

und solchen, die ohne weitere Rechtfertigung entzogen werden können. Diese Unterscheidung lässt sich dabei nicht nur im Personengesellschaftsrecht, sondern auch für die Kapitalgesellschaften fruchtbar machen. Dies bedeutet freilich nicht, dass die Gesellschafterrechte bei den verschiedenen Gesellschaftsformen auch denselben Kategorien zugeordnet werden müssten.

Absolut unentziehbare Rechte sind solche, die den Gesellschaftern auch nicht mit ihrer Einwilligung entzogen werden können. Es handelt sich also um unverzichtbare Rechte. Hierzu zählen etwa das Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen oder zur Geltendmachung von Beschlussmängeln, aber auch das Austrittsrecht und das Recht zur *actio pro socio*. Rechtsbeschränkungen können insoweit weder gesellschaftsvertraglich vereinbart noch später beschlossen werden.

Relativ unentziehbare Rechte sind demgegenüber verzichtbar. Einer besonderen Rechtfertigung bedarf eine Entziehung oder Beschränkung dieser Rechte daher nicht, wenn der betroffene Gesellschafter dem zugestimmt hat. Gegen den Willen des Gesellschafters kann ein Eingriff in die Rechtsposition wirksam aber nur erfolgen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft geboten ist, wobei auch die schutzwürdigen Belange des Gesellschafters zu berücksichtigen sind. Mit der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass es sich bei der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis um ein relativ unentziehbares Recht handelt. Andere relativ unentziehbare Rechte sind etwa das Stimmrecht und das Recht auf Gewinnbeteiligung.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung stellt einen weiteren Baustein in der Rechtsprechung des BGH zur Kontrolle von Mehrheitsbeschlüssen dar. Der BGH folgt dabei der im juristischen Schrifttum vorgeschlagenen Unterscheidung zwischen absolut und relativ unentziehbaren sowie sonstigen Gesellschafterrechten. Für die Praxis geklärt ist damit, dass die sich aus Gesetz oder Gesellschaftsvertrag ergebende Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu den relativ unentziehbaren Gesellschafterrechten gehört. Diese ist zwar nicht unentziehbar, doch bedürfen sowohl die

Entziehung als auch die Schaffung der gesellschaftsvertraglichen Grundlage für eine sachgrundlose Entziehung einer besonderen Rechtfertigung. Hierfür genügt es nicht, dass eine Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis im Interesse der Gesellschaft liegt. Sie muss vielmehr im Interesse der Gesellschaft geboten und zudem für den betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung der eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar sein. Einer besonderen Rechtfertigung bedarf es lediglich dann nicht, wenn der Gesellschafter dem Eingriff zugestimmt hat.

3

Bemessung des Ausgleichsanspruchs eines Handelsvertreters

Leitsätze:

- 1. Der Vorteil des Unternehmers oder Herstellers i.S.d. § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB besteht darin, die vom Handelsvertreter oder Vertragshändler geschaffenen Geschäftsverbindungen nach Beendigung des Vertrags weiterhin nutzen zu können. Es geht damit um eine Bewertung dieses vom Handelsvertreter oder Vertragshändler geschaffenen Kundenstamms („goodwill“).**
- 2. Ein Anspruch des Vertragshändlers gegenüber dem Hersteller auf Auskunft über den von diesem mit dem Produkt insgesamt erzielten Rohertrag zur Durchsetzung eines Ausgleichsanspruchs besteht nicht.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.09.2020, VII ZR 69/19

von **Dipl.-Kfm. Jochen König**, RA, WP und StB, MGK Partner, Duisburg / **Steffen Lunau**, RA und FA für Steuerrecht

A. Problemstellung

Für die Bemessung des Ausgleichsanspruchs eines Handelsvertreters ist nach § 89b Abs. 1 HGB der Unternehmervorteil eines der maßgeblichen Kriterien, ohne dass legal definiert wäre, was der Unternehmervorteil ist und wie er sich berechnet. Soweit § 89b HGB analog auf

den Vertragshändler anwendbar ist, stellt sich die Frage für diesen in gleicher Weise. Die Besprechungsentscheidung versucht, diese Frage teilweise zu beantworten.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beklagte ist der Generalimporteur für einen Kraftfahrzeughersteller. Die Klägerin war Vertragshändlerin und wollte nach Vertragsbeendigung ihren Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB geltend machen. Dass ein solcher Anspruch dem Grunde nach bestand, war in den Vorinstanzen unstrittig und blieb vom BGH als entscheidungsunerheblich dahingestellt.

Zur Berechnung der Unternehmervorteile i.S.d. § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB verlangte die Klägerin Auskunft über die von der Beklagten erzielten Deckungsbeiträge im Neuwagen- und Ersatzteilgeschäft. In ihrer Begründung stützte sich die Klägerin wesentlich darauf, der 1953 als isoliert nationales Recht eingeführte § 89b HGB stelle seit 1990 die Umsetzung der „Richtlinie zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter 86/653/EWG“ der EU vom 18.12.1986 (nachfolgend kurz „die RL“) in nationales deutsches Recht dar. Die Auslegung des § 89b HGB und des in ihm enthaltenen Begriffs des „Unternehmervorteils“ habe daher die RL zu beachten.

Bis hierhin folgte der BGH der Klägerin, jedoch nicht den weiteren klägerischen Schlussfolgerungen betreffend das Zusammenspiel von § 89b HGB und der RL. Um diese Überlegungen zu verstehen, ist ein kurzer Abriss der Historie des § 89b HGB erforderlich.

§ 89b HGB hatte vor der RL bereits langjährig dem Handelsvertreter einen Ausgleichsanspruch zugesprochen, „wenn und soweit“ (a) der Unternehmer über die Beendigung des Vertreterverhältnisses hinaus aus der Geschäftsverbindung mit vom Handelsvertreter geworbenen Kunden erhebliche Vorteile habe, (b) der Handelsvertreter als Folge der Beendigung des Vertrages Provisionsverluste habe und (c) die Zahlung eines Ausgleichs der Billigkeit entspreche. Rechtsprechung und Literatur schlossen aus der Formulierung „wenn und soweit“, die Anspruchshöhe richte sich nach dem niedrigsten Betrag, der für die drei vorgenannten Krite-

rien ermittelt worden sei (vgl. zu der früheren, rein nationalen Rechtslage statt aller Schlegelberger, HGB, 5. Aufl. 1973, § 89b Rn. 20, sowie aus jüngerer Zeit OLG Düsseldorf, Urte. v. 27.01.2017 - I-16 U 171/15).

Die EU stellte den Mitgliedsstaaten im Rahmen der Harmonisierung des Handelsvertreterrechts dann 1986 mit Art. 17 der RL das französische Schadensersatz- und das deutsche Ausgleichsmodell zur Auswahl. Der europäische Gesetzgeber übernahm dabei für das Ausgleichsmodell mit der Formulierung „wenn und soweit“ die Logik des historischen § 89b HGB, dasjenige Kriterium mit dem im Einzelfall niedrigsten Wert markiere die Obergrenze des Ausgleichsanspruchs. Er übernahm jedoch in den Art. 17 Abs. 2 der RL *nicht* alle drei Kriterien des historischen § 89b HGB. Vielmehr benennt Art. 17 Abs. 2 der RL nur die beiden Kriterien „Unternehmervorteil“ und „Billigkeit“; die Provisionsverluste, im § 89b Abs. 1 HGB a.F. ein selbstständiges drittes Kriterium, stuft Art. 17 Abs. 2 der RL auf ein im Rahmen der Billigkeitsprüfung zu berücksichtigendes Sub-Kriterium herab. Deutschland entschied sich daraufhin 1990 für die Beibehaltung des national bewährten Ausgleichsmodells, sah jedoch keine Diskrepanz zwischen dem bestehenden § 89b Abs. 1 HGB und dem Art. 17 Abs. 2 der RL und ließ § 89b Abs. 1 HGB im Zuge der Umsetzung der RL daher *unverändert*, hielt also an *drei* Kriterien fest. Offensichtlich sah auch die Europäische Kommission keine Diskrepanz zwischen dem Drei-Kriterien-Modell des § 89b Abs. 1 HGB und Art. 17 Abs. 2 der RL, der nur zwei Kriterien für maßgeblich erklärt; jedenfalls legt deren „Bericht über die Anwendung von Artikel 17 der Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter 86/653/EWG“ vom 23.07.1996, KOM(96) 364 endg. dieses nahe. Mit diesem Bericht wollte die Kommission u.a. für Rechtsanwender in denjenigen Mitgliedstaaten, in denen ein ausscheidender Handelsvertreter bis dahin keine Kompensationszahlungen erhalten hatte, die Rechtspraxis in denjenigen Mitgliedstaaten erläutern, die entsprechende Systeme bereits praktizierten, und entsprechend die Rechtsanwendung in den Ländern erleichtern, die mit diesem System noch nicht vertraut waren, vgl. S. 12 letzter Absatz des Berichts. Bei der Darstellung des Ausgleichssystems, vgl. S. 2 ff. des Berichts, stellte die Kommission in diesem Zusammenhang die

bisherige deutsche Praxis vor, ohne in irgendeiner Weise zu erkennen zu geben, diese müsse aufgrund der Bestimmungen der RL überdacht/angepasst werden.

Dann allerdings klagte ein deutscher Tankstellenpächter, die Beschränkung seines Handelsvertreterausgleichs durch § 89b Abs. 1 HGB und die dazu ergangene Rechtsprechung auf die Höhe seiner Provisionsverluste sei mit Art. 17 Abs. 2 der RL nicht vereinbar. Dem folgte der EuGH und entschied in der sog. „Semen“-Entscheidung (EuGH, Urt. v. 26.03.2009 - C-348/07), Art. 17 Abs. 2 der RL erlaube nicht, den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters auf dessen Provisionsverluste zu begrenzen. Die Provisionsverluste seien nach Art. 17 Abs. 2 vielmehr nur ein Aspekt im Rahmen der Billigkeitsabwägung und könnten deshalb nicht von vornherein den Ausgleichsanspruch auf die Provisionsverluste begrenzen, wenn die dem Unternehmer aus der Tätigkeit des Handelsvertreters verbleibenden Vorteile höher seien, so Leitsatz 1 und Rn. 19-25 der „Semen“-Entscheidung. Keine Äußerung enthält hingegen die „Semen“-Entscheidung, wie der Unternehmervorteil zu berechnen sei. Der deutsche Gesetzgeber sah sich durch die „Semen“-Entscheidung gezwungen, im Jahre 2009 § 89b Abs. 1 HGB neu zu fassen und strich die Provisionsverluste als eigenständiges, ggf. den Ausgleichsanspruch limitierendes Kriterium und stufte sie zu einem Subkriterium im Rahmen der Billigkeit herab.

Die Klägerin meinte, der Unternehmervorteil, zu dessen Berechnung der EuGH wie dargestellt in der „Semen“-Entscheidung nicht geäußert habe, sei der Deckungsbeitrag I (nachfolgend kurz „DB I“ oder etwas anschaulicher „Handelsspanne“) aus dem Verkauf von Neufahrzeugen und Ersatzteilen an Mehrfach- = Stammkunden und verlangte hierüber Auskunft und Vorlage sämtlicher für die Berechnung des DB I erforderlichen Unterlagen. Da – im Regelfall wohl zutreffend – der Handelsvertreter keine Kenntnisse von dem Zahlenwerk des Unternehmers hat, könne – so meinte die Klägerin – sie ohne einen entsprechenden Auskunftsanspruch die nach der Rechtsprechung des EuGH relevanten Unternehmervorteile nicht selbst errechnen und entsprechend zur Höhe des Ausgleichsanspruches nicht vortragen. Europarechtlich folge daher aus der „Semen“-Entscheidung ein entsprechender Auskunftsanspruch als Annex-Recht, da ansonsten der von Art. 17 der RL ge-

wollte zwingende Schutz des Handelsvertreters nicht erreicht werde. Die Klägerin obsiegte mit dieser Argumentation in I. wie II. Instanz.

Der BGH erachtet die Handelsspanne demgegenüber als „nicht hinreichend aussagekräftig“ und daher Auskunft hierüber nicht für erforderlich.

Wenn die Besprechungsentscheidung Kritik auf sich zieht, so erscheint dies nur in Maßen dem BGH vorwerfbar, denn der entscheidende Konstruktionsfehler ist in Art. 17 Abs. 2 der RL und § 89 Abs. 1 HGB zu verorten: Der Begriff des Unternehmervorteils ist nicht legal definiert. Der europäische wie der nationale Gesetzgeber hat sich hierzu keine Gedanken gemacht, vgl. die der RL vorangestellten Erwägungsgründe und die Gesetzesbegründung zu der Neufassung des § 89b Abs. 1 HGB im Jahre 2009 (BT-Drs. 16/13672, S. 22, zu Art. 6a (neu) des Gesetzes zur Neuregelung bei Schuldverschreibungen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung, auf das die Anpassung des § 89b HGB in Reaktion auf die „Semen“-Entscheidung aufgesattelt wurde). Auch die Rechtsprechung hat keine eine Berechnung des Unternehmervorteils erlaubende Definition entwickelt, sich vielmehr stets mit der Aussage aus der Affäre gezogen, der Unternehmervorteil entspreche „regelmäßig“ *mindestens* den Provisionsverlusten des Handelsvertreters (so auch die Besprechungsentscheidung Rn. 16). Ausnahmen von dieser „Regel“, z.B. im Falle der Schließung des vertretenen Unternehmens, wurden alsdann unsystematisch auf einer Fall-zu-Fall-Basis definiert (vgl. Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Bd. 2, 9. Aufl. 2014, Kap. VII Rn. 2 und 30 ff.).

In dieses definatorische Vakuum stieß die Klägerin in der Besprechungsentscheidung mit der These hinein, der Unternehmervorteil entspreche dem „Deckungsbeitrag I“. Anzumerken ist hierzu zunächst, dass auch der Begriff „Deckungsbeitrag“ und folglich ebenfalls der Begriff „DB I“ nicht legal oder durch Rechtsprechung definiert ist. In der Besprechungsentscheidung verstanden Parteien und Gericht soweit erkennbar darunter den Rohertrag, ein noch häufig genutztes Synonym für das Rohergebnis i.S.d. § 276 Satz 1 HGB, d.h. den Umsatz zzgl. Bestandsveränderungen, aktivierten Eigenleistungen und sonstigen betrieblichen Erträgen abzgl.

des Materialaufwandes. Da Auskunft auf Ebene der Stammkunden, nicht des gesamten Unternehmens verlangt wurde, verkürzte sich diese Rechnung auf die Differenz zwischen Umsatz mit dem betreffenden Kunden und dem zugehörigen variablen Materialaufwand. In der betriebswirtschaftlichen Praxis wird als „DB I“ meist etwas abweichend die Differenz aus Umsatz und variablen Herstellkosten verstanden, was im Einzelfall zu spürbar anderen Zahlen führen kann.

Der BGH lässt sich auf die Berechnung der Handelsspanne als Teil der Berechnung des Unternehmervorteils nicht ein. Der § 89b HGB wolle als Unternehmervorteil den auf die Arbeit des Handelsvertreters zurückzuführenden Teil des Kundenstamms insoweit abgelten, wie dieser von dem Unternehmer nach Ausscheiden des Handelsvertreters noch weiter genutzt werden könne (vgl. Rn. 14). Dies sei eine Prognoseentscheidung. Weder der *Kundenstamm* spiegele sich jedoch im DB I wider noch könne eine *Vergangenheitszahl* wie der DB I – so muss man den BGH wohl verstehen – als Prognose des *künftigen* Nutzens des Unternehmers verstanden werden (vgl. Rn. 14 und 19 f. der Besprechungsentscheidung).

In Fortsetzung der bisherigen ständigen Rechtsprechung stellt der BGH vielmehr fest, die Unternehmervorteile bestünden regelmäßig *mindestens* in dem Umfang, in dem der Handelsvertreter Provisionen aus Geschäften mit ausgleichsfähigen Kunden verliert und vice versa in den Provisionen, die infolge der Vertragsbeendigung entfallen (vgl. Satz 2 der Rn. 16 der Besprechungsentscheidung; ähnlich z.B. in der Literatur Hopt in: Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 89b Rn. 15 Satz 1 a.E.). Bereits diese Definition der Unternehmervorteile ist in sich aber nur bedingt schlüssig, wie der VIII. Zivilsenat des BGH bereits in anderem Zusammenhang festgestellt hat: Denn mit Ende des Handelsvertretervertrages schreiben sich die Kundenaufträge in der Regel nicht von selbst, sondern muss anstelle des bisherigen Handelsvertreters entweder ein anderer Handelsvertreter oder ein Angestellter des Unternehmens die betreffenden Kunden betreuen. Da weder ein anderer Handelsvertreter noch ein Angestellter für Gotteslohn arbeiten, müsste in der Logik dieser Definition des Unternehmervorteils ein solcher völlig verneint werden, wenn der neue Handelsvertreter den gleichen Provisions-

satz erhalte wie sein Vorgänger und wäre bei einem niedrigeren Provisionsatz allenfalls die Differenz zwischen dem alten höheren und dem neuen niedrigeren Provisionsatz (bzw. dem Gehalt des Angestellten) anzusetzen; dieser Effekt tritt aber gerade nicht ein, und der Unternehmer schuldet dem Handelsvertreter auch dann Ausgleich, wenn er dessen Nachfolger vergleichbare Provisionen bzw. dem Vertragshändler vergleichbare Rabatte einräume (vgl. BGH, Urt. v. 13.01.2010 - VIII ZR 25/08 Rn. 19 f., sowie Hopt in: Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 89b Rn. 15 letzter Satz): Eine „Doppelbelastung“ des Unternehmers durch Ausgleichanspruch des alten und Provisionsanspruch des neuen Handelsvertreters sei zwangsläufige Folge des Ausgleichsystems und führe nicht über die Verneinung eines Unternehmervorteils zum Wegfall des Ausgleichsanspruchs (vgl. nochmals BGH, Urt. v. 13.01.2010 - VIII ZR 25/08 Rn. 20). Zudem enthält die vorstehende, ständiger Rechtsprechung entsprechende Definition – oben bewusst hervorgehoben – ein „*mindestens*“; der Unternehmervorteil kann also offenbar höher ausfallen. Die Provisionsverluste spiegeln sich daher bestenfalls mittelbar im Unternehmervorteil wider. Der VII. Zivilsenat des BGH hat in der Besprechungsentscheidung dies wohl erkannt und stützt sich deshalb auf zwei weitere Argumentationslinien.

Zum einen verweist er auf den zitierten Bericht der Kommission aus dem Jahre 1996, der wie erwähnt keinerlei Umsetzungsdefizite in Deutschland adressiert. Dies deutet die Besprechungsentscheidung jedenfalls im Zusammenspiel mit der Tatsache, dass auch der EuGH in seinem „Semen“-Urteil zu dem Begriff des Unternehmervorteils keine Stellung bezogen hat, ersichtlich dahin, der historische europäische Gesetzgeber habe mit der Übernahme des deutschen Ausgleichsmodells auch für den Regelfall die Schätzung des Unternehmervorteils über die Provisionsverluste gebilligt (vgl. Rn. 17 f. der Besprechungsentscheidung). Schweigen ist allerdings keine Zustimmung, auch kein Schweigen des EuGH.

Zum anderen hebt die Besprechungsentscheidung (vgl. Rn. 18) darauf ab, zwar nicht die sehr knappen Erwägungsgründe der RL selbst, aber doch die Kommission in ihrem erwähnten Bericht, dort Seite 1, benenne als Grund für die Leistung des Ausgleichs die Steigerung des Unternehmens-Goodwills durch die Tätig-

keit des Handelsvertreters; auf diesen Bericht habe die „Semen“-Entscheidung ebenfalls offenbar zustimmend Bezug genommen. Als Unternehmervorteil i.S.d. Art. 17 Abs. 2 der RL, § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB sei daher der vom Handelsvertreter/Vertragshändler geschaffene „Kundenstamm“ zu verstehen (Rn. 20 der Besprechungsentscheidung). Die Bewertung des „Kundenstamms“ als eines *vertriebsbezogenen* Wertes habe jedoch nichts mit dem Rohertrag als Differenz zwischen Umsatz und variablen Materialaufwand als einer von *Produktionskosten* abhängigen Größe zu tun (vgl. nochmals Rn. 20). Da die Größe, über die Auskunft verlangt werde, mit der Berechnung des Anspruchs, der durchgesetzt werden solle, nichts zu tun habe, sei der geltend gemachte Auskunftsanspruch zu verneinen (Rn. 22 der Besprechungsentscheidung).

Dem BGH ist bestenfalls im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zuzustimmen.

Erstens ist am Ende „der Geschäftswert als einheitliches Wirtschaftsgut nicht in seine Komponenten, insbesondere nicht in einen erworbenen, sich allmählich verflüchtigenden Wert einerseits und einen vom Unternehmen neu geschaffenen nicht aktivierungsfähigen Wert andererseits“ zerlegbar (vgl. BFH, Urt. v. 12.08.1982 - IV R 43/79 Rn. 21, in Übereinstimmung mit der h.L. in der Betriebswirtschaft). Wenn schon der zusätzliche, neu hinzugewonnene Wert *für das Unternehmen insgesamt* nicht festgestellt werden kann, so kann erst recht nicht festgestellt werden, welche Steigerung des Goodwills die Tätigkeit eines *einzelnen* Handelsvertreters bewirkt oder nicht bewirkt hat. Der BGH verlangt insoweit etwas betriebswirtschaftlich Unmögliches. Zweitens muss die Besprechungsentscheidung sich mangelnde sprachliche Präzision vorhalten lassen. Der „Goodwill“ oder „Firmenwert“ ist etwas anderes als der „Kundenstamm“ (vgl. statt aller Schubert/Huber in: Beck'scher Bilanzkommentar, 12. Aufl. 2020, § 247 HGB Rn. 406, 408, 410). Drittens ist zweifelsfrei der DB I weder mit dem Firmenwert/Goodwill noch dem Kundenstamm identisch. Aber dies hat die Klägerin auch nicht geltend gemacht. Sie wollte vielmehr Auskunft über die Höhe der Handelsspanne aus der Geschäftsbeziehung mit von ihr erworbenen Neu- und intensivierten Altkunden. Der BGH hätte sich also die Frage stellen müssen, ob der DB I, ggf. in Zusammen-

hang mit anderen Zahlen, für eine Schätzung des je nach Verständnis Goodwills bzw. Kundenstamms Relevanz hat. Es liegt jedoch auf der Hand, dass für ein Unternehmen Kundenbeziehungen, mit denen sich eine hohe Handelsspanne erzielen lässt, mehr Wert haben als Kundenbeziehungen, aus denen ein geringer oder gar kein Deckungsbeitrag erwirtschaftet wird. Dass der Kundenstamm *vertriebsbezogen* ist, der DB I hingegen maßgeblich durch die *Produktionskosten* bestimmt wird, schlägt dagegen nichts. Zunächst spricht der § 89b HGB nicht von vertriebsbezogenen oder produktionsbezogenen Unternehmervorteilen, sondern ohne Differenzierung nach der Art der Vorteile allgemein von Unternehmervorteilen. Zum anderen geht es nicht um die *Struktur* des Kundenstammes, sondern um dessen *Wert*(zuwachs); und dieser Wert speist sich auch und maßgeblich aus der Höhe des Deckungsbeitrages, den das Unternehmen mit den betreffenden Kunden erzielt! Gleiches gilt mit Blick auf das Kriterium der Billigkeit. Wenn der Handelsvertreter dem Unternehmer Kunden beigebracht hat, mit denen der Unternehmer hohe Handelsspannen erwirtschaftet, entspricht es der Billigkeit, dass er hierfür einen höheren Ausgleich erhält, als wenn er nur Kunden beigebracht hat, mit denen nur eine schmale oder gar keine Deckungsbeiträge erwirtschaftet werden (können).

Der BGH hätte also auf Basis seiner eigenen Rechtsauffassung entweder (a) tiefergehend analysieren müssen, warum der DB I bewertungsirrelevant ist (was eine Differenzierung zwischen dem letztlich kaum berechenbaren Firmenwert und dem meist besser fassbaren Wert des Kundenstammes erfordert hätte) oder (b) darstellen müssen, dass und wie weit die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für die Eignung des DB I als (einem ggf. durch andere Zahlen ergänzungsbedürftigen Teil der) Schätzgrundlage für die Steigerung des Wertes des Kundenstammes/Firmenwerts traf und ob und inwieweit sie dieser Darlegungs- und Beweislast genügt hat. Wenn die Klägerin dargetan hätte, dass sie unter Zuziehung ihrer bekannter anderer Zahlen zumindest schätzweise die Steigerung des Firmenwertes/Kundenstammes errechnen konnte, wenn die Beklagte ihr Auskunft über den DB I gibt, hätte der Klage auf Auskunft nach der Logik des BGH stattgegeben werden müssen.

Es erscheint allerdings wenig zielführend, sich an der genauen Berechnung von etwas zu versuchen, das nicht berechnet werden kann, nämlich aus dem ohnehin *nicht mehr in seine Komponenten zerlegbaren* Goodwill/Firmenwert (dem Betrag, um den der Wert des Unternehmens die Summe des Wertes aller seiner materiellen und immateriellen Vermögensgegenstände überschreitet) denjenigen Betrag herauszurechnen, um den sich der Goodwill durch die Tätigkeit eines *einzelnen* Handelsvertreters bzw. Vertragshändlers gesteigert hat. Naheliegender erscheint es, den § 89b Abs. 1 HGB etwas wörtlicher zu verstehen: In Stufe 1 wäre dann (nur) zu prüfen, ob überhaupt ein erheblicher Unternehmensvorteil bejaht werden kann, ohne zu versuchen, diesen allzu genau zu beziffern. So gibt es in vielen Branchen als Faustformel verwandte Kennzahlen für die Bewertung von Kundenbeziehungen bzw. Marktanteilen oder sogar des Unternehmens insgesamt (z.B. der Ausstoß in Hektolitern bei Brauereien, der schlichte Umsatz bei beratenden Berufen und im Online-Handel je nach Segment entweder die Zahl und/oder Durchschnittsgröße der „Tickets“, die durchschnittlichen Umsätze je Kunden im Online-Handel oder – insbesondere bei personalisierten Preis-Modellen – der durchschnittlich erzielte Deckungsbeitrag je „Ticket“). Wenn eine nennenswerte, überschlägig ermittelte „Hausnummer“ für den Unternehmensvorteil zu bejahen ist, wäre in Stufe 2 die Höhe des billigen Ausgleichs zu bestimmen. Dabei wären wie vom Gesetz vorgegeben die Provisionsverluste zu berücksichtigen, können aber auch andere Aspekte berücksichtigt werden, die greifbar vorhanden, aber nicht exakt quantifizierbar sind. Da Billigkeit ein Kriterium ist, das in keine mathematische Formel gefasst werden kann und damit keiner exakten Berechnung zugänglich ist, bedarf es hierfür ebenfalls keiner genauen Berechnung. Im Gegenteil können die gesamten von der Judikatur entwickelten Kriterien/Fallkonstellationen dann im Rahmen der Billigkeitsprüfung angemessene Berücksichtigung finden.

Wenn die Entscheidung am Ende im Ergebnis gleichwohl richtig ist, so basiert dieses auf einem einfachen Umstand: Die Klägerin machte einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB geltend. Entsprechend allgemeinen prozessualen Grundsätzen muss sie dafür alle anspruchsbegründenden Tatsachen vortragen und bewei-

sen. Dies hat die Klägerin im Besprechungsfall offensichtlich verabsäumt und unterlassen darzulegen, welchen Berechnungsmodus für die Berechnung des Unternehmensvorteils sie anwenden will und dass der ihr fehlende Baustein in dieser Berechnung der DB I sei. Wenn sie den DB I als mit dem Unternehmensvorteil identisch (oder als für die Billigkeitsprüfung relevant) ansah, so hätte dieses näher begründet werden müssen, u.a. warum nur variable Materialkosten, nicht aber andere variable und anteilige Fixkosten abzuziehen seien oder durch Bezugnahme auf Branchenkennzahlen. Wenn der Kläger aber nicht vorträgt, warum er die Auskunft benötigt, bildet § 242 BGB keine ausreichende Grundlage für eine Auskunftsklage.

C. Kontext der Entscheidung

Mit der Vorschrift des § 89b HGB verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, bisher unberücksichtigt gebliebene Belange des Handelsvertreters zu wahren (Begr. RegE, BT-Drs. 1/3856, S. 33). Dem Handelsvertreter soll ein Ausgleichsanspruch für die beim Unternehmer verbleibenden Vorteile aus Nachbestellungen und Folgeaufträgen gewährt werden. Der Ausgleich stellt somit ein Entgelt für die noch nicht abgeglichene Markterschließungsleistung des Handelsvertreters dar, von der das Unternehmen auch künftig noch profitiert.

Nachdem der EuGH mit der „Semen“-Entscheidung die in der deutschen Rechtsprechung geltende strikte Gleichsetzung des Unternehmensvorteils mit den Provisionsverlusten des Handelsvertreters als unzulässige Begrenzung des Ausgleichsanspruchs aufgehoben hat, begründet dies die Möglichkeit (und den Zwang), sich stärker auf den beim Unternehmer verbleibenden Vorteil nach Beendigung des Handelsvertretervertrages zu konzentrieren. Hierbei ist das europarechtliche Konzept zu berücksichtigen, das den Mitgliedstaaten den französischen Ansatz eines Schadensersatzes und den deutschen Ansatz eines Ausgleichsanspruchs zur Verfügung gestellt hat. Die Provisionsverluste des Handelsvertreters stehen dem Schadensersatzmodell näher, während der Unternehmensvorteil für das Ausgleichsmodell das konzeptionell prägende Element ist. Dem Ausgleichsmodell entspricht daher nicht die Konzentration

auf die Provisionsverluste, sondern ein stärkeres Durchdringen der Unternehmervorteile.

Damit wäre auch die dogmatische „Unwucht“ der deutschen Rechtsprechung beseitigt, den Unternehmervorteil (Kriterium I) anhand eines Sub-Kriteriums der Billigkeit (Kriterium II), nämlich den Provisionsverlusten zu bestimmen. Der Halbsatz „... insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen ...“ findet sich nun einmal nur in § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB (Billigkeit), *nicht* in § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB (Unternehmervorteile), womit es eigentlich eingehender Begründung bedürfte, warum die Provisionsverluste als Maßstab für den Unternehmervorteil dienen sollen.

Der BGH hat damit „unter dem Strich“ in dem hier kommentierten Urteil die Chance versäumt, eine dogmatische Linie aufzuzeigen, wie § 89b Abs. 1 HGB und der Begriff des Unternehmervorteils nach der „Semen“-Entscheidung des EuGH logisch stimmig ausgefüllt werden kann.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Besprechungsentscheidung lässt die Frage unbeantwortet, wie der nach § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB ausgleichspflichtige Unternehmervorteil zu berechnen ist. Prozessual trägt der Handelsvertreter die Darlegungs- und Beweislast für die Vorteile des Unternehmers. Der Handelsvertreter fährt daher den sicheren Weg, wenn er seinen Ausgleichsanspruch konservativ auf seine Provisionsverluste stützt.

Legt er seiner Forderung jedoch den eigentlich von § 89b HGB geforderten (tatsächlichen) Unternehmervorteil zugrunde, müsste er bei der Definition des Unternehmervorteils Pionierarbeit leisten und in der Regel seiner Zahlungsklage eine Auskunfts-klage vorschalten, weil ihm die betreffenden Zahlen nicht, schon gar nicht auf seine Kunden heruntergebrochen, bekannt sind. Entsprechend hoch ist die Gefahr, mit einer solchen Klage abgewiesen zu werden. Handelsvertreter wie Rechtsanwälte werden aber in der Regel keine Neigung haben, Rechtsgeschichte zu schreiben und dafür erhebliche Prozessrisiken auf sich zu nehmen.

Der Praxis wird daher in der Regel nur bleiben, sich weiterhin an den Provisionsverlusten zu orientieren. Bei Licht betrachtet stellen die Provisionsverluste sich allerdings nicht, wie die Rechtsprechung meint, als Mindest-Unternehmervorteil dar, sondern allenfalls als – zwar unreflektiert, aber im Ergebnis vom deutschen wie dem europäischen Gesetzgeber akzeptierter – Billigkeitsmaßstab.

4

Reichweite der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für Schulden der GbR (gegenüber einer Wohnungseigentümergeinschaft)

Leitsatz:

Die Nachhaftung des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die zum Zeitpunkt seines Ausscheidens Wohnungseigentümerin ist, erstreckt sich auf Beitragspflichten, die auf nach seinem Ausscheiden von den Wohnungseigentümern gefassten Beschlüssen beruhen; auch insoweit handelt es sich um Altverbindlichkeiten i.S.v. § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.07.2020, V ZR 250/19

von **Dr. Friedrich L. Cranshaw**, RA, Mannheim, Mutterstadt

A. Problemstellung

Der aus einer BGB-Gesellschaft ausgeschiedene Gesellschafter haftet für Altverbindlichkeiten nach seinem Ausscheiden in entsprechender Anwendung der §§ 128, 160 HGB fort. Hintergrund ist die partielle Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft (Außengesellschaft) seit der Entscheidung des BGH zu II ZR 331/00 (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; vgl. auch Sprau in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 705 Rn. 23-26, zur Außenhaftung der Gesellschafter s. § 714 Rn. 11 ff.). Die BGB-Gesellschaft kann als solche auch Eigentümerin von Wohnungs- oder Teileigentum sein und im Grundbuch eingetragen werden, dort freilich unter gleichzeitiger