

Europarechtliche Vorgaben / Sektorspezifische Wettbewerbsregulierung

## Telekommunikationsgesetz 2003

Ausgleichsanspruch des  
(Kfz-)Vertragshändlers nach § 24 HVertrG

Novelle 2003 zum  
Pensionskassengesetz

Auswirkung des Ausgleichs des Geschäftsinhabers auf die  
Stille Gesellschaft

Durchführungsverordnung zu den Art 81 und 82 EG führt zu  
Anpassungsbedarf im Kartellrecht

Energierrechtsreform  
Freier Strommarkt

Rückzahlungssperre gemeinschaftswidrig?  
Getränkesteuer

### ***Zinsgleitklauseln und kein Ende – séance ecolex***

Referenten: Kolba / Klauser / Leitner / Beclin / Wilhelm

Donnerstag, 11. 12. 2003, 14.00–17.00 Uhr, Juridicum Dachgeschoss, 1010 Wien

Kostenlose Teilnahme. Anmeldung: Tel 01/4277/34802,

E-mail: margarethe.mieselberger@univie.ac.at

# Die „Provisionsverluste“ des (Kfz-)Vertragshändlers nach § 24 HVertrG

*Eine der kumulativen Anspruchsvoraussetzungen für den Ausgleich des Handelsvertreters nach § 24 HVertrG sind die zu erwartenden Provisionsverluste. Anders als der Handelsvertreter bezieht der Vertragshändler für seine Tätigkeit vom Hersteller/Importeur keine Provision. Es stellt sich bei der Ermittlung der „Provisionsverluste“ des Vertragshändlers daher das Problem, was als Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs heranzuziehen ist. Dabei interessiert im Besonderen, ob die „fiktive“ oder die tatsächlich erzielte Handelsspanne der Berechnung zugrunde zu legen ist.*

MICHAEL NOCKER

## A. EINLEITUNG

Es ist mittlerweile hM, dass § 24 HVertrG über den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters unter bestimmten Voraussetzungen analog auch auf Vertragshändlerverhältnisse anzuwenden ist.<sup>1)</sup> Eine Frage, die nach wie vor der Klärung durch die Rsp bedarf, ist, was überhaupt als Ausgangsbasis für die Berechnung einerseits des Rohausgleichs und andererseits des Höchstbetrags gem § 24 Abs 4 HVertrG heranzuziehen ist. Anders als der Handelsvertreter erhält der Vertragshändler für seine Tätigkeit nämlich keine Provision. Es ist offensichtlich, dass sich die Beantwortung dieser Frage ganz entscheidend auf die Höhe des Ausgleichs auswirkt.

## B. PROVISIONSVERLUSTE DES HANDELSVERTRETERS

Als eine der kumulativen Anspruchsvoraussetzungen nennt das Gesetz die – im Rahmen der Billigkeit zu prüfenden – Provisionsverluste des Handelsvertreters. Diese Provisionsverluste beziehen sich nach hM aber nur auf Geschäfte mit ausgleichspflichtigen Kunden, dh mit vom Handelsvertreter neu zugeführ-

Dr. Michael Nocker, LL. M. ist Partner der Gassauer-Fleisner Rechtsanwalte GmbH, Wien.

1) Nocker, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers, ecolex spezial 2003, 15; zuletzt zB OGH 18. 12. 2002, 3 Ob 85/02z; OGH 9. 4. 2002, 4 Ob 54/02y („Ford“).

ten Stammkunden bzw. „intensivierten“ Altkunden,<sup>2)</sup> nicht aber auf Geschäfte mit anderen Kunden.<sup>3)</sup> Weiters sind beim Handelsvertreter nur Vermittlungs- bzw. Abschlussprovisionen ausgleichsfähig,<sup>4)</sup> denn nur die Vermittlungs- bzw. Abschlussfähigkeit ist letztlich geeignet, für den Unternehmer neue Geschäftsverbindungen zu schaffen oder wesentlich zu erweitern. Und nur dieser zusätzliche Wert soll durch den Ausgleichsanspruch vergütet werden.<sup>5)</sup> Keine entgehenden Provisionen sind daher beim Handelsvertreter die Verwaltungsprovisionen und alle anderen Vergütungen, die nicht mit seiner „werbenden“<sup>6)</sup> Vermittlungs- bzw. Abschlussfähigkeit in Zusammenhang stehen.<sup>7)</sup> Aus den mit ausgleichspflichtigen Kunden erzielten Provisionseinnahmen des „Basisjahres“<sup>8)</sup> sind daher jene Anteile herauszurechnen, mit denen sonstige Verwaltungstätigkeiten<sup>9)</sup> des Handelsvertreters, zB Inkasso, Bestandspflege, Lagerhaltung<sup>10)</sup>, Schadensregulierung, oä abgegolten werden sollten.<sup>11)</sup> Dasselbe gilt für die sogenannten „Bezirksprovisionen“.<sup>12)</sup>

### C. „PROVISIONSVERLUSTE“ DES VERTRAGSHÄNDLERS

Im Vertragshändlerverhältnis wird dem Vertragshändler vom Hersteller/Importeur keine Provision gezahlt. Streng genommen erhält er – von Sondervergütungen in Form von Direktzahlungen wie zB Umsatzboni oder Werbekostenzuschüsse oä einmal abgesehen – vom Hersteller/Importeur direkt überhaupt keine Vergütung. Die Einnahmen, die der Vertragshändler für seine absatzfördernde Tätigkeit erzielen kann, bestehen vielmehr aus der Differenz zwischen Einstandspreis und unverbindlich empfohlenem Verkaufspreis. Was der Vertragshändler daher im weitesten Sinn vom Hersteller/Importeur *erhält*, ist die *Möglichkeit*, durch einen Aufschlag auf seinen Einstandspreis *Einnahmen zu erzielen*. Aus dieser theoretischen Verdienstmöglichkeit des Vertragshändlers muss also jenes Äquivalent ermittelt werden, das im Wesentlichen dem ausgleichspflichtigen Teil der Provision des Handelsvertreters entspricht.<sup>13)</sup>

#### 1. BEMESSUNGSGRUNDLAGE FÜR DEN „ROHAUSGLEICH“<sup>14)</sup>

Schon aufgrund der Funktion<sup>15)</sup> des Ausgleichsanspruchs ist klar, dass auch beim Vertragshändler nur „Provisionsverluste“, dh Einnahmenverluste aus Geschäften mit ausgleichspflichtigen, dh neu zugeführten Stammkunden bzw. „intensivierten“ Altkunden, zu berücksichtigen sein können.<sup>16)</sup> Ausgangsbasis ist also nur die Handelsspanne aus Geschäften mit ausgleichspflichtigen Kunden.

Hier stellt sich dann sogleich die entscheidende Frage, ob die dem Vertragshändler vom Hersteller/Importeur eingeräumte „fiktive“ Handelsspanne, dh die Differenz aus unverbindlich empfohlenem Verkaufspreis und Händlereinstandspreis, oder aber die letztlich vom Vertragshändler *tatsächlich erzielte* Handelsspanne, dh unter Berücksichtigung der vom Vertragshändler seinen Kunden gewährten Preisnachlässe, der Rohausgleichsberechnung zugrunde

zu legen ist. Die Antwort auf diese Frage wirkt sich ganz entscheidend auf die Höhe des Ausgleichs aus: Denn die Gewährung von Rabatten ist geradezu typisch für den Kfz-Vertrieb. Wenn zB die vom Importeur dem Vertragshändler für ein Kfz gewährte „fiktive“ Handelsspanne 17 % beträgt und der Vertragshändler seinem Kunden einen Rabatt in Höhe von durchaus üblichen 8,5% gewährt, dann würde der Rohausgleich des Vertragshändlers bei Heranziehung der tatsächlich erzielten Handelsspanne nur die Hälfte dessen ausmachen, was er bekommen würde, wenn man die „fiktive“ Handelsspanne der Ausgleichsberechnung zugrunde gelegt hätte.

Richtigerweise darf nicht auf die tatsächlich erzielte Handelsspanne<sup>17)</sup> (in der Rsp wiederholt auch als „Rohertrag“ bezeichnet) abgestellt werden, sondern ist vielmehr jener Betrag maßgeblich, der sich aus der Differenz zwischen dem Einstandspreis und dem unverbindlich empfohlenen Verkaufspreis ergibt („fiktive“ Handelsspanne).<sup>18)</sup> Dies folgt schon daraus, dass es auch beim Handelsvertreter für die Berechnung des Rohausgleichs allein darauf ankommt, was er von seinem Unternehmer *erhalten* hat, und nicht darauf, was ihm davon letztlich übrig geblieben ist. Für seine Tätigkeit erhält der Handelsvertreter von seinem Unternehmer die Provision; demgegenüber „*erhält*“ der Vertragshändler für seine Tätigkeit vom Hersteller/Importeur die „fiktive“ – und nicht nur die tatsächlich erzielte – Handelsspanne. Wirtschaftlich betrachtet sind daher die vom Vertragshändler seinen Kunden gewährten Nachlässe auf den unverbindlich empfohlenen Verkaufspreis für ihn nichts anderes als „Werbeaufwendungen“ oder

2) *Brüggemann* in *Staub*, HGB I<sup>4</sup> Rz 50 zu § 89 b.

3) *Viehböck*, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, *ecolex* 1993, 221 ff.

4) ZB BGH 19. 11. 1970, BB 1971, 105; so auch *Küstner/v. Mantuffell Evers*, Handbuch des gesamten Außendienstrechts II<sup>6</sup>, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters Rz 666; aA *Schröder*, Recht der Handelsvertreter<sup>5</sup> Rz 11 zu § 89 b.

5) *Westphal*, Vertriebsrecht I Rz 1018; *Brüggemann* in *Staub*, HGB I<sup>4</sup> Rz 54 zu § 89 b; *Tschuk*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters 63.

6) BGH 6. 8. 1997, NJW 1998, 66; BGH 6. 8. 1997, NJW 1998, 71.

7) *Hopt*, Handelsvertreterrecht<sup>3</sup> Rz 24 zu § 89 b; *Küstner/v. Mantuffell Evers*, Rz 668; *Brüggemann* in *Staub*, HGB I<sup>4</sup> Rz 54 zu § 89 b.

8) Siehe dazu *Nocker*, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Vertragshändlers und Franchisenehmers (2001), Rz 406 ff.

9) *Hopt*, Handelsvertreterrecht<sup>3</sup> Rz 25 zu § 89 b mwN.

10) BGH 3. 6. 1971, DB 1971, 1298.

11) BGH 6. 8. 1997, NJW 1998, 66; BGH 6. 8. 1997, NJW 1998, 71.

12) *Nocker*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Vertragshändlers und Franchisenehmers Rz 364 ff.

13) Zutr OGH 9. 4. 2002, 4 Ob 54/02y („Ford“): „Die dem Kfz-Vertragshändler analog § 24 HVertrG zustehende Entschädigung, lässt sich nicht aus einer einfachen Provisionsberechnung ermitteln.“

14) Zum „Rohausgleich“ siehe *Nocker*, *ecolex* spezial 2003, 189 ff.

15) Zur Funktion des Ausgleichsanspruchs *Nocker*, Ausgleichsanspruch Rz 6 ff.

16) BGH 12. 1. 2000, DB 2000, 967 ff.

17) So aber OLG Stuttgart 22. 12. 1994, 13 U 72/94, zit bei *Kümmel*, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers, DB 1997, 27 ff [FN 67]; die Berechnung des OLG Köln ist vom BGH 5. 6. 1996, DB 1996, 2330 ff („Fiat/Lancia“) nicht beanstandet worden.

18) BGH 12. 1. 2000, DB 2000, 967 ff; ähnlich OLG Köln 26. 9. 1995, MDR 1996, 129.

Kosten für den Absatz der Vertragsprodukte. Aufwendungen sind aber auch beim Handelsvertreter bei der Ermittlung des Rohausgleichs grds nicht zu berücksichtigen. Wenn zB ein Handelsvertreter zur Förderung des Absatzes der Produkte seines Unternehmers auf eigene Kosten Werbematerial herstellen lässt, dann werden diese Kosten bei der Berechnung des Rohausgleichs auch nicht von den Provisionen abgezogen, die der Unternehmer seinem Handelsvertreter für die Vermittlung von Geschäftsabschlüssen gezahlt hat. Nichts anderes kann aber für den Vertragshändler gelten. Es kommt daher für die Berechnung des Rohausgleichs allein darauf an, was der Vertragshändler vom Hersteller/Importeur „erhalten“ hat, und nicht darauf, was ihm *davon* letztlich nach Abzug seiner Aufwendungen *übrig geblieben* ist.

Es wäre im Übrigen völlig unbillig, würde ein Vertragshändler nur deshalb keinen oder auch nur einen wesentlich geringeren Ausgleich bei Vertragsende bekommen, weil er während des aufrechten Vertragsverhältnisses den Absatz der Vertragsprodukte durch Verzicht auf einen (höheren) Gewinn zum Vorteil des Herstellers/Importeurs gefördert hat. Für die erheblichen Vorteile des Unternehmers/Herstellers macht es nämlich überhaupt keinen Unterschied, ob der Absatz des Vertragsprodukts durch hohe, vom Vertragshändler gewährte Rabatte gefördert wurde oder nicht. Berücksichtigt man daher die vom Vertragshändler gewährten Preisnachlässe bei der Berechnung des Rohausgleichs, dann würde man denjenigen Vertragshändler „bestrafen“, der durch Verzicht auf eine höhere Marge den Absatz der Vertragsprodukte besonders intensiv zum Vorteil des Herstellers/Importeurs gefördert hat. Deshalb spielt es nach der Rsp für die Höhe des Ausgleichsanspruchs auch keine Rolle, wenn der Vertragshändler während des aufrechten Vertragsverhältnisses Verluste aus seinem Geschäftsbetrieb erlitten hat.<sup>19)</sup>

Die vom Vertragshändler seinen Kunden gewährten Preisnachlässe und Skonti haben bei der Ermittlung der Einnahmenverluste aber auch aus einem anderen Grund außer Betracht zu bleiben:<sup>20)</sup> Würde man nämlich von der tatsächlich erzielten Handelsspanne ausgehen, in der sich das Absatz-, Preis- und Lagerisiko bereits verwirklicht hat, und von dieser tatsächlich erzielten Handelsspanne im Rahmen der „Zurückführung“ auf eine typische Handelsvertreterprovision einen Abzug für diese handelsvertretertypischen Leistungen/Risiken vornehmen, würden diese Leistungen/Risiken zum Nachteil des Vertragshändlers gleich zwei Mal berücksichtigt werden.<sup>21)</sup>

Auch wenn die vom Vertragshändler seinen Kunden gewährten Rabatte nicht von der „fiktiven“ Handelsspanne abgezogen werden dürfen, ist dennoch nicht die volle Handelsspanne aus Geschäften mit ausgleichspflichtigen Kunden für die Berechnung des Rohausgleichs heranzuziehen.<sup>22)</sup> Denn die Handelsspanne soll einerseits auch Aufgaben/Risiken abdecken, die für einen Handelsvertreter untypisch sind; andererseits sollen damit Leistungen des Vertragshändlers vergütet werden, die zwar auch ein Handelsvertreter typischerweise erbringt, die aber nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Werbung

neuer Kunden stehen. Auch beim Handelsvertreter ist – siehe oben – nicht die gesamte ihm zufließende Provision für die Berechnung des Rohausgleichs heranzuziehen. Es sind vielmehr alle jene Provisionsbestandteile aus der Bemessungsgrundlage auszuscheiden, die nichts mit der „werbenden“ (vermittelnden/abschließenden) Tätigkeit zu tun haben, sondern im weitesten Sinn „verwaltend“ sind.

Nimmt man als Ausgangsbasis – mE richtigerweise – die „fiktive“ Handelsspanne, so sind im „ersten Rückführungsschritt“ alle jene Bestandteile herauszurechnen, die der Vertragshändler für von ihm erbrachte Leistungen bzw für von ihm getragene Risiken erhält, die der typische Handelsvertreter nicht zu erbringen bzw zu tragen hat.<sup>23)</sup> Die Handelsspanne ist daher in diesem ersten Schritt auf „das Niveau einer Handelsvertreterprovision zurückzuführen“.<sup>24)</sup> Dazu gehört einmal der für das Absatz- und Preisrisiko gezahlte Teil der Handelsspanne; denn der Handelsvertreter hat – anders als der Vertragshändler – ja keinerlei Absatzrisiko zu tragen. Weiters gehören zu diesen Aufgaben/Risiken auch die Unterhaltung eines Verkaufsrums,<sup>25)</sup> das Beschäftigen von Verkaufspersonal,<sup>26)</sup> die Unterhaltung von Vorführwagen,<sup>27)</sup> der Betrieb einer Vertragswerkstatt und eines Ersatzteillagers, die Durchführung von Kundendienstleistungen, Gewährleistungs- und Garantieverpflichtungen, Produktwerbung etc.

Dieser um die „handelsvertretertypischen“ Tätigkeiten/Risiken bereinigten Handelsspanne sind

- 
- 19) *Horn*, Zum Ausgleichsanspruch des Eigenhändlers: Kundenstamm und werbende Tätigkeit, ZIP 1988, 137 ff.
  - 20) IdS auch *Eilmansberger*, Probleme der Kündigung von Kfz-Händlerverträgen – Anm zu OGH 9 Ob 2065/96h, wbl 1998, 340 ff; OLG Köln 25. 4. 1997, BB 1997, 2451 ff; OLG Köln 14. 6. 1996, BB 1997, 61 ff; aA *Wöllmann*, Ausgleichsanspruch und Mindestkündigungsfrist des Kfz-Eigenhändlers – Anm zu OGH 17. 12. 1997, 9 Ob 2065/96h, ecolex 1998, 489 ff; BGH 5. 6. 1996, DB 1996, 2332 ff („Volvo“); BGH 5. 6. 1996, DB 1996, 2330 ff („Fiat/Lancia“); *Niebling*, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers, BB 1997, 2388 ff; *Reufels/Lorenz*, „Pauschalierung“ des Ausgleichsanspruchs für Kfz-Vertragshändler – ein Plädoyer gegen die „Münchener Formel“, BB 2000, 1586 ff.
  - 21) Wenn man schon von der tatsächlich erzielten Handelsspanne ausgeht, dann dürfen zumindest keine weiteren Abzüge mehr für Absatz-, Lager-, Preisrisiko öä gemacht werden; s BGH 5. 6. 1996, DB 1996, 2330 ff („Fiat/Lancia“).
  - 22) OGH 17. 12. 1997, 9 Ob 2065/96h („Mazda“; noch zu § 25 HVG); *Graf von Westphalen*, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler unter besonderer Berücksichtigung spezifischer Gestaltungen der Kfz-Branche, DB, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47; *Horn*, Zum Ausgleichsanspruch des Eigenhändlers: Kundenstamm und werbende Tätigkeit, ZIP 1988, 137 ff; BGH 5. 6. 1996, VIII ZR 141/95 („Volvo“) = DB 1996, 2332 ff.
  - 23) Sa OGH 9. 4. 2002, 4 Ob 54/02y („Ford“).
  - 24) BGH 11. 12. 1958, BGHZ 29, 83 ff; aA *Werner/Machunsky*, Probleme und Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs des Vertragshändlers, BB 1983, 338 ff, die auf den „Nettogewinnverlust“, dh den dem Vertragshändler tatsächlich entgangenen Durchschnittsgewinn, abstellen.
  - 25) Das Unterhalten eines Schauhauses wurde in BGH 5. 6. 1996, DB 1996, 2332 ff („Volvo“) im Händlervertrag – neben einem Grundrabbatt in Höhe von 12,5 % – mit 1 %-Punkt angesetzt.
  - 26) Das Beschäftigen von Verkaufspersonal wurde in oben zit E mit 1 %-Punkt angesetzt.
  - 27) Das Vorhalten von Vorführwagen wurde in oben zit E mit 2 %-Punkten angesetzt.

dann nur ganz bestimmte vom Hersteller/Importeur geleisteten Sondervergütungen hinzuzurechnen, die dem Vertragshändler als Ausgleich für eine Schmäl-  
erung der vertraglich vereinbarten Handelsspanne, zB aufgrund von Sonderaktionen, erhöhten Eintausch-  
prämien, eines vergünstigten Abverkaufs von Aus-  
laufmodellen etc, bei Geschäften mit ausgleichs-  
pflichtigen Kunden gezahlt wurden.<sup>28)</sup>

Im „zweiten Rückführungsschritt“ ist dann der so ermittelte Prozentsatz noch um jene Anteile zu ver-  
mindern, die dem Vertragshändler für „verwaltende“  
Tätigkeiten gezahlt wurden. Zu diesen auch für den  
Vertragshändler „verwaltenden“ Tätigkeiten würde  
zB die Wartung der Kundendaten oä zählen. Bei Ab-  
zug der Vergütungsbestandteile für „verwaltende“  
Tätigkeiten ist beim Vertragshändler jedenfalls zu be-  
achten, dass hier nicht noch einmal jene Tätigkeiten/  
Risiken berücksichtigt werden, die bereits als „han-  
delsvertreteratypisch“ im ersten Schritt abgezogen  
wurden. Tatsächlich werden nämlich viele für den  
Handelsvertreter „verwaltende“ Tätigkeiten, etwa  
die Unterhaltung eines Auslieferungslagers oder die  
Erbringung von Kundendienstleistungen, „händler-  
typisch“ und damit bereits im ersten Schritt abzuzie-  
hen sein. Umgekehrt können einige Tätigkeiten, die  
für den reisenden Handelsvertreter „verwaltend“  
sind, für den stationären Vertragshändler durchaus  
„werbend“ sein: dies ist zB bei der Unterhaltung ei-  
nes Verkaufsrums oder eines Auslieferungslagers<sup>29)</sup>  
oder hinsichtlich der Erbringung von Kundendienst-  
leistungen regelmäßig der Fall.

Nach Abzug der Vergütungsbestandteile für die  
handelsvertreteratypischen/händleratypischen Tätig-  
keiten/Risiken sowie für die „verwaltenden“ Tätig-  
keiten bleibt als Bemessungsgrundlage für die Be-  
rechnung des Rohausgleichs dann nur mehr jener Be-  
trag, der auch einem Handelsvertreter für seine aus-  
schließlich „werbende“ Tätigkeit bezahlt werden  
würde.<sup>30)</sup>

## 2. BEMESSUNGSGRUNDLAGE DES HÖCHSTBETRAGS NACH § 24 HVERTRG

Das Gesetz zieht mit § 24 Abs 4 HVertrG für den  
vom Unternehmer zu zahlenden Ausgleich eine  
Obergrenze ein. Dieser Höchstbetrag stellt – und  
das wird in der Rsp häufig übersehen – keine Bemessungs-  
grundlage für die Berechnung des Ausgleichs-  
anspruchs dar!<sup>31)</sup> Bemessungsgrundlage sind viel-  
mehr allein Z 2 und Z 3 des § 24 Abs 1 HVertrG.<sup>32)</sup>  
Der Höchstbetrag des Abs 4 kommt daher erst nach  
eingehender Prüfung der einzelnen Anspruchsvor-  
aussetzungen (Vorteile des Herstellers/Importeurs,  
Einnahmenverluste, Billigkeitsgesichtspunkte) zur  
Anwendung, und zwar ausschließlich dann, wenn  
der so ermittelte Rohausgleich höher ist als eine  
durchschnittliche Jahresvergütung. Deshalb kann  
der Höchstbetrag auch durch Billigkeitsgesichts-  
punkte nicht geschmälert werden.<sup>33)</sup> Die Billigkeits-  
prüfung hat vielmehr bereits im Rahmen der Berech-  
nung des Rohausgleichs – und nur dort – stattzufin-  
den.<sup>34)</sup> Der Höchstbetrag beträgt eine Jahresvergü-  
tung, die sich aus dem Durchschnitt der letzten

fünf Jahre vor dem Ende des Vertragsverhältnisses er-  
rechnet.

Bisher haben sich weder die dRsp noch die öRsp  
oder die Lit auch nur ansatzweise mit der Frage be-  
schäftigt, wie sich beim Kfz-Vertragshändler der  
Höchstbetrag<sup>35)</sup> analog § 24 Abs 4 HVertrG berech-  
net. Dies ist insofern erstaunlich, als für die Berech-  
nung des Höchstbetrags völlig andere Gesichts-  
punkte maßgeblich sind als bei der Ermittlung des  
Rohausgleichs.

Anders als bei Bestimmung der „Basisprovision“  
für die Rohausgleichsberechnung sind nach hM bei  
Ermittlung der Jahresvergütung im Handelsvertre-  
terverhältnis nämlich sämtliche Einnahmen und  
sonstigen Vergütungen zu berücksichtigen, die der  
Handelsvertreter in den letzten fünf Jahren vor Auf-  
lösung des Vertrages – oder, wenn das Vertragsver-  
hältnis kürzer gedauert hat, in diesem Zeitraum – be-  
zogen hat.<sup>36)</sup> Berücksichtigt werden daher grundsätz-  
lich *sämtliche Vergütungen*, die dem Handelsvertreter  
während seines aufrechten Vertragsverhältnisses tat-  
sächlich zugeflossen sind bzw zufließen hätten müs-  
sen,<sup>37)</sup> ohne Unterschied, ob es sich um Vergütungen  
für die allein ausgleichspflichtige „werbende“ Tätig-  
keit handelt oder damit auch nicht-ausgleichspflich-  
tige „verwaltende“ Tätigkeiten abgegolten wurden,  
ob sich diese Vergütung auf die Zuführung neuer  
Kunden oder die Betreuung bereits bestehender Ge-  
schäftsverbindungen bezieht, ob die Vergütung für  
die Vermittlung von Geschäften zwischen Unterneh-  
mer und Einmalkunden oder neu zugeführten  
Stammkunden gezahlt wurde, oder ob eine solche

28) Zur Frage, ob Boni zu berücksichtigen sind, *Nocker*, *ecolex* spezial 178.

29) Auch beim stationären Tankstellenbetreiber wurde das Unterhalten der Treibstofftanks zur „werbenden“ Tätigkeit gezählt, weil ohne Tanklager die Tankstelle keinen Treibstoff verkaufen kann; zB OGH 28. 3. 2002, 8 ObA 299/01f veröffentlicht in RdW 2003, 87; OGH 28. 3. 2002, 8 ObA 290/01g veröffentlicht in RdW 2003, 86.

30) Widersprüchlich *Hollmann*, Zum Ausgleichsanspruch des Automobil-Vertragshändlers nach § 89b HGB, BB 1985, 1023 ff; bei einem BMW-Vertragshändler wurde – allerdings unter Anwendung der von der öRsp abgelehnten „Münchener Formel“ – dafür ein pauschaler Abzug in Höhe von 30 % vorgenommen; LG München I 3. 8. 1998, 15 HKO 23905/97 („Münchener Formel“) = MDR 1998, 1489 ff; *Kümmel*, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers – Berechnung nach der „Münchener Formel“; *Kainz/Lieber/Puszkajler*, Die „Münchener Formel“ – oder: Berechnung des Vertragshändlerausgleichs in der Autobranche, BB 1999, 434 ff; abl *Reufels/Lorenz*, „Pauschalierung“ des Ausgleichsanspruchs für Kfz-Vertragshändler – ein Plädoyer gegen die „Münchener Formel“, BB 2000, 1586 ff.

31) Ganz hM; zB *Nocker*, Zur Höchstgrenze des Ausgleichsanspruchs nach § 24 HVertrG – Replik zu *Naderhirm*, *ecolex* 2002, 656 ff; *Küstner*, Die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB, NJW 1969, 769 ff; *Westphal*, Vertriebsrecht I Rz 1100; BGH 15. 10. 1992, BB 1992, 2385; BGH 19. 11. 1970, BB 1971, 105.

32) OGH 20. 2. 2003, 6 Ob 170/02x.

33) *Nocker*, *ecolex* 2002, 656 ff aA *Naderhirm*, Probleme im Zusammenhang mit der Höchstgrenze des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters (§ 24 Abs 4 HVertrG), RdW 2002, 217 ff.

34) BGH 19. 11. 1970, BB 1971, 105; aA *Naderhirm*, RdW 2002, 217 ff; *Küstner/v. Manteuffel/Evers*, Rz 1314.

35) *Nocker*, Ausgleichsanspruch Rz 566 ff.

36) BGH 19. 11. 1970, BB 1971, 105; aA *Reufels/Lorenz*, BB 2000, 1586 ff, *Werner/Machunsky*, BB 1983, 338 ff.

37) *Küstner/v. Manteuffel/Evers*, Rz 1324.

Vergütung sogar für handelsvertretertypische Leistungen geleistet wurde.<sup>38)</sup>

Nichts anderes kann auch hier für den Vertragshändler gelten. Auch hier sind *sämtliche Vergütungen*, die dem Vertragshändler vom Hersteller/Importeur im weitesten Sinn „zugeflossen“ sind, bei der Berechnung des Höchstbetrags in Ansatz zu bringen. Dies betrifft sowohl den „Verwaltungsanteil“,<sup>39)</sup> der durch die Handelsspanne mit abgegolten werden soll, als auch Einnahmen aus Geschäften mit nicht ausgleichsfähigen Einmalkunden oder Altkunden. Dasselbe gilt für sämtliche (Umsatz-)boni, Sondervergütungen, (Werbekosten-)Zuschüsse oä, egal ob diese für „werbende“ oder „verwaltende“ Tätigkeiten gezahlt wurden oder sich auf ausgleichspflichtige Kunden bezogen oder nicht.

Beim Höchstbetrag des Handelsvertreters wird in der Rsp auch nicht danach unterschieden, ob die vom Unternehmer bezogene Vergütung für eine handelsvertretertypische oder -atypische Leistung gezahlt wurde; hier sind ganz einfach sämtliche Vergütungen bei der Ermittlung des Höchstbetrags zu berücksichtigen. Dabei ist von den gezahlten Bruttobeträgen<sup>40)</sup> auszugehen, dh es sind nicht die vom Handelsvertreter getätigten Aufwendungen (Betriebs-, Personal-, Mietkosten oä) abzuziehen. Ein Grund, warum dies beim Vertragshändler anders sein sollte, ist nicht ersichtlich. Deshalb sind der Berechnung des Höchstbetrags ebenfalls alle – insb auch die *händlertypischen* – Vergütungsbestandteile zugrunde zu legen, und zwar unabhängig davon, ob sie bereits Teil der Handelsspanne waren (Absatzrisiko, Schauräume, Vorführwagen, ...), oder vom Hersteller/Importeur gesondert vergütet (Umsatzboni, Sonder-Aktionen, ...) wurden. Abzüge für die vom Vertragshändler getätigten Aufwendungen oä sind ebenfalls nicht vorzunehmen.

Auch Erträge aus dem *Ersatzteilgeschäft* sind bei der Bestimmung des Höchstbetrags zu berücksichtigen, und zwar auch dann, wenn man so wie zurzeit die Rsp deren Einbeziehung bei der Ermittlung des Rohausgleichs ablehnt; denn die Ablehnung erfolgt ja von der Rsp im Wesentlichen mit dem Argument, dass es sich dabei um keine „werbende“, sondern eine nicht-ausgleichsfähige „verwaltende“ Tätigkeit handelt. Gerade diese Unterscheidung ist aber für die Berechnung des Höchstbetrags unerheblich.

Der Höchstbetrag ist – da nicht Ausgangsbasis für die Berechnung des Ausgleichs, sondern nur obere Grenze – auch nicht abzuzinsen. Aus demselben Grund sind – wie bereits erwähnt – vom Höchstbetrag auch keine Abzüge, etwa aus Gründen der Billigkeit, vorzunehmen.

38) Etwa die Übernahme eines Teils des Ausfallrisikos durch den Handelsvertreter gegen Bezahlung einer Delkredere-Provision.

39) BGH 19. 11. 1970, BB 1971, 105.

40) BGH 19. 11. 1970, BB 1971, 105; *Hopt*, Handelsvertreterrecht Rz 51 zu § 89b.

SCHLUSSSTRICH

*Der Berechnung der „Provisionsverluste“ des (Kfz-)Vertragshändlers im Rahmen der Rohausgleichsberechnung ist die vom Hersteller/Importeur dem Händler eingeräumte Handelsspanne, und zwar ohne Berücksichtigung allfälliger vom Vertragshändler seinen Kunden gewährter Rabatte, zugrunde zu legen.*