlichen Eintritts eines Nachfolgers von vornherein an der Beendigung des Vertragsverhältnisses im Sinne des § 89b Abs. 1 HGB fehlt. Bei dem Ausschlussstatbestand handelt es sich daher lediglich um einen deklaratorischen Verweis auf die bestehende Rechtslage: Wegen fehlender Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses würde der Ausgleichsanspruch ohnehin nicht zu Gunsten des Handelsvertreters entstehen. Der in das Vertragsverhältnis eintretende Nachfolger übernimmt bruchlos die Rechtsstellung des Vorgängers.

Auch der Wortlaut des 2. Halbsatzes von § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB, der im Zusammenhang mit dem Eintritt eines Dritten in das Vertragsverhältnis von einer „Beendigung“ spricht, ändert nichts an dem eben dargestellten Charakter einer rechtshindernden Einwendung. Die gewählte Formulierung ist lediglich Ausdruck einer unpräzisen Umsetzung der Vorgaben der Handelsvertreter-Richtlinie – die diesen Begriff in dem Regelungszusammenhang gar nicht erwähnt – bei gleichzeitig fehlendem Systemverständnis des deutschen Gesetzgebers. Gemeint ist demnach mit „Beendigung“ nicht das Erlöschen des gesamten Vertragsverhältnisses, sondern lediglich das Ausscheiden des Handelsvertreters und zwar zu Gunsten des Eintretenden Dritten.<sup>21</sup>

Die Notwendigkeit eines expliziten Ausschlussstatbestandes für die Fälle der Vertragsübernahme erschließt sich wohl allein aus dem historischen Zusammenhang. Bis zur Einführung des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB ging die h.M. in der Literatur davon aus, dass auch die Übertragung der

11 Semler (Fn. 4), § 15 Rn. 1.

12 Löwisch (Fn. 7), § 89b Rn. 68.

13 Küstner/v. Manteuffel/Evers (Fn. 6), Rn. 1289.

14 Hopt (Fn. 5), § 89b Rn. 69; Thume, BB 1991, 490, 491; v. Hoyningen-Huene (Fn. 5), § 89b Rn. 183; Ungeheuer, in: Pfeiffer, Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999, § 13 Rn. 170; Semler (Fn. 7), § 15 Rn. 46–48; Wauschkuhn, BB 1996, 1517, 1519; Thume (Fn. 9), Rn. 1500.

15 Küstner/v. Manteuffel, BB 1990, 291, 298; dies., BB 1990, 1713, 1714; kritisch Thume, BB 1991, 490, 492 bzw. ablehnend Thume (Fn. 9), Rn. 1500.

16 Thume, BB 1991, 490, 492; Thume (Fn. 9), Rn. 1500; Ungeheuer (Fn. 14), § 13 Rn. 170; v. Hoyningen-Huene (Fn. 5), § 89b Rn. 183.

17 BGH, 20.6.1985 – IX ZR 173/84, BGHZ 95, 88, 94 f.; Thume, BB 1991, 490, 491; Löwisch (Fn. 7), § 89b Rn. 69; Kiene, NJW 2006, 2007, 2010 f.

18 ABl. L 382 vom 31.12.1986, S. 17–21.

19 Siehe zur Vertragsübernahme gemäß § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB auch Kiene, NJW 2006, 2007.

20 Zustimmend Ruß, in: Heidelberger Kommentar zum HGB, 6. Aufl. 2002, § 89b Rn. 15a.

21 Ankele, DB 1989, 2211, 2213; Küther, NJW 1990, 304, 305; Küstner/v. Manteuffel, BB 1990, 291, 299; dies., BB 1990, 1713, 1714; Sonnenschein/Weitemeyer, in: Heymann, HGB, 2. Aufl. 1995, § 89b Rn. 95; Hopt (Fn. 5), § 89b Rn. 68; Genzow (Fn. 7), § 89b Rn. 57.

Handelsvertretung auf einen Nachfolger mit Zustimmung des Unternehmers keine Rechtsnachfolge im Sinne einer Vertragsübernahme darstellt, sondern immer eine Beendigung des ursprünglichen Handelsvertretervertrages, weil das Handelsvertreterverhältnis grundsätzlich an eine Person gebunden sei.<sup>22</sup> Es sollte auf Seiten des Handelsvertreters eine „Sperre der Nichtübertragbarkeit der Dienstleistungspflicht“ eingreifen.<sup>23</sup> Diese Ansicht war aber inkonsequent, da der Eintritt des Nachfolgers des Unternehmers in das Handelsvertreterverhältnis durch Vereinbarung bereits damals für möglich gehalten wurde.<sup>24</sup> Auch die unter der alten Gesetzeslage in dieser Frage ergangene Entscheidung des BGH<sup>25</sup> trägt diese Ansicht nicht. Nach deren Leitsatz führt zwar der „Eintritt“ eines Nachfolgers in das Vertragsverhältnis mit dem Unternehmer zu einer Beendigung im Sinne des § 89b Abs. 1 HGB. Wie der BGH aber in seiner Begründung feststellte, hatte der Vertrag zwischen dem Ausscheidenden und dem Unternehmer aber „tatsächlich und rechtlich“ sein Ende gefunden; lediglich „auf dessen Grundlage“ war zwischen dem Nachfolger und dem Unternehmer ein neues Vertragsverhältnis begründet worden.<sup>26</sup> Es handelte sich dabei also gerade nicht um eine Vertragsübernahme in dem oben dargelegten Sinne.<sup>27</sup>

Die Anwendung des Ausschlusstatbestandes auf Vertragsübernahmen – egal wie diese im Einzelnen ausgestaltet sein sollten – passt also grundsätzlich in die Dogmatik des Ausgleichsanspruchs gemäß § 89b HGB und widerspricht auch nicht der bisherigen Rechtsprechung in diesem Bereich. Im Zuge der Einführung hat es der Gesetzgeber jedoch versäumt, den Charakter und den Anwendungsbereich des Ausschlusstatbestandes klar zu fassen. Im Gegenteil hat er durch die unbedarfte Verwendung des Begriffs „Beendigung“ im 2. Halbsatz des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB, weiter für Verwirrung gesorgt, die sich in der Praxis erheblich zum Nachteil des ausscheidenden Handelsvertreters ausgewirkt hat, was den Regelungszweck des § 89b HGB konterkariert. Die umfassende Wirkung des Ausschlusstatbestandes hat für den ausscheidenden Handelsvertreter ganz erhebliche Nachteile.

### 3. Die ausgleichsrechtliche Behandlung des Kundenstammes

Aufgrund der Formulierung des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB wird in der Literatur überwiegend die Meinung vertreten, dass nicht nur der ausscheidende Handelsvertreter seinen Ausgleichsanspruch verliert, sondern dass im Gegenzug auch dessen Nachfolger im Handelsvertreterverhältnis der übernommene Kundenstamm ausgleichsrechtlich nicht als „neu geworbene Kunden“ im Sinne des § 89b Abs. 1 HGB zugerechnet werden könne.<sup>28</sup> Die h. M. beruft sich dabei auf eine BGH-Entscheidung<sup>29</sup>, welche vor Einführung des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB erging und sich gegen einen solchen Übergang des Kundenstammes auf den Nachfolger ausspricht. Etwas anderes könnte ausgleichsrechtlich zu Gunsten des Nachfolgers nur zwischen den Parteien, d. h. mit Zustimmung des Unternehmers, vereinbart werden (sog. Neukundenregelung).<sup>30</sup>

Für die hier behandelten Fälle, in denen der ausscheidende Handelsvertreter aufgrund hoher (auch) markenspezifischer Investitionen auf den Verkauf seines Unternehmens angewiesen ist, bedeutet dies eine zusätzliche Schwächung seiner Position: Er hat zum einen keinen Anspruch mehr auf die vom Gesetz vorgesehene Vergütung seines Kundenstammes gegenüber dem Unternehmer aus § 89b HGB und kann zum anderen nicht den in seinem Kundenstamm verkörperten ausgleichsrechtlichen Wert ohne Zustimmung des Unternehmers durch Veräußerung der Handelsvertretung an seinen Nachfolger realisieren. Ein Ergebnis, das aus unterschiedlichen Gründen nicht haltbar ist.

Die von der h. M. bevorzugte Lösung würde dogmatisch Sinn ergeben, wenn § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB den aufgrund der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses entstandenen Ausgleichsanspruch als rechtsvernichtende Einwendung nachträglich entfallen lassen würde. Es handelt sich bei dem Ausschlusstatbestand nach einhelliger Meinung aber um eine rechtshindernde Einwendung.<sup>31</sup> Wie in den beiden übrigen Ausschlusstatbeständen des Absatzes 3 wird hierin eine Konkretisierung der in Absatz 1 Nr. 3 geregelten Billigkeit gesehen.<sup>32</sup> Liegen die Voraussetzungen vor, wird also bereits die Entstehung des Ausgleichsanspruchs als unbillig verneint.<sup>33</sup>

Es kann sich dabei auch nicht auf den Gesetzgeber berufen werden. Dieser wollte durch den Ausschluss des Ausgleichsanspruchs gegenüber dem Unternehmer zwar den ausscheidenden Handelsvertreter dazu anhalten, sich den Wert des Kundenstammes allein von seinem Nachfolger vergüten zu lassen<sup>34</sup>, um die „Doppelvergütung des Kundenstammes“ zu verhindern.<sup>35</sup> Durch den ersatzlosen Verlust des Ausgleichsanspruchs, zusammen mit dem Umstand, dass eine ausgleichsrechtliche Übertragung des Kundenstammes nur mit Zustimmung des Unternehmers möglich ist, wird im Endeffekt aber nicht die doppelte Vergütung des Kundenstammes verhindert, sondern die Vergütung des Kundenstammes überhaupt.

Ein solches Ergebnis widerspricht dem Zweck des Ausgleichsanspruchs. Der aufgrund des § 89b Abs. 1 HGB ermittelte Wert des Kundenstammes steht gerade dem Handelsvertreter zu.<sup>36</sup> Nur wenn die vom ausscheidenden Handelsvertreter geworbenen Kunden bei einer Vertragsübernahme auch ohne explizite Vereinbarung insoweit auf den Nachfolger übergehen, dass dieser sie bei seinem Ausscheiden als Neukunden im Sinne des § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB geltend machen kann, kann eine angemessene Vergütung des ausscheidenden Handelsvertreters erfolgen und der derzeit bestehende Wertungswiderspruch aufgehoben werden.

Der ausgleichsrechtliche Übergang des Kundenstammes widerspricht auch nicht Art. 18 lit. c) der Handelsvertreter-Richtlinie<sup>37</sup>, nach dem der Ausgleichsanspruch nur entfällt, „wenn der Handelsvertreter gemäß einer Vereinbarung mit dem Unternehmer die Rechte und Pflichten, die er nach dem Vertrag besitzt, an einen Dritten abtritt“. Der bruchlose und umfassende Eintritt des Nachfolgers in die bestehende vertragliche Position wird von seinem Wortlaut vielmehr gefordert. Eine richtlinienkonforme Auslegung muss also dahin gehen, dass der Ausgleichsanspruch nur entfallen darf, wenn der Nachfolger – im Hinblick auf sein späteres

22 Brüggenmann, in: Staub, Großkommentar HGB, 4. Aufl. 1995, § 89b Rn. 24; Westphal, Neues Handelsvertreterrecht, 1991, S. 146.

23 Brüggenmann (Fn. 22), § 89b Rn. 26.

24 Brüggenmann (Fn. 22), § 89b Rn. 26.

25 BGH, 14.4.1988 – I ZR 122/86, NJW 1989, 35.

26 BGH, 14.4.1988 – I ZR 122/86, NJW 1989, 35, 36.

27 Es kann in diesem Zusammenhang auch auf die Intention des BGH verwiesen werden, die hinter der Entscheidung stand: Vor der Einführung des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB wurde durch die Annahme einer Beendigung in Fällen der Vertragsübernahme die Position des strukturell benachteiligten Handelsvertreters gegenüber dem Unternehmer gestärkt, indem der Anwendungsbereich des Ausgleichsstatbestands möglichst weit gefasst wurde.

28 v. Hoyningen-Huene (Fn. 5), § 89b Rn. 184; Wauschkuhn, BB 1996, 1517, 1519; Ruß (Fn. 20), § 89b Rn. 10, 17; Ungeheuer (Fn. 14), § 13 Rn. 171; Sonnenschein/Weitemeyer (Fn. 21), § 89b Rn. 24; Löwisch (Fn. 7), § 89b Rn. 68; Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl. 2007, § 89b Rn. 5; Westphal (Fn. 22), 1991, S. 146 f.; Thume, BB 1991, 490, 492; Thume (Fn. 9), Rn. 1504; a. A. Küstner/v. Manteuffel, BB 1990, 1713, 1715; Semler (Fn. 7), § 15 Rn. 48.

29 BGH, 10.5.1984 – I ZR 36/82, NJW 1985, 58.

30 Löwisch (Fn. 7), § 89b Rn. 68; Sonnenschein/Weitemeyer (Fn. 21), § 89b Rn. 24; Westphal (Fn. 22), S. 146 f.

31 v. Hoyningen-Huene (Fn. 5), § 89b Rn. 153; Hopt (Fn. 5), § 89b Rn. 69.

32 v. Hoyningen-Huene (Fn. 5), § 89b Rn. 152, sowie Sonnenschein/Weitemeyer (Fn. 21), § 89b Rn. 80, jeweils unter Berufung auf BGHZ 45, 385, 386; Kiene, NJW 2006, 2007, 2008.

33 v. Hoyningen-Huene (Fn. 5), § 89b Rn. 152.

34 Vgl. Begr. zum RegE, BT-Drucks. 11/3077, S. 9.

35 Küstner/v. Manteuffel, BB 1990, 291, 298; dies., BB 1990, 1713, 1714; Thume, BB 1991, 490, 491; Löwisch (Fn. 7), § 89b Rn. 68; Genzow (Fn. 7), § 89b Rn. 56.

36 Vgl. Ausführungen oben unter II. 2.

37 ABl. L 382 vom 31.12.1986, S. 17–21.

Ausscheiden – auch in die durch den erworbenen Kundenstamm verkörperte Rechtsposition hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs eintritt.

## 4. Zwischenergebnis

Anders als die h.M. annimmt, muss der im Kundenstamm verkörperte ausgleichsrechtliche Wert bei einer Vertragsübernahme für den Nachfolger erhalten bleiben. Nur so ist der ausscheidende Handelsvertreter in der Lage, eine angemessene Vergütung auszuhandeln, die ihm aufgrund des Gesetzeszwecks zusteht.

Dadurch dass der im Kundenstamm verkörperte Wert dem ausscheidenden Handelsvertreter nicht komplett entzogen wird, erübrigen sich auch die untauglichen Versuche von Teilen der Literatur, den Anwendungsbe- reich des Ausschlusstatbestandes anhand des Wortlauts zu begrenzen.

Das Ergebnis stärkt auch nicht unverhältnismäßig die Position des ausscheidenden Handelsvertreters. Der Ausgleichsanspruch wird nicht durch die „Hintertür“ wieder eingeführt. Der Nachfolger wird den Wert des Kundenstammes im Zweifel geringer beurteilen als der ausscheidende Handelsvertreter. Und dies zu Recht, denn bis zur Be- endigung des Handelsvertreterverhältnisses stellt der Kundenstamm ausgleichsrechtlich lediglich eine „Anwartschaft“ auf einen entspre- chenden Ausgleichsanspruch dar, dessen tatsächliches Entstehen von weiteren Umständen abhängt und daher noch nicht sicher ist.<sup>38</sup> Da- her wird die gegenüber dem Nachfolger zu erzielende Vergütung ge- ringer ausfallen, als ein möglicher Ausgleichsanspruch gegenüber dem Unternehmer gemäß § 89b HGB. Dies ist das wirtschaftliche Zu- geständnis, dass der ausscheidende Handelsvertreter nach derzeitiger Gesetzeslage machen muss, um seine (auch) markenspezifischen In- vestitionen durch Unternehmensverkauf zu refinanzieren.

## V. Erforderlichkeit der Zustimmung durch den Unternehmer

Zu klären ist auch die Frage nach der grundsätzlichen Zustimmung des Unternehmers zur Veräußerung und damit verbunden dessen Möglichkeit, durch die Vereinbarung von Einstandszahlungen mit dem in das Handelsvertreterverhältnis eintretenden Nachfolger, den Verkaufserlös zu mindern.

Der Ausgleichsanspruch ist wenig wert, solange der Handelsvertreter in Abhängigkeit zum Unternehmer steht. Dies ist nicht nur bei Be- gründung oder während des Vertragsverhältnisses der Fall, sondern auch im Zusammenhang mit den Nachfolvereinbarungen. Für den Vertragshändler im Kfz-Bereich ist dieser Sachverhalt bereits in der Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) der Kommission (EG) Nr. 1400/2002 vom 31.7.2002<sup>39</sup> geregelt: Danach bedarf es für die Ver- tragsübernahme durch einen Nachfolger grundsätzlich nicht mehr der Zustimmung des Unternehmers/Vertriebsbinders. Insofern gibt es zumindest für die sog. „unechten“ Handelsvertreter im Kfz-Bereich, deren Verträge unter die Anwendung der GVO 1400/2002 fallen, be- reits einen Schutz vor Einstandszahlungen.

Eine dahingehende Gesetzesänderung würde, nach aller Erfahrung auf vergleichbaren Gebieten, aber wieder zu neuen Schwierigkeiten führen. Die Zustimmung kann man sicher nicht für alle denkbaren Fälle einer Nachfolgeregelung entfallen lassen. Es ist auch das Interesse des Unter- nehmers an einer ordnungsgemäßen Verwertung der von ihm aufge- bauten und unterhaltenen Marke zu berücksichtigen. Trotz des legiti- men Schutzinteresses des ausscheidenden Handelsvertreters darf die Rechtsentwicklung nicht dahin gehen, die Zustimmung des Unterneh-

mers generell überflüssig zu machen. Der Katalog von Ausnahmen, der erforderlich wäre, würde mehr Probleme schaffen als lösen.

Zu denken ist aber auch daran, dass dem Nachfolger nur deshalb Schutz gewährt wird, damit der ausscheidende Handelsvertreter nicht im Zu- sammenhang mit der Nachfolgeregelung den Ausgleich für seinen Kun- denstamm komplett verliert. Der Nachfolger wird dies jedoch nicht im- mer so sehen. Er wird auch im Falle des ausgleichsrechtlichen Über- gangs des Kundenstammes versuchen, den Kaufpreis zu drücken. Zu be- denken ist dabei, dass es bis heute wohl zu den schwierigsten Gebieten des Handelsrechts gehört, einen solchen Anspruch zu berechnen.

Wie unter IV. 2. bereits gezeigt, wird der neueintretende Handelsvertre- ter den Wert der im Kundenstamm verkörperten Anwartschaften im Zweifel geringer beurteilen als der ausscheidende. Deshalb könnte es zum Schutz des ausscheidenden Handelsvertreters interessengerechter sein, den eigentlichen Ausgleichsanspruch auch im Fall einer Nachfol- gerevereinbarung nicht entfallen zu lassen bzw. das Gesetz entsprechend zu ändern. Diese Lösung würde dem Stand der h.M. vor Einführung des Ausschlusstatbestandes des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB entsprechen, nach der bei jeder Übertragung einer Handelsvertretung auf einen Nachfolger eine Beendigung im Sinne des § 89b Abs. 1 HGB gesehen wurde.<sup>40</sup> Eine Doppelzahlung stünde nur insoweit in Rede, wie es dem ausscheidenden Handelsvertreter gelingen könnte, vom Nachfolger für die Übernahme einen Kaufpreis zu verlangen, der über den Wert des Unternehmens hinausgeht. Für diesen Fall würde wiederum der Neu- eintretende Gefahr laufen, zu Lasten seines noch zu erwerbenden Aus- gleichsanspruchs Zahlungen leisten zu müssen.

## VI. Fazit

Es gibt drei Regelungsvarianten, wie ein ausscheidender Handelsver- treter im Hinblick auf seine nicht amortisierten (auch) markenspezi- fischen Investitionen sowie die Vergütung des von ihm erworbenen Kundenstammes zu behandeln ist:

### 1. Gegenwärtige Regelung

Die erste wird heute praktiziert und ist in jedem Fall als nicht interessen- bzw. normgerecht zu kritisieren. Wenn nicht mit Zustimmung des Un- ternehmers etwas anderes vereinbart wird, geht der Ausgleichsanspruch für den ausscheidenden Handelsvertreter verloren, ohne dass dem neu- eintretenden durch Übernahme des Kundenstammes die entsprechen- den Anwartschaften zuwachsen. Damit ist regelmäßig verbunden, dass der Unternehmer nun vom Eintretenden eine entsprechende Einstands- zahlung verlangt. Eine seinen bisherigen Leistungen entsprechende Ver- gütung für das von ihm aufgebaute Unternehmen kann der ausscheiden- de Handelsvertreter daher von seinem Nachfolger nicht erwarten.

Wie hier gezeigt wurde, ist diese Variante als dogmatisch unbegründ- bare und zudem wirtschaftlich nicht nachvollziehbare Regelung abzu- lehnen.

### 2. Zutreffende Interpretation von § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB

Die zweite Variante sichert dem Nachfolger per Gesetz die Anwart- schaften auf einen Ausgleichsanspruch für den übernommenen Kun- denstamm, bei gleichzeitigem Verlust des Ausgleichsanspruchs für

<sup>38</sup> Vgl. *Westphal* (Fn. 22), S. 1467, der diese Position aber lediglich als „Chance“ bezeichnet.

<sup>39</sup> ABl. L 203 v. 1.8.2002, S. 30–41.

<sup>40</sup> *Brügemann* (Fn. 22), § 89b Rn. 24.

den ausscheidenden Handelsvertreter. Da es dabei auf eine Mitwirkung des Unternehmers nicht ankommt, kann eine angemessene Vergütung vereinbart werden. Es besteht zwar noch die Voraussetzung der grundsätzlich notwendigen Zustimmung des Unternehmers zur Übernahme des Handelsvertreterverhältnisses, Einstandszahlungen des Nachfolgers an den Unternehmer dürfen sich in diesen Fällen jedoch nicht negativ auf den Unternehmenskaufpreis auswirken, weil sie wegen der damit einhergehenden Einschränkung des zukünftigen Ausgleichsanspruchs weitestgehend unzulässig wären.

Diese zweite Variante hat den Vorteil bereits *de lege lata* angewandt werden zu können. Die Anwartschaften hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs des Ausscheidenden gehen auf den Nachfolger im Wege der *cessio legis* über. Wenn der Ausscheidende seinen Anspruch verliert, das Gesetz aber nun keinen Hinweis auf ein Ergebnis enthält, dass den Unternehmer endgültig von der entsprechenden Verpflichtung befreit, bleibt als einzige Möglichkeit nur die *cessio legis*.

### 3. Lösung de lege ferenda

Nach der dritten Variante schließlich würde der Eintritt eines Nachfolgers in das Handelsvertreterverhältnis als „Beendigung“ im Sinne des § 89b Abs. 1 HGB angesehen. Dies sicherte dem ausscheidenden Handelsvertreter den Ausgleichsanspruch und zwar auch im Falle der Übernahme des Handelsvertreterverhältnisses durch den Dritten. Dann bestünde aber auch die Gefahr der „zweimaligen Zahlung“ der Ausgleichssumme an den Ausscheidenden. Benachteiligt wäre somit der eintretende Handelsvertreter, wenn er seinem Vorgänger einen Übernahmepreis zahlt, der über den Wert des Kundenstammes und des sonstigen Unternehmens hinausgeht. Der Eintretende würde dieselbe Situation vorfinden, die im Falle der Verhandlung unmittelbar mit dem Unternehmer durch das Verbot von Einstandszahlungen vermieden werden soll.

