
Datum: 02.09.1999
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 26/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1999:0902.4U26.99.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 8 O 326/98

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 20. November 1998 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar und beschwert die Beklagte mit 65.000,00 DM (zugleich Streitwert für das Berufungsverfahren).

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht der Kläger seiner-seits vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Jegliche Sicherheitsleistung kann auch durch unbefristete, unbedingte und selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürgen zuge-lassenen deutschen Kredit-instituts erbracht werden.

Bei dem Kläger handelt es sich um die Dachorganisation der Tankstellenbetreiber und -pächter sowie des Garagengewerbes. Gemäß Satzung fördert er die gewerblichen Interessen seiner Mitglieder und der ihnen angeschlossenen Unternehmen.	2
Wegen des Inhaltes der Satzung des Klägers im einzelnen wird auf die Fotokopie Bl. 13 ff. d.A. verwiesen.	3
Die Beklagte ist eine Mineralölgesellschaft, die ihre Produkte überwiegend über Tankstellen vertreiben läßt. Der einzelne Tankstellenbetreiber bzw. -pächter vertreibt dabei als Handelsvertreter die Produkte der Beklagten im Namen und auf Rechnung der Beklagten. Dabei werden die Vertragsbeziehungen zwischen den als Handelsvertreter auftretenden Tankstellenbetreibern/-pächtern und der Beklagten durch einen von der Beklagten vorformulierten sogenannten "Tankstellenvertrag" geregelt.	4
§ 5 dieses Vertrages, der gemäß seiner Überschrift die Vergütung für den Tankstellenpächter regelt, lautet unter anderem wie folgt:	5
"1.	6
Für die Erfüllung aller Verpflichtungen aus diesem Vertrag erhält Partner folgende Vergütungen:	7
1.1	8
Für getätigte Agentur-Geschäfte nach § 1, Ziffer 1.1	9
a) Litervergütung: DM 2,70 % Liter	10
....	11
4.	12
Mit den in dieser Vereinbarung genannten Vergütungen sind alle von Partner übernommene n Verpflichtungen, Aufwendungen, Leistungen und von (der Beklagten) nicht zu vertretende Risiken aus dem Tankstellenvertrag (Agenturverhältnis) abgegolten. 50 % der von (der Beklagten) an Partner nach dieser Vereinbarung zu zahlenden Agenturvergütung sind für verwaltende Tätigkeiten."	13
Wegen des Inhalts des "Tankstellenvertrages" im Einzelnen wird auf die Fotokopie Bl. 18 ff. d.A. verwiesen.	14
Der Kläger beanstandet im Wege der AGB-Kontrollklage nach § 13 AGBG diese zuletzt genannte Klausel, daß 50 % der Agenturvergütung für verwaltende Tätigkeit seien, als unwirksam nach § 9 AGBG, weil sie den Tankstellenpächter unangemessen benachteilige.	15
Zweck der beanstandeten Regelung sei lediglich, den Handelsvertreterausgleichsanspruch aus § 89 b HGB des ausscheidenden Tankstellenbetreibers/-pächters zu reduzieren.	16
Der Handelsvertreter könne den Ausgleich nach § 89 b HGB nur unter Berücksichtigung der Provision für werbende, nicht jedoch derjenigen für verwaltende Tätigkeiten beanspruchen. Durch die Festlegung in der beanstandeten Klausel sei dem ausscheidenden Tankstellenbetreiber/-pächter die Möglichkeit genommen, geltend zu machen, daß der Anteil an verwaltender Tätigkeit geringer sei als 50 %. Dies sei aber der Fall. Denn der Anteil an	17

verwaltender Tätigkeit des Tankstellenbetreibers/-pächters betrage allenfalls 10 %.

Die Klausel pauschaliere damit entgegen bestehenden Rechtsgrundsätzen zum einen den Anteil der verwaltenden Tätigkeit; zum anderen stelle sie nicht klar, was im einzelnen zu den verwaltenden Tätigkeiten gehöre und welchen Anteil sie an der Gesamttätigkeit des Tankstellenpächters einnehme. Damit führe die hohe Festsetzung des Verwaltungsanteils der Provision unmittelbar zu einer Reduzierung des Handelsvertreterausgleichsanspruches nach § 89 b HGB. Die allenfalls die Inkassotätigkeit umfassende verwaltenden Tätigkeit mache - wie bereits ausgeführt - maximal 10 % der Gesamttätigkeit des Tankstellenbetreibers/-pächters aus. 18

Die beanstandete Klausel sei auch unter dem Blickwinkel des Transparenzgebotes mit § 9 AGBG nicht zu vereinbaren. Zum einen sei dem Vertragspartner der Beklagten regelmäßig die Abgrenzung zwischen werbender und verwaltender Tätigkeit und deren Einfluß auf die Höhe des Handelsvertreterausgleichsanspruchs nicht bekannt. Zum anderen sei die Einschränkung des Ausgleichsanspruchs nicht etwa im Rahmen der Vertragsbeendigung geregelt, sondern unter der Überschrift "Vergütung" in § 5 des Tankstellenvertrages. 19 20

Die beanstandete Klausel verstoße darüber hinaus gegen die Regelungen der §§ 9, 11 Nr. 15 b AGBG. 21

In der Klausel erfolge eine Tatsachenbestätigung, die im Ergebnis dazu führe, daß der Tankstellenbetreiber/-pächter im Streitfall verpflichtet sei, der Beklagten gegenüber nachzuweisen, daß der Verwaltungsanteil seiner Tätigkeit unter der formulierten 50 %-Grenze liege. Hierin liege eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners der Beklagten. Denn grundsätzlich habe der Unternehmer - also die Beklagte - die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Behauptung, es bestehe ein höherer Verwaltungsaufwand als der von ihrem Vertragspartner substantiiert behauptete. 22

Das Landgericht hat durch Urteil vom 20. November 1998 der Beklagten antragsgemäß unter Androhung von Ordnungsmitteln untersagt, 23

im Zusammenhang mit dem Abschluß von Tankstellenverträgen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen folgende, oder inhaltlich gleiche Klauseln zu verwenden: 24

"50 % der von Aral an Partner nach dieser Vereinbarung zu zahlenden Agenturvergütung sind für verwaltende Tätigkeiten." 25

Darüber hinaus hat es dem Kläger die Befugnis zugesprochen, die Urteilsformel zu veröffentlichen. 26

Wegen des Inhaltes des Urteils im einzelnen wird auf Bl. 216 ff. d.A. verwiesen. 27

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihr Klageabweisungsbegehren aus erster Instanz weiter verfolgt. 28

Unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages ist die Beklagte der Ansicht, daß die beanstandete Regelung als bloße Vergütungsregelung schon nicht der AGB - rechtlichen Inhaltskontrolle gemäß § 8 AGBG unterliege. Daß die Beklagte ihre Gesamtvergütung kalkulatorisch in zwei Preise aufgeschlüsselt habe, vermöge an der Kontrollfreiheit der hier in Rede stehenden Entgeltklausel nichts zu ändern. Dem Gericht sei es aber verwehrt, in die Kalkulation des Unternehmers über eine Inhaltskontrolle der 29

Entgeltregelungen einzugreifen.

Dies könne auch nicht damit begründet werden, daß lediglich eine Preisnebenabrede vorliege, die der Inhaltskontrolle zugänglich sei. Dies setze voraus, daß anstelle der beanstandeten Regelung auf dispositives Gesetzesrecht zurückgegriffen werden könne. Dies sei hier nicht der Fall. Die Parteien könnten die Höhe des Verwaltungs- bzw. Vermittlungsentgeltes frei vereinbaren. Würden solche Vereinbarungen fehlen, so werde nicht auf dispositives Gesetzesrecht zurückgegriffen, sondern eine ergänzende Vertragsauslegung vorgenommen. Dispositives Gesetzesrecht existiere nämlich zu der Frage der Bemessung der Höhe der Verwaltungsprovisionsanteile nicht. Außerdem wirke die Klausel einer ständigen Verringerung des Vermittlungsprovisionsanteils in der Handelsvertretervergütung entgegen, indem sie den Anteil der jeweiligen Vergütung für die Parteien verbindlich festschreibe. Im übrigen stelle die Höhe des Entgeltes für vermittelnde bzw. verwaltende Tätigkeit im Rahmen der Anwendung des § 89 b HGB eine dem Tatbestand dieser Vorschrift vorgelagerte Prämisse da, die sich ausschließlich nach den zwischen den Parteien getroffenen Entgeltvereinbarungen richte.

30

Im übrigen verstoße die Klausel auch nicht gegen die Vorschriften des AGBG. Entgegen der Ansicht des Landgerichts werde durch die beanstandete Klausel nicht die Beweislast im Rahmen der Ermittlung des Handelsvertreterausgleichsanspruchs verändert. Denn die streitgegenständliche Klausel gebe lediglich eine vom Bundesgerichtshof geforderte Aufteilung vor, so daß schon von daher eine Beweislastumkehr nicht vorliege. Auch würden dem Tankstellenhalter durch die Klausel keine Gegenbeweismöglichkeiten abgeschnitten. Denn auf die Frage, ob im Betrieb des jeweils betroffenen Tankstellenbetreibers der konkrete Zeitanteil für vermittelnde Tätigkeiten höher anzusetzen sei, komme es in diesem Zusammenhang gar nicht mehr an. Denn der Tankstellenbetreiber erhalte nach dem hier in Rede stehenden Vertragswerk weder für verwaltende noch für vermittelnde Tätigkeiten ein zeitbezogenes, sondern nur ein Umsatz- und damit erfolgsbezogenes Entgelt. Dies entspreche dem gesetzlichen Leitbild des § 87 b Abs. 1 Satz 1 HGB. Ein Prinzip, wonach sich die Vergütung des Tankstellenbetreibers für verwaltende und vermittelnde Tätigkeiten vorrangig nach den tatsächlichen Verhältnissen zu richten habe, bestehe nicht.

31

Die angegriffene Klausel eröffne der Beklagten auch keinen ungerechtfertigten Beurteilungsspielraum, der bei ihren Vertragspartnern Unklarheiten über deren Rechte und Pflichten hinterlassen und diese von der Durchsetzung ihrer Rechte abhalten könnte. Unter Zugrundelegung der angegriffenen Klausel könne der Vertragspartner der Beklagten exakt den Anteil der Provision erkennen, der der Ausgleichsberechnung zugrunde gelegt werden dürfe. Damit liege weder ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor, noch benachteilige die Klausel den Tankstellenbetreiber unangemessen im Sinne des § 9 AGBG.

32

Entgegen der Auffassung des Klägers könne der von der Beklagten angesetzte Anteil der Verwaltungsprovision auch nicht als so unangemessen hoch angesehen werden, daß dies auf eine Umgehung des unabdingbaren gesetzlichen Ausgleichsanspruches nach § 89 b HGB hinausliefe. Die Beklagte habe vielmehr festgestellt, daß der durchschnittliche Zeitanteil für verwaltende Tätigkeiten eines Tankstellenhalters bei dem hier in Rede stehenden Agenturgeschäft sich auf rund 53 % belaufe. Dabei entfielen bereits rund 42 % der Tätigkeiten im Agenturgeschäft des Tankstellenhalters (Verkauf von Frostschutz- und Mineralölprodukten im Namen und auf Rechnung der Beklagten) allein auf das Inkassowesen (Beweis: Sachverständigengutachten).

33

Im übrigen sei der Klageanspruch auch verwirkt. Dem Kläger sei die beanstandete Klausel seit März 1989 bekannt. Die Klausel sei eingehend mit dem Kläger besprochen worden,

34

wobei der Kläger selbst nicht verkannt habe, daß gute Argumente für die Einführung dieser Klausel sprechen würden. Der Kläger habe lediglich gegen die Höhe des Verwaltungsanteils Einwendungen erhoben.

Die Beklagte beantragt, 35

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen. 36

Der Kläger beantragt, 37

die gegnerische Berufung zurückzuweisen. 38

Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages ist der Kläger der Ansicht, daß die streitgegenständliche Klausel eine preisregelnde Vertragsklausel sei, die als Folge ihrer Pauschalierung Vergütungsteile zugunsten des Verwenders abzuspalten suche, ohne daß eine entsprechende Gegenleistung zugrunde liege. Wenn die vom Tankstellenpächter erbrachte Inkassodienstleistung einen geringeren Umfang als 50 % seiner Tätigkeit ausmache, beziehe sich die in der streitgegenständlichen Klausel enthaltene Inkassovergütung nicht auf eine echte Gegenleistung des Tankstellenpächters, so daß keine echte Preisbestimmung, sondern eine kontrollfähige Preisnebenabrede im Sinne des AGBG vorliege. Wenn es aber zutreffe, daß in jedem Einzelfall der Umfang der werbenden und der verwaltenden Tätigkeit eines Handelsvertreters zu ermitteln sei, um den Ausgleichsanspruch gemäß § 89 b HGB festzustellen, dann wirke sich die streitgegenständliche Klausel entgegen der Wertung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG i.V.m. § 11 Ziff. 15 a) AGBG dahin aus, daß dem Tankstellenpächter, bezogen auf den zu entscheidenden Einzelfall, der Nachweis für die Behauptung abgeschnitten werde, seine werbende Tätigkeit habe mehr als 50 % und seine verwaltende Tätigkeit - entgegen dem Wortlaut der streitgegenständlichen Klausel - weniger als 50 % ausgemacht. 39

Wegen des Inhaltes der Parteivorträge im einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 40

Entscheidungsgründe: 41

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. 42

Die Klage ist zulässig. Der Kläger ist nach § 13 Abs. 2 Ziff. 2 AGBG klagebefugt. Es handelt sich bei ihm um einen rechtsfähigen Verband zur Förderung gewerblicher Interessen, nämlich unter anderem der der Tankstellenpächter. 43

Die Klage ist auch begründet. Die beanstandete Klausel verstößt gegen § 9 Abs. 2 Ziff. 1 AGBG, weil sie den Tankstellenpächter als Vertragspartner des Verwenders, nämlich der Beklagten, unangemessen benachteiligt. Denn sie verstößt gegen § 89 b Abs. 4 HGB, indem sie den Ausgleichsanspruch des Tankstellenpächters als Handelsvertreter entgegen dem gesetzlichen Verbot verkürzt. Solche Verstöße von AGB-Klauseln gegen gesetzliche Verbote können jedenfalls auch dann im Wege der AGB-Kontrollklage nach § 13 AGBG geltend gemacht werden, wenn die verletzte Norm die gleiche Schutzrichtung hat wie die Kontrollregelung des AGBG wie hier, wo es jeweils um den Schutz des Tankstellenpächters vor der willkürlichen Verkürzung seines Ausgleichsanspruches nach § 89 b Abs. 4 HGB geht (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch 57. Aufl. § 13 AGBG Rz. 4). 44

Entgegen der Ansicht der Beklagten liegt hier im Ergebnis keine bloße Vergütungsregelung vor, die nach § 8 AGBG der Inhaltskontrolle entzogen ist. 45

Vordergründig spaltet die beanstandete Klausel lediglich die von der Beklagten dem Tankstellenpächter geschuldete Vergütung in zwei Bestandteile auf, nämlich einmal in die Vergütung für dessen werbende Tätigkeit und zum anderen in die Vergütung für dessen verwaltende Tätigkeit. Damit weicht die beanstandete Klausel ihrem Wortlaut nach nicht von anderen Rechtsvorschriften ab, wie es § 8 AGBG voraussetzt, um sie der Kontrolle nach dem AGB-Gesetz unterwerfen zu können. Der Wortlaut der Klausel spricht vielmehr für eine kontrollfreie Entgeltvereinbarung (Palandt a.a.O. § 8 AGBG Rz. 4 m.w.N.).

Die beanstandete Klausel läßt sich nicht als bloße Preisnebenabrede auffassen, die der Kontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegt (zur Abgrenzung kontrollfreier Preisklauseln von kontrollfähigen Preisnebenabreden vergleiche: Ulmer/Brandner/Hensen AGBG 8. Aufl. § 8 Rdz. 14 ff.; Palandt a.a.O., § 8 AGBG Rdz. 4 ff. jeweils m.w.N.). Denn mit der beanstandeten Klausel wird lediglich die zunächst einheitlich festgesetzte Provisionsverpflichtung der Beklagten auf die beiden Tätigkeitskomplexe aufgegliedert, die der Tankstellenpächter als Handelsvertreter für die Beklagte zu erbringen und die die Beklagte demgemäß zu vergüten hat. Vordergründig liegt also lediglich eine Offenlegung der Kalkulationsgrundlage der Beklagten für die Bemessung der Gesamtvergütung vor, die keine nach § 8 AGBG kontrollfähige Preisnebenbestimmung darstellt (BGH ZIP 1998, 2097; NJW 1998, 383).

Es liegt auch keine willkürliche Aufspaltung der provisionspflichtigen Tätigkeit des Tankstellenpächters vor, mit der vertragsfremde Leistungsverchiebungen bezweckt würden, etwa dergestalt, daß aus der werbenden Tätigkeit etwas abgespalten würde und nur noch als verwaltende Tätigkeit honoriert würde, was ansich von der werbenden Tätigkeit umfaßt würde (vgl. zum umgekehrten Fall der Kostenüberwälzung auf den Bankkunden entgegen der gesetzlichen Kostenlastverteilung: BGH ZIP 1997, 1638; ZIP 1997, 2151; BGHZ 124, 254). Vielmehr ist die Unterscheidung von werbender und verwaltender Tätigkeit für den Tankstellenpachtvertrag grundlegend (BGH NJW RR 1988, 1061; Schreiber NJW 1998, 3757). Die vorliegende Vertragsgestaltung unterscheidet sich im Ergebnis nicht davon, als hätte die Beklagte die geschuldeten Provisionssätze für die werbende Tätigkeit einerseits und die verwaltende Tätigkeit andererseits von vornherein getrennt festgesetzt. Eine solche Aufgliederung eines Gesamtentgeltes auf unterschiedliche Gegenleistungen bleibt eine der Privatautonomie überlassenen Festsetzung der Vergütungspflicht, in die nicht über das AGB-Gesetz kontrollierend eingegriffen werden kann (BGH ZIP 1998, 2097).

Eine kontrollfähige Preisnebenabrede könnte nur allenfalls dann angenommen werden, wenn die Beklagte in dem Vertrag festgelegt hätte, was als werbende Tätigkeit und was als verwaltende Tätigkeit anzusehen ist. Dann läge lediglich eine Bemessungsklausel vor, die als Preisnebenabrede zu qualifizieren wäre und mithin von § 8 AGBG erfaßt würde. Denn diese Trennung zwischen werbender Tätigkeit und verwaltender Tätigkeit ist eine Rechtsfrage (BGH NJW 1998, 66). Wenn die Beklagte insoweit anders trennen würde, etwa (entgegen der Entscheidung BGH NJW 1998, 66) das Lagergeschäft zur verwaltenden Tätigkeit ziehen würde, könnte eine Klausel angenommen werden, die ohne weiteres der Inhaltskontrolle des AGB-Gesetzes unterliegen würde.

Gleiches könnte man auch annehmen, wenn das Verhältnis von verwaltender und werbender Tätigkeit dem Umfange nach klauselmäßig festgelegt würde. Dann würde nämlich lediglich die tatsächliche Gewichtung der beiden Tätigkeitsbereiche festgeschrieben und damit wiederum lediglich ein Bemessungskriterium für die Provision festgelegt, was als Preisnebenabrede zu qualifizieren sein könnte.

Diese Wege hat die Beklagte im vorliegenden Fall mit der beanstandeten Klausel aber gerade nicht beschritten. Sie hat vielmehr die Vergütung selbst für die verwaltende und damit gleichzeitig auch die für die werbende Tätigkeit festgelegt. Denn wenn 50 % der Gesamtprovision auf die verwaltende Tätigkeit entfällt, entfällt damit notwendigerweise die andere Hälfte auf die werbende Tätigkeit.

Vordergründig muß es deshalb dabei bleiben, daß mit der beanstandeten Klausel lediglich die Vergütung selbst für die verwaltende und für die werbende Tätigkeit festgelegt worden ist, die zunächst einmal genau so wenig der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegt wie die Festsetzung der Gesamtvergütung selbst.

Bei dieser vordergründigen Betrachtungsweise darf man aber nicht stehen bleiben. Nach § 7 AGBG findet nämlich das AGB-Gesetz auch dann Anwendung, wenn seine Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden. Das bedeutet, daß es bei der Frage der Kontrollfähigkeit einer AGB-Klausel nicht auf eine formale Betrachtungsweise ankommt, sondern daß auf Inhalt und Zweck der Klausel, insbesondere auf ihren wahren Regelungsbereich abzustellen ist. So kann eine Klausel, die von Sinn und Zweck her Nebenbestimmungen des Vertrages regelt, nicht dadurch der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz entzogen werden, daß sie in die Bestimmung der Hauptleistungspflicht "eingebaut" wird (Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Gesetz 8. Aufl., § 7 Rdz. 12; Wolf/Horn/Lindacher AGB-Gesetz 3. Aufl. § 9 Rdz. H 103). Eine kontrollfreie Vergütungsregelung kann deshalb nur dann angenommen werden, wenn es tatsächlich nur um die bloße Festlegung der Gegenleistung, auch wirtschaftlich gesehen, geht. Nur das reine Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung ist der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz entzogen (BGH NJW-RR 1993, 375).

Dagegen liegt eine kontrollfähige Nebenabrede vor, wenn die Entgeltregelung auch Bestimmungen enthält, die die Abwicklung und Vergütung von Nebenpflichten regelt (BGH ZIP 1997, 1638).

Ein solcher Fall ist hier gegeben. Denn die mit der beanstandeten Klausel vorgenommene Vergütungsaufspaltung entfaltet ihre Wirkung und Bedeutung ausschließlich erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, wenn es um die Berechnung des Ausgleichsanspruches des Tankstellenpächters nach § 89 b HGB geht. Während der Laufzeit des Vertrages spielt die Aufspaltung keine Rolle. Während dieser Zeit erfolgt die Abrechnung zwischen der Beklagten und dem jeweiligen Tankstellenpächter allein nach den Bestimmungen hinsichtlich der Gesamtvergütung. Die beanstandete Klausel könnte ohne weiteres fehlen, ohne daß dies Auswirkungen auf die Abrechnung zwischen der Beklagten und dem jeweiligen Tankstellenpächter hätte. Auch die Beklagte selbst hat in diesem Zusammenhang eingeräumt, daß sie die Klausel gerade zur Vereinfachung der Berechnung des Ausgleichsanspruches des Tankstellenpächters nach § 89 b HGB eingeführt hat.

Damit stellt die beanstandete Klausel nach verfolgtem Zweck und erreichter Wirkung in Wahrheit eine vertragliche Bestimmung für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB dar und ist damit eine kontrollfähige Nebenbestimmung im Sinne des § 8 AGBG, da an ihre Stelle § 89 b HGB und die zu dieser Vorschrift entwickelten Rechtsgrundsätze treten würden. Denn zum dispositiven Recht im Sinne des § 8 AGBG gehören nicht nur die gesetzlich normierten Regelungen, sondern auch alle damit zusammenhängenden Rechtsgrundsätze (BGHZ 93, 358).

53
54

55

56

57

58

59

Die beanstandete Klausel ist unwirksam nach § 9 AGBG, weil sie den Tankstellenpächter als Vertragspartner der Beklagten und Verwenderin der AGB unangemessen benachteiligt, indem diese Klausel das Verschlechterungsverbot des § 89 b Abs. 4 HGB verletzt.

Nach dieser Bestimmung darf der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach Beendigung seines Vertragsverhältnisses nicht im Voraus ausgeschlossen werden. Das bedeutet, daß dieser Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, zu dem auch der Tankstellenpächter gehört, wie in § 1 Ziff. 1 des Vertrages auch ausdrücklich festgelegt ist, im Handelsvertretervertrag auch nicht zu Ungunsten des Handelsvertreters modifiziert oder in seiner Durchsetzung erschwert werden darf. Der Ausgleichsanspruch muß dem Handelsvertreter so unverkürzt verbleiben, wie er ihm nach § 89 b HGB zusteht (BGH NJW RR 1991, 156; Staub/Brüggemann HGB 4. Aufl. § 89 b Rdz. 105; Küstner/von Manteuffel/Evers, Handbuch des gesamten Außendienstrechts Band 2 6. Aufl., Rdz. 1377). Jegliche Erschwerung bei der Berechnung und Durchführung des Ausgleichanspruches führt zur Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel auch nach § 9 AGBG (Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke Abschnitt "Handelsvertretervertrag" Rdz. 54, 60). Zu solchen verbotenen Einschränkungen zählen auch Berechnungsgrundsätze, die von der gesetzlichen Berechnungsart abweichen (MünchKomm HGB/von Hoyningen-Huene § 89 b Rdz. 190; OLG Frankfurt NJW RR 1986, 458; anderer Ansicht: OLG Hamburg VersR 1993, 476; Heymann HGB § 89 b Rdz. 37).

Nicht erfaßt werden dagegen bloße mittelbare Auswirkungen vertraglicher Vereinbarungen auf den Ausgleichsanspruch, etwa ein Provisionsverzicht für bestimmte Fälle, was sich dann beim Ausgleichsanspruch als Verminderung der Berechnungsgrundlage auswirkt (MünchKomm HGB a.a.O. § 89 b Rdz. 194). Letztlich entscheidend ist der wahre Sinn und Zweck einer Regelung, ob die freie Aushandlung der Provisionshöhe im Vordergrund steht oder die Abänderung des Ausgleichanspruches des Handelsvertreters nach § 89 b HGB zu dessen Lasten (BGHZ 58, 60; BGH NJW 1983, 1727; Küstner u.a. a.a.O. Rdz. 1364, 1394).

Die beanstandete Klausel legt vordergründig zwar nur den Anteil für die verwaltende Tätigkeit an der Gesamtvergütung fest. Gleichwohl liegt keine bloße mittelbare Auswirkung auf den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB vor, weil, wie dargelegt, Sinn und Zweck der Klausel sich erst bei der Berechnung dieses Ausgleichanspruches entfalten sollen. Sie bestimmt den Betrag von der Gesamtprovision, der in die Berechnung des Ausgleichanspruches nicht eingestellt werden darf, weil sich dieser Ausgleichsanspruch nur nach den für werbende Tätigkeit erhaltenen Provisionen berechnet (BGH NJW 1985, 860; NJW 1998, 71; MünchKomm HGB a.a.O. § 89 b Rdz. 92 ff., 132). Damit beeinflusst die Klausel die Berechnung des Ausgleichanspruches und muß sich folglich an dem Verschlechterungsverbot des § 89 b Abs. 4 HGB messen lassen.

Im Rahmen dieser Berechnung bewirkt die Klausel, wie der Beklagten zuzugeben ist, zunächst sicher eine Vereinfachung, als es nicht mehr auf mehr oder weniger komplizierte Abgrenzungsfragen ankommt, was zur verwaltenden Tätigkeit zu rechnen und wie hoch deren Anteil an der Gesamttätigkeit und der Gesamtprovision ist (vgl. BGH NJW 1998, 71; Schreiber NJW 1998, 3737). Vielmehr kann ohne weiteres die Hälfte der anrechenbaren Gesamtprovision als nicht ausgleichspflichtige Verwaltungsprovision abgezogen werden (Küstner u.a. a.a.O. Rdz. 863; MünchKomm AGB § 89 b Rdz. 132).

Allein dieser Vereinfachungseffekt läßt die Klausel aber noch nicht wirksam sein. Nach § 89 b Abs. 4 HGB darf diese Berechnungsvereinfachung jedenfalls nicht zu Lasten des Tankstellenpächters gehen.

Dies lässt sich zwar abstrakt nicht abschließend beurteilen. Bei einem Tankstellenpächter, bei dem die verwaltende Tätigkeit überwiegt, mag sich die Klausel auch hinsichtlich der Höhe des Ausgleichsanspruchs positiv zu dessen Gunsten auswirken, so daß sie in diesem Falle nicht gegen das Verschlechterungsverbot des § 89 b Abs. 4 HGB verstieße.

Im Rahmen der AGB-Kontrollklage ist aber jeweils von der kundenfeindlichsten Auslegung auszugehen (Palandt, a.a.O., § 13 AGBG Rdz. 3). Das bedeutet für den vorliegenden Fall, daß die beanstandete Klausel nur dann Bestand haben kann, wenn sie sich stets, also von ihrer Struktur her - unabhängig von den Umständen des Einzelfalles - wenn nicht zugunsten des Tankstellenpächters, so doch zumindest nicht zu seinem Nachteil auswirkt. 66

Das ist aber jedenfalls dann nicht der Fall, wenn der Umfang der verwaltenden Tätigkeit des Tankstellenpächters im Vergleich zur Werbetätigkeit tatsächlich weniger als die Hälfte ausmacht. Auch in diesem Fall würden gleichwohl 50 % der anrechenbaren Gesamtprovision als nicht ausgleichspflichtige Verwaltungsprovision abgezogen. 67

Die beanstandete Klausel bewirkt in diesem Fall auch nicht nur eine Beweislastumkehr (vgl. dazu Schreiber a.a.O.), sondern dem Tankstellenpächter ist die Geltendmachung einer höheren Ausgleichsprovision endgültig abgeschnitten. Denn die Klausel legt die Höhe der abzuziehenden Verwaltungsprovision zum Nachteil des Tankstellenpächters endgültig fest. 68

Damit weicht die beanstandete Klausel in bestimmten Fallkonstellationen von der Berechnungsregelung des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB zu Lasten des Tankstellenpächters ab und verstößt damit gegen das Verschlechterungsverbot des § 89 b Abs. 4 HGB. Denn die Klausel bewirkt durch die Aufteilung der Gesamtprovision im Ergebnis, daß dem Tankstellenpächter ggfls. auch Provisionsanteile bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs abgezogen werden, die in Wahrheit auf werbende Tätigkeit entfallen. 69

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, daß die Bewertung der beiden Tätigkeitsbereiche des Tankstellenpächters den Vertragsparteien grundsätzlich freistünde. Richtig ist in diesem Zusammenhang, daß die Bereiche der verwaltenden und werbenden Tätigkeit des Tankstellenpächters unterschiedlich bewertet werden können. Die Gesamtvergütung muß nicht proportional im Umfang der jeweiligen Tätigkeitsbereiche aufgeteilt werden. Hier besteht sicher ein Spielraum der Parteien bei der Festlegung der Vergütungsanteile. 70

Andererseits darf eine unterschiedliche Festlegung dieser Vergütungsanteile aber auch nicht zu einer Aushöhlung des Ausgleichsanspruchs führen (BGHZ 58, 60). Eine provisionsmäßige Bewertung der Verwaltungstätigkeit, die den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr gerecht würde, verstieße ebenfalls gegen das Verschlechterungsverbot des § 89 b Abs. 4 AGB, weil auch eine solche Regelung wirtschaftlich gesehen nur den Zweck haben kann, den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB entgegen seiner gesetzlichen Regelung zu vermindern. 71

Angesichts der rigiden Fassung der beanstandeten Klausel, die die Umstände des Einzelfalles unberücksichtigt läßt, besteht damit die naheliegende Gefahr, daß die Klausel im Einzelfall durch eine wirtschaftlich ungerechtfertigte Höhe des Abzugspostens "Verwaltungsprovision" zu einer Aushöhlung des Ausgleichsanspruches nach § 89 b HGB führt und damit gegen das Verschlechterungsverbot des § 89 b Abs. 4 HGB verstößt. 72

Damit stellt sie zugleich eine ungemessene Benachteiligung des Vertragspartners der Beklagten als Verwenderin im Sinne des § 9 Abs. 2 Ziff. 1 AGBG da, mag sich die Klausel im 73
74

Einzelfall auch einmal zugunsten des Vertragspartners auswirken können.

Zu Unrecht beruft sich die Beklagte auf eine Verwirkung des Unterlassungsanspruches des Klägers. Eine solche Verwirkung kommt im Rahmen des § 13 AGBG von vornherein nicht in Betracht, weil bei der hier durchgeführten AGB-Kontrollklage auch Interessen der Allgemeinheit wahrgenommen werden, denen gegenüber der Gesichtspunkt der Verwirkung zurücktreten muß (BGH NJW 1995, 1488; Ulmer u.a. a.a.O., § 13 AGBG Rdz. 33). 75

Die Entscheidung über die Veröffentlichungsbefugnis folgt aus § 18 AGBG wegen der häufigen Verwendung der beanstandeten Klausel durch die Beklagte. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die zutreffenden Gründe des angefochtenen Urteils verwiesen. 76

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 77

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Ziff. 10, 711 ZPO. 78