

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

M. POIARES MADURO

vom 25. Oktober 2005¹

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen bittet die Corte suprema di cassazione (Italien) den Gerichtshof um Erläuterung verschiedener Gesichtspunkte der durch die Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter² eingeführten Regelung. Konkret betreffen diese Gesichtspunkte die Voraussetzungen für die Zuerkennung sowie die Berechnung des Anspruchs des Handelsvertreters auf einen Ausgleich, die in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie geregelt sind, und das in Artikel 19 der Richtlinie vorgesehene Verbot, vor Ablauf des Vertrages Abweichungen von Artikel 17 zum Nachteil des Handelsvertreters zu vereinbaren. Das Vorabentscheidungsersuchen ergeht vor dem Hintergrund der italienischen Rechtsordnung, in der die für Handelsvertreter geltenden Tarifverträge bei der Bestimmung des Ausgleichs, auf den der Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses Anspruch hat, seit langem eine zentrale Rolle spielen.

I — Sachverhalt, rechtlