

Dr. Bernd Westphal, Rechtsanwalt, Köln*

Die Handelsvertreter-GmbH: Renaissance mit Unterstützung des BFH?

In Deutschland betreiben mehr und mehr Handelsvertreter ihr Unternehmen in der Rechtsform der GmbH. Die Zahl wäre vermutlich deutlich höher, wenn nicht viele vertretene Firmen die Zusammenarbeit mit einer Handelsvertreter-GmbH ablehnten, weil sie ihren Vertrieb nicht von einem „anonymen Gebilde“, sondern von einem Handelsvertreter persönlich durchführen lassen wollen, dem sie ihr Vertrauen schenken. Für diese Handelsvertreter gibt es nun eine neue Chance, die Vorteile der GmbH zu nutzen, denn der BFH hat nach jahrzehntelangem Streit mit den Finanzbehörden das „Modell der Untervertreter-GmbH“ steuerlich anerkannt¹.

I. Vorteile der Handelsvertreter-GmbH

Der Handelsvertreter ist verpflichtet, seine Dienste höchstpersönlich zu erbringen². Zudem begründet der Handelsvertretervertrag gegenseitige Treuepflichten der Parteien³. Dennoch ist seit langem anerkannt, daß der Handelsvertreter sein Unternehmen nicht nur als Einzelfirma oder Personengesellschaft führen, sondern seiner Vermittlungstätigkeit auch in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft nachgehen darf⁴. Hier bietet sich insbesondere die GmbH an. Welchen Nutzen bringt aber die GmbH für den Handelsvertreter?

Für ihn kann bereits die Haftungsbeschränkung, die die GmbH mit sich bringt, interessant sein. Die Auffassung, den Handelsvertreter treffe im Regelfall kein besonderes Haftungsrisiko, da er lediglich Geschäfte vermittele, so daß er kein Kredit- und Absatzrisiko trage, ist nur bedingt zutreffend. Handelsvertreter übernehmen nämlich in steigendem Umfang Dienstleistungen für die vertretene Firma, wie etwa Kundenservice und Lagerhaltung. Ferner gehen sie heute häufiger zu Eigengeschäften über⁵, d. h. sie verkaufen neben ihrer Vermittlungstätigkeit Produkte im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Sehr oft handelt es sich hierbei um Zubehör- und Ersatzteile zu den vermittelten Hauptprodukten. Diese Eigengeschäfte versprechen dem Handelsvertreter eine über die Provision hinausgehende Gewinnspanne und erfordern nicht selten auch eine Lagerhaltung. Mit ihnen übernimmt der Handelsvertreter ein Kredit- und Absatzrisiko, so daß auch für ihn die Haftungsbeschränkung der GmbH wünschenswert sein kann.

Viele Handelsvertreter sind sich zudem über die tatsächlichen Risiken ihrer Tätigkeit nicht ausreichend bewußt. Ein typisches Beispiel hierfür sind Beratungsfehler des Handelsvertreters. Die Beratung stellt in vielen Branchen die wesentliche Tätigkeit des Handelsvertreters dar. Insbesondere bei beratungsintensiven Produkten, beispielsweise im technischen Bereich, kann ein Fehler des Handelsvertreters in der Beratung

zu weitreichenden Schäden führen. So kann die falsche Beratung bei der Vermittlung einer Produktionsstraße zu ausgedehnten Produktionsausfällen beim Kunden mit entsprechend hohen Schadenersatzforderungen führen. Auch wenn der Kunde seinen Schaden regelmäßig nicht direkt beim Handelsvertreter geltend macht, sondern sich aufgrund der vertraglichen Bindung an die vertretene Firma wendet, haftet der Handelsvertreter letztlich im Innenverhältnis. Die falsche Beratung des Kunden stellt zugleich eine Verletzung der Handelsvertreterpflichten dar, so daß der Handelsvertreter seiner vertretenen Firma gegenüber nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung haftet.

Der Handelsvertreter denkt bei der Ausübung seiner Tätigkeit häufig nicht an weitere Gefahren. Veranlaßt er etwa eine Ausstellung und kommt es aufgrund eines von ihm verursachten Kurzschlusses zu einem Brand, der die Ausstellungshalle zerstört, ist schnell die Deckungssumme einer Feuerversicherung überschritten, sofern der Handelsvertreter überhaupt an deren Abschluß gedacht hat.

Unabhängig von der Haftungsbeschränkung kann die Rechtsform der GmbH für den Handelsvertreter erhebliche Vorteile mit sich bringen⁶. Insbesondere kann die Gewerbesteuerlast durch bei der GmbH abzugsfähige Gehälter des Handelsvertreters als Gesellschafter-Geschäftsführer und Pensionsrückstellungen gesenkt werden. Zu beachten ist jedoch, daß der Gewerbesteuerfreibetrag des Einzelunternehmens und der Personengesellschaften entfällt. Wichtig ist auch, daß sämtliche Zahlungen, die die GmbH an ihren Gesellschafter leistet, angemessen sein müssen. Die Bezüge, Mietzahlungen u. ä. müssen dem Vergleich mit einem fiktiven fremden Dritten standhalten⁷. Für den Fremdvergleich werden insbesondere Unternehmensgröße, Kapitalbeteiligung und Ertragslage sowie die Position des Geschäftsführers herangezogen⁸.

II. Handelsvertreterrechtliche Besonderheiten

Übt der Handelsvertreter seine Tätigkeit in der Rechtsform der GmbH aus, ergeben sich einige Besonderheiten, die das Handelsvertreterrecht mit sich bringt.

* Der Autor ist Partner der Sozietät Lorscheid und Dr. Westphal.

1 Vgl. BFH, BB 1999, 249.

2 Küstner/von Manteuffel, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1992, Rn. 231; Westphal, Vertriebsrecht, Bd. 1: Handelsvertreter, 1998, Rn. 8.

3 BGH, DB 1982, 1269.

4 Hopt, Handelsvertreterrecht, 1992, § 84 Rn. 8; Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 1996, § 8 Rn. 1; Westphal (Fn. 2), Rn. 50 f.

5 CDH-Statistik 1998, S. 6.

6 v. Gamm, Die Besteuerung der Handelsvertreter, 1988, Rn. 584.

7 v. Gamm (Fn. 6).

8 HV-Journal 1994, H. 7, 14.

1. Ausgleichsanspruch

Der Handelsvertreter kann von der vertretenen Firma einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn das Vertragsverhältnis beendet ist und die Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 HGB erfüllt sind⁹. Ein Ausgleich steht dem Handelsvertreter gemäß § 89 b Abs. 3 HGB jedoch nicht zu, wenn er das Vertragsverhältnis gekündigt hat. Von diesem Grundsatz läßt das Gesetz wiederum zwei Ausnahmen zu. Trotz Eigenkündigung besteht der Ausgleichsanspruch, wenn entweder die vertretene Firma einen begründeten Anlaß zur Kündigung gegeben hat, oder wenn dem Handelsvertreter eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit nicht zugemutet werden kann. Allgemein wird die Auffassung vertreten, daß eine ausgleichserhaltende Kündigung wegen Alters oder Krankheit nicht von einer GmbH ausgesprochen werden kann, da diese als juristische Person weder alt noch krank wird¹⁰. Demgegenüber wird bei einer Personengesellschaft eine alters- oder krankheitsbedingte Kündigung für möglich gehalten, wenn die Gesellschaft mit der Person des Gesellschafters „steht oder fällt“¹¹. Ob diese schematische Beurteilung allein anhand der Gesellschaftsform zutreffend ist, ist zu bezweifeln. Häufig ist der Handelsvertreter, der die GmbH als Gesellschaftsform gewählt hat, nicht nur deren Alleingesellschafter, sondern auch deren Geschäftsführer. In diesem Fall „steht und fällt“ auch die GmbH mit der Person ihres Gesellschafter-Geschäftsführers. Hier besteht wirtschaftlich die gleiche Situation wie bei einer Personengesellschaft, deren Geschehliche maßgeblich der Handelsvertreter einfließt. Sowohl bei der Personengesellschaft als auch bei der GmbH kann der Bestand der Handelsvertretung von der Person des Gesellschafters abhängig sein. Fällt bei einer GmbH der Geschäftsführer, der gleichzeitig Alleingesellschafter ist, weg, hat das in der Regel die gleichen Konsequenzen wie der Weggang des bestimmenden Gesellschafters einer Personengesellschaft. Ein Argument für eine unterschiedliche Beurteilung kann auch nicht in dem Umstand gesehen werden, daß der Gesellschafter einer GmbH im Fall seiner Krankheit oder seines hohen Alters seine Anteile veräußern kann. Zum einen steht diese Möglichkeit auch dem Gesellschafter einer Personengesellschaft offen. Zum anderen zeigt die Praxis, daß sowohl der Gesellschafter einer Handelsvertreter-GmbH als auch der einer Handelsvertretung, die in der Rechtsform einer Personengesellschaft geführt wird, in der Regel erhebliche Schwierigkeiten haben, einen Nachfolger zu finden. Es spricht also kein Grund dafür, den Handelsvertreter nur deshalb anders zu behandeln, weil er eine andere Gesellschaftsform gewählt hat. Gesteht man dem Gesellschafter einer Personengesellschaft die ausgleichserhaltende Kündigung wegen Alters oder Krankheit zu, wenn mit ihm die Gesellschaft „steht oder fällt“, muß auch der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer Handelsvertreter-GmbH dieses Recht besitzen. Auch er wird häufig seine GmbH liquidieren müssen, wenn er aus Alters- oder Krankheitsgründen seiner Tätigkeit nicht mehr nachgehen kann.

2. Vertragliche Bindung des Gesellschafters

Wie bereits einleitend erwähnt, scheuen viele vertretene Firmen die Beauftragung einer Handelsvertreter-GmbH, da sie nicht mit einem „anonymen Gebilde“ zusammenarbeiten wollen. Der vertretenen Firma ist es regelmäßig wichtig, daß die Person, die sie als Handelsvertreter ausgesucht hat, auch die Kunden besucht. Bei einer GmbH befürchten sie, daß durch einen Wechsel des Geschäftsführers oder der Gesellschafter Personen im Vertrieb für sie tätig werden, denen sie nicht ihr Vertrauen geschenkt haben. Dieser Hürde für die Gründung einer GmbH kann der Handelsvertreter aber durch vertragliche

Gestaltungen begegnen. Das Handelsvertreterrecht läßt eine Vereinbarung der Parteien zu, nach der der Bestand des Handelsvertretervertrags von der Tätigkeit des Alleingesellschafters als Geschäftsführer abhängig ist. In diesem Fall kann kein Wechsel des in der Gesellschaft Verantwortlichen erfolgen, so daß die gleiche Situation eintritt, die bestünde, wenn der Handelsvertretervertrag direkt mit dem Alleingesellschafter abgeschlossen worden wäre¹². Die vertretene Firma stellt also sicher, daß die Person ihres Vertrauens vermittelnd tätig wird, so daß ihre Bedenken gegen eine Handelsvertreter-GmbH häufig zerstreut werden können.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß die Gestaltung dieser Vereinbarung zu unterschiedlichen ausgleichsrechtlichen Folgen führen kann. Haben die Parteien vereinbart, daß der Handelsvertretervertrag automatisch endet, wenn der führende Gesellschafter ausscheidet, liegt keine Kündigung seitens der Handelsvertreter-GmbH und damit kein Ausschluß des Ausgleichs vor. Beinhaltet hingegen die Vereinbarung die Verpflichtung der GmbH, das Vertragsverhältnis im Fall des Ausscheidens des führenden Gesellschafters zu kündigen, liegt mit Ausnahme der zuvor behandelten Alters- oder Krankheitskündigung eine ausgleichsausschließende Eigenkündigung der Handelsvertreter-GmbH vor. Die Vertragsgestaltung gewinnt hier also entscheidende Bedeutung für eine spätere Ausgleichsberechtigung der Handelsvertretung.

3. Umwandlung in eine GmbH

Rechtliche Besonderheiten ergeben sich ferner, wenn der Handelsvertreter beabsichtigt, seine Einzelfirma oder Personengesellschaft in eine GmbH umzuwandeln. Da der Handelsvertretervertrag zwischen der vertretenen Firma und dem Handelsvertreter persönlich abgeschlossen wurde, stellt sich die Frage, ob bei einer Umwandlung das Handelsvertreterverhältnis auf die GmbH übergeht oder ob der Handelsvertreter das Handelsvertreterverhältnis nur mit Zustimmung der vertretenen Firma auf die GmbH übertragen darf.

a) Universalsukzession

Bei der Umwandlung geht das Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten im Wege der Universalsukzession auf die neue GmbH über¹³. Mit ihr werden auch die Schuldverhältnisse auf den übernehmenden Rechtsträger mit allen Rechten und Pflichten übertragen¹⁴. Von dem Grundsatz der umfassenden Gesamtrechtsnachfolge gibt es aber Ausnahmen, wenn von der Nachfolge auch Interessen Dritter betroffen sind, die dem Einrücken des übertragenden Rechtsträgers in ein Rechtsverhältnis entgegenstehen¹⁵. Es bestehen daher Ausnahmen vom Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge. So gehen höchstpersönliche Rechte nicht mit über, wie etwa die Mitgliedschaft in einem Verein, die gemäß § 38 BGB weder übertragbar noch vererblich ist¹⁶.

Beim Handelsvertreterverhältnis könnte das enge Vertrauensverhältnis, das zwischen Handelsvertreter und vertretenen Fir-

⁹ Zu den Voraussetzungen vgl. im einzelnen *Westphal* (Fn. 2), Rn. 901 ff.

¹⁰ OLG Hamm, Urte. v. 12. 7. 1982 – 18 U 5/82; *Hopt* (Fn. 4), § 89b Rn. 60; *Küstner/von Manteuffel* (Fn. 2), Bd. 2, 6. Aufl. 1995, Rn. 1257.

¹¹ LG Berlin, 22. 2. 1985 – 14 U 1051/84; *Hopt* (Fn. 4), § 89 b Rn. 60; *Küstner/von Manteuffel* (Fn. 10), Rn. 1258; *Maier*, BB 1978, 940.

¹² *Westphal* (Fn. 2), Rn. 1158.

¹³ *Mayer*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 1996, § 76 Rn. 64.

¹⁴ *Dehmer*, Kommentar zum Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 2. Aufl. 1996, § 20 UmwG Rn. 27; *Kallmeyer/Marsch-Bärner*, Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 1997, § 20 UmwG Rn. 10.

¹⁵ *Lutter/Grunewald*, Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 1996, § 20 UmwG Rn. 11.

¹⁶ *Lutter/Grunewald* (Fn. 15), Rn. 19.

ma besteht, zu einem Sukzessionsverbot führen. Bereits frühzeitig hat der BGH¹⁷ aufgrund dieses Vertrauensverhältnisses entschieden, daß § 613 S. 2 BGB, wonach der Anspruch auf die Dienste nicht übertragbar ist, auf das Handelsvertreterverhältnis anzuwenden sei. Das Handelsvertreterverhältnis geht danach bei einem Betriebsübergang nicht von der bisherigen vertretenen Firma auf die neue Firma über. Der BGH begründet seine Auffassung u. a. damit, daß der vertretenen Firma gegenüber dem Handelsvertreter Weisungs- und Kontrollrechte zustehen und es dem Handelsvertreter daher nicht gleichgültig sein könne, wer diese Rechte ausübt.

Eine ähnliche Situation tritt bei der Umwandlung ein. Soweit das Handelsvertreterverhältnis von der Universalsukzession erfaßt wird, kann der vertretenen Firma mit der neuen GmbH ein „anonymes Gebilde“ als Vertragspartner aufgezwungen werden, bei dem sie nicht mehr sicher sein kann, ob weiterhin der „Mann ihres Vertrauens“ tätig wird oder ob gar durch den Verkauf von Gesellschaftsanteilen plötzlich unbekannte Dritte die Geschicke der Handelsvertreter-GmbH leiten. Diesem Argument für ein Sukzessionsverbot steht aber ein gewichtiger Grundgedanke des Umwandlungsrechts entgegen. Überträgt der Einzelkaufmann oder die Personengesellschaft bei der Umwandlung sämtliche Gegenstände des Betriebsvermögens, führt dies gemäß §§ 20, 155 UmwG zum Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers¹⁸. Diese vom Umwandlungsgesetz gewollte Folge würde aber verhindern, wenn das Handelsvertreterverhältnis infolge der Umwandlung nicht mit übergeht. Die Einzelfirma bzw. die Personengesellschaft bliebe Rechtsträger des Vertragsverhältnisses bestehen und könnte deshalb nicht erlöschen, sondern müßte liquidiert werden. Erst durch die Universalsukzession wird die liquidationslose Löschung nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 2, 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG möglich, da der zu löschende übertragende Rechtsträger aller Rechte und Pflichten entkleidet wird¹⁹. Das Umwandlungsgesetz läßt demnach bewußt den Schutz des Dritten auf Beibehaltung seines Vertragspartners hinter die Organisationsfreiheit zurücktreten. Das Ziel des Umwandlungsgesetzes, die Löschung des übertragenden Rechtsträgers, steht mithin einem Sukzessionsverbot hinsichtlich des Handelsvertreterverhältnisses entgegen. Das Handelsvertreterverhältnis geht deshalb durch die Umwandlung auf die neue GmbH über.

b) Kündigungsmöglichkeit der vertretenen Firma

Bei Dauerschuldverhältnissen, bei denen der Übergang auf einen neuen Rechtsträger in ein bestehendes Vertrauensverhältnis eingreift, ist es aber anerkannt, daß dem Vertragspartner ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht²⁰. Bei einer Umwandlung kann die vertretene Firma sich also vom Handelsvertreter trennen, wenn die Auslegung des Handelsvertretervertrags ergibt, daß eine besondere Vertrauensgrundlage vorliegt. Diese besondere Vertrauensgrundlage ist in aller Regel gegeben, wenn die vertretene Firma das Vertragsverhältnis mit dem Handelsvertreter als natürlicher Person eingegangen ist. Anders sieht die Situation jedoch aus, wenn Vertragspartner eine Handelsvertreterpersonengesellschaft ist, die sich in eine GmbH umwandeln will. Denn bereits bei der Personengesellschaft besteht für die vertretene Firma die Gefahr, daß sich durch einen Gesellschafterwechsel die Vertragspartneridentität ändert. Eine zur außerordentlichen Kündigung berechtigende Vertrauensbasis liegt deshalb nur dann vor, wenn die Personengesellschaft mit einem der Gesellschafter „steht oder fällt“ oder wenn im Handelsvertretervertrag der Wechsel der Gesellschafter ausgeschlossen worden ist. Die vertretene Firma kann sich also nur bei der Umwandlung einer Einzelfirma oder einer Personengesellschaft,

die mit der Person eines ihrer Gesellschafter steht oder fällt, auf ein außerordentliches Kündigungsrecht berufen.

Steht der vertretenen Firma ein außerordentliches Kündigungsrecht zu, ist in der Umwandlung eine Verletzung der Vertrauensgrundlage durch den Handelsvertreter und damit ein wichtiger Grund im Sinne von § 89 a Abs. 1 HGB zu sehen. Da der Handelsvertreter diesen Grund „vorsätzlich“ herbeigeführt hat, verliert er durch die außerordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses auch seinen Ausgleichsanspruch. Insofern regelt § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB, daß der Ausgleich nicht besteht, wenn für die Kündigung des Unternehmers ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters vorlag. Des weiteren läuft der Handelsvertreter Gefahr, sich gemäß § 89 a Abs. 2 HGB schadensersatzpflichtig zu machen. Dem Schadensersatzanspruch der vertretenen Firma kann er grundsätzlich dadurch entgehen, daß er es nicht zu einer außerordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses kommen läßt, sondern unter Einhaltung der für den Vertrag eingreifenden Kündigungsfristen das Handelsvertreterverhältnis vor der Umwandlung selbst beendet. Bei länger befristeten Vertragsverhältnissen muß der Handelsvertreter seine vertretene Firma allerdings rechtzeitig von seinem Vorhaben unterrichten, damit diese Zeit hat, sich auf die neue Situation durch Beendigung des Vertrags und Suche nach einem Nachfolgevertreter einzustellen.

c) Ausgleichsanspruch

Kündigt die vertretene Firma den Handelsvertretervertrag nach der Universalsukzession nicht, so daß das Handelsvertreterverhältnis mit der neuen GmbH fortbesteht, stellt sich für den Handelsvertreter noch ein weiteres ausgleichsrechtliches Problem. Gemäß § 89 b Abs. 1 HGB besteht ein Ausgleichsanspruch nur für solche Kunden, die der Handelsvertreter für die vertretene Firma neu geworben hat. Neu sind solche Kunden, die zu Beginn des Handelsvertreterverhältnisses mit der vertretenen Firma noch nicht in geschäftlichen Beziehungen gestanden haben²¹. Wird nun später nach einer Umwandlung das Handelsvertreterverhältnis mit der Handelsvertreter-GmbH beendet, mag die vertretene Firma gegen einen Ausgleichsanspruch einwenden, die Kunden seien nicht von der GmbH, sondern von der Vorgängereinzelfirma neu geworben worden. Die Handelsvertreter-GmbH habe deshalb die bestehenden Kundenbeziehungen von der Einzelfirma übernommen, so daß die Kunden für die GmbH nicht ausgleichspflichtige Altkunden seien. Gegen diese Auffassung wird die Handelsvertreter GmbH argumentieren, daß aufgrund der Universalsukzession sämtliche Rechte und Pflichten übergegangen sind, mithin auch die durch die Neukundenwerbung erworbenen „Anwartschaften“. Bisher ist diese Rechtsfrage von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht behandelt worden. Der BGH hat allerdings in der Vergangenheit die Frage nach der Neukundenwerbung rein nach den tatsächlichen Verhältnissen beurteilt. Selbst wenn der Nachfolgevertreter den Ausgleichsanspruch seines Vorgängers übernimmt und damit für die bestehenden Kundenbeziehungen zahlt, sind diese später nicht ohne weiteres als neu geworben zu werten²². Sofern nicht der Fall einer Intensivierung der Kunden-

17 BB 1962, 1391.

18 Mayer (Fn. 13), § 76 Rn. 248.

19 Rieble, ZIP 1997, 301.

20 Dehmer (Fn. 14), § 20 UmwG Rn. 27; Kallmeyer/Marsch-Barnier (Fn. 14), § 20 UmwG Rn. 10; Lutter/Grunewald (Fn. 15), § 20 UmwG Rn. 47; Rieble, ZIP 1997, 301, 305.

21 Staub/Brüggemann, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl. 1983, § 89 b HGB Rn. 33; Westphal (Fn. 2), Rn. 933.

22 BGH, DB 1984, 2507.

beziehungen vorliegt, ist der Nachfolgevertreter für die übernommenen Kunden nur ausgleichsberechtigt, wenn er mit der vertretenen Firma vereinbart hat, daß diese Kunden für ihn als neu geworben gelten²³. Diese restriktive Rechtsprechung des BGH läßt vermuten, daß er auch im Fall der Umwandlung die von der GmbH übernommenen Kunden nicht als neu erworben einstufen wird. Tatsächlich wurden diese Kunden von der erloschenen Firma des Handelsvertreters erworben. Eine Anwartschaft auf den Ausgleich entsteht während des bestehenden Handelsvertreterverhältnisses aufgrund der Neukundenwerbung nicht. Der Ausgleich bleibt bis zur Vertragsbeendigung lediglich eine Chance des Handelsvertreters. Der Handelsvertreter läuft also Gefahr, infolge der Umwandlung seinen Ausgleichsanspruch zu verlieren²⁴. Auch die Einzelfirma bzw. die Personengesellschaft kann keinen Ausgleich mit dem Argument verlangen, daß durch die Umwandlung ihr Handelsvertreterverhältnis beendet wird. Dies scheitert bereits daran, daß die übertragende Firma mit dem Wirksamwerden der Umwandlung erlischt und damit nicht mehr Inhaber von Forderungen sein kann.

Dem Handelsvertreter ist also zu raten, daß er im Fall der Umwandlung mit seiner vertretenen Firma vereinbart, daß die von ihm über die Einzelfirma bzw. Personengesellschaft erworbenen Kunden auch bei der Berechnung des Ausgleichs der GmbH Berücksichtigung finden.

III. Untervertreter-GmbH

Bleiben dem Handelsvertreter die Vorteile der GmbH verschlossen, wenn die vertretene Firma ihre Zustimmung hierzu versagt, oder muß er bei einer Zustimmung den Verlust seines Ausgleichsanspruchs hinnehmen? Eine interessante Gestaltung zur Lösung dieser Probleme stellt die sog. Untervertreter-GmbH dar. Bisher fand sie jedoch nicht die Zustimmung der Finanzverwaltung, die in dem Modell einen Mißbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO sah.

Das Modell der Untervertreter-GmbH macht sich zunutze, daß der Handelsvertreter zwar seine Dienste höchstpersönlich zu erbringen hat, er sich dabei aber Hilfspersonen bedienen darf. Gemäß § 84 Abs. 3 HGB kann der Handelsvertreter selbst Unternehmer sein. Er ist also berechtigt, zur Erfüllung seiner Vertriebsaufgaben einen weiteren Handelsvertreter, den sog. Untervertreter, einzusetzen²⁵. Das Untervertreterverhältnis stellt ein selbständiges Handelsvertreterverhältnis dar, das die Rechtsbeziehungen zwischen Haupt- und Untervertreter regelt. Den Hauptvertreter treffen mithin sämtliche Rechte und Pflichten der vertretenen Firma, während der Untervertreter die Rechtsposition des Handelsvertreters erlangt²⁶. Für den Einsatz eines Unterververtreters bedarf der Handelsvertreter grundsätzlich nicht der Zustimmung der vertretenen Firma²⁷. Allerdings können die Parteien vereinbaren, daß der Handelsvertreter vor dem Einsatz eines Unterververtreters die Zustimmung der vertretenen Firma einholen muß²⁸. Da die Vorschriften des Handelsvertreterrechts gemäß § 84 Abs. 3 HGB auch auf den Untervertreter Anwendung finden, kann der Untervertreter auch eine GmbH sein. Für das Modell der Untervertreter-GmbH gründet der Handelsvertreter eine GmbH, deren Geschäftsgegenstand die Übernahme von Vertretungen ist. Gegebenenfalls ist daran zu denken, den Geschäftsgegenstand weiter zu fassen, etwa wenn der Handelsvertreter über die GmbH auch Eigengeschäfte abwickeln will. Diese GmbH kann der Handelsvertreter dann mit der Vertretung der Vertragsprodukte in Untervertretung betrauen, die er selbst als Einzelkaufmann bzw. in einer Personengesellschaft für ein Unternehmen vertritt. Damit bleibt sein ursprüngliches Handelsvertreterverhältnis mit der vertretenen

Firma unangetastet. Der Handelsvertreter bleibt deren Vertragspartner.

Im Untervertretervertrag müßte u. a. die Provision der Untervertreter-GmbH, die die Vertriebsaufgaben des Handelsvertreters übernimmt, geregelt werden. Bei ihm als Hauptvertreter verbleiben insbesondere verwaltende Aufgaben. Es erscheint daher gerechtfertigt, 85-90 % der Provisionseinnahmen der Einzelfirma an die Untervertreter-GmbH weiterzuleiten.

Für den Handelsvertreter liegen die Vorteile des Modells auf der Hand. Er kann grundsätzlich ohne Zustimmung der vertretenen Firma eine GmbH gründen und muß zudem nicht den Verlust des Ausgleichsanspruchs befürchten. Sein Vertragsverhältnis mit dem Unternehmer bleibt bestehen, so daß die von ihm bisher erworbenen Kunden bei einer Beendigung des Handelsvertretervertrags weiterhin als neu erworben gelten. Soweit die Untervertreter-GmbH neue Kunden wirbt, kann der Handelsvertreter diese ebenfalls als neu erworben für seine Einzelfirma verbuchen. Die Tätigkeit seines Unterververtreters wird dem Hauptvertreter über § 278 BGB ausgleichsrechtlich zugeordnet²⁹.

Für den Handelsvertreter ergibt sich ferner ein gewerbsteuerlicher Vorteil, der ihm bei einer bloßen Umwandlung seiner Firma in eine GmbH nicht zufließen würde. 85-90 % seiner Einnahmen werden an die Untervertreter-GmbH weitergeleitet. Deren Gewerbesteuerlast kann durch Geschäftsführergehälter und Pensionsrückstellungen erheblich gemindert werden, so daß der größte Teil der Einnahmen des Handelsvertreters von der Gewerbesteuer entlastet wird. Zudem steht dem Handelsvertreter für seine Einzelfirma oder Personengesellschaft in bezug auf die dort verbleibenden Einnahmen der Gewerbesteuerfreibetrag zu. Der Handelsvertreter kommt also allein durch die Gestaltung der Untervertreter-GmbH in den doppelten Genuß einer Gewerbesteuerentlastung. Er erhält den Freibetrag und kann sich gleichzeitig die gewinnmindernden Vorteile der GmbH zunutze machen. Dies ist auch der Grund, warum die Finanzverwaltung in dem Modell der Untervertreter-GmbH den Mißbrauchstatbestand des § 42 AO verwirklicht sah. Der BFH hat aber inzwischen anders entschieden³⁰. Auch eine ungewöhnliche Gestaltung sei nicht zu mißbilligen, wenn der durch die tatsächlich gewählte Gestaltung „verdeckte“, eigentlich angemessene zivilrechtliche Weg den Beteiligten als näherliegende Möglichkeit nicht oder nur mit erheblichen Hindernissen zur Verfügung gestanden hätte. Es sei unbestritten, daß eine Handelsvertretung in der Rechtsform der GmbH geführt werden könne. Mit der direkten Umwandlung sei aber die Gefahr des Ausgleichsverlusts verbunden, so daß die Wahl der Untervertreter-GmbH zum Erhalt des Ausgleichs gerechtfertigt sei. Für den BFH war weiterhin entscheidend, daß die Untervertreter-GmbH auch tatsächlich nach außen in Erscheinung getreten war. Wichtig ist also, daß die GmbH und nicht der Handelsvertreter gegenüber der Kundschaft auftritt sowie klare und eindeutige Regelungen zwischen der Einzelfirma bzw. Personengesellschaft und der GmbH in einem Untervertretervertrag getroffen werden. Zur ordnungsgemäßen Durchführung gehört dann, daß die Einzelfirma oder Personengesellschaft der Untervertreter-GmbH ordnungsgemäße Provisionsabrech-

23 Westphal (Fn. 2), Rn. 954.

24 I. E. so auch Martinek/Semler (Fn. 4), § 11 Rn. 8.

25 Küstner/von Manteuffel (Fn. 2), Rn. 135, 399.

26 Staub/Brüggemann (Fn. 21), § 84 Rn. 29.

27 BGHZ 56, 92.

28 Westphal (Fn. 2), Rn. 93.

29 BGH, BB 1972, 938; Hopt (Fn. 4), § 89 b Rn. 29.

30 BFH, BB 1999, 249.

nungen erteilt und die Provisionen entsprechend auszahlt. Schriftwechsel mit der vertretenen Firma ist ausschließlich über den Briefbogen der Einzelfirma bzw. Personengesellschaft zu führen, während mit den Kunden über GmbH-Bogen zu korrespondieren ist. Außerdem haben getrennte Buchführungen zu erfolgen. Die ordnungsgemäße Durchführung bedeutet letztlich auch, daß Ausgleichsansprüche, die die Einzelfirma oder Personengesellschaft wegen des Verlusts einer Vertretung erhält, in dem Verhältnis an die Untervertreter-GmbH weiterzuleiten sind, wie zuvor die Provision aufgeteilt worden ist.

IV. Zusammenfassung

Mit der neuen höchstrichterlichen Finanzrechtsprechung ist das Modell der Untervertreter-GmbH wieder als eine interessante Alternative für den Handelsvertreter in den Vordergrund gerückt, um auf der einen Seite die Vorteile der GmbH auszunutzen und auf der anderen Seite nicht unter den Nachteilen leiden zu müssen, die das Handelsvertreterrecht für die GmbH mit sich bringen kann. Anerkannt wird die Untervertreter-GmbH aber im Einzelfall nur, wenn sie auch ordnungsgemäß abgewickelt wird.