Die Umsetzung der dritten Variante bedarf der Gesetzesänderung. Abgesehen davon unterscheidet sie sich von der zweiten Lösung dadurch, dass nun der ausscheidende Handelsvertreter gegenüber dem eintretenden eine stärkere Position erlangt. Während bei der zweiten Variante der Ausscheidende um die Auskehrung des „eigentlich“ ihm zustehenden Ausgleichs für seinen Kundenstamm bangen muss, ist es bei der dritten Lösung der Neueintretende, der eventuell mehr leisten

muss, zu Lasten seines späteren, erst noch zu erwerbenden Ausgleichsanspruchs.

### 4. Zusammenfassung

Im Zusammenhang mit dem Übergang einer Handelsvertretung von dem ausscheidenden Handelsvertreter auf einen neueintretenden geht die zur Zeit noch h.M. von einem Verlust des Abfindungsanspruchs beim Ausscheidenden aus, ohne dass die von diesem erdiente Anwartschaft für den Eintretenden erhalten bleibt. Diese Ansicht trifft gerade den Handelsvertreter, der wegen Investitionen in die Marke sein Handelsvertreterunternehmen an einen Dritten veräußern muss; sie führt hier zu wirtschaftlich untragbaren Ergebnissen. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, sie ist falsch. § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB kann nur dahin ausgelegt werden, dass die erworbene Anwartschaft auf den Nachfolger übergeht. Damit ist verbunden, dass vom Eintretenden keine Einstandszahlung zu Lasten der dann ebenfalls durch § 89b HGB geschützten Anwartschaft vom Unternehmer verlangt werden darf. Dies bewirkt wiederum, dass der austretende dem eintretenden Handelsvertreter ausgleichsfähige wirtschaftliche Werte überlassen kann.

### // Autoren

**Professor Dr. jur. Dr. rer. pol. Jürgen Ensthaler** ist Professor für Wirtschafts-, Unternehmens- und Technikrecht an der Technischen Universität Berlin. Richter am OLG Zweibrücken. Zahlreiche Veröffentlichungen zum nationalen und europäischen Vertriebsrecht, insbesondere zum Kfz-Vertrieb. Herausgeber des Gemeinschaftskommentars zum HGB. Der Autor ist Ständiger Mitarbeiter des „Betriebs-Berater“.



**Ass. jur. Cord Würmann** ist als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Wirtschafts-, Unternehmens- und Technikrecht der Technischen Universität Berlin sowie als Rechtsanwalt in Berlin tätig. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Handels- und Gesellschaftsrecht.



## BGH: „Gespaltene Beitragspflicht“ – Maximalbelastung kann sich aus einer Gesamtschau von Gesellschaftsvertrag und Beitrittserklärung ergeben

BGH, Urteil vom 5.11.2007 – II ZR 230/06

Ungekürzter Volltext des Urteils: // **BB-ONLINE** BBL2008-235-1 unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSATZ

Den Anforderungen an die Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit weite-  
rer neben die Einlagepflicht tretender Beitragslasten (sog. „gespaltene  
Beitragspflicht“, s. zuletzt Sen.Urt. v. 19.3.2007 – II ZR 73/06, BB 2007,  
1016, Tz. 17 m.w.Nachw.) trägt eine Vertragsgestaltung Rechnung,

nach der sich aus dem Gesellschaftsvertrag i.V.m. der zugehörigen  
Beitrittserklärung die maximale Höhe (hier: durch Angabe eines „Net-  
to-Gesamtaufwands“) der den Gesellschafter treffenden Beitrags-  
pflicht ergibt.

BGB § 707

### SACHVERHALT

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren nur noch darum, ob die Be-  
klagten als Gesellschafter der als geschlossener Immobilienfonds ausge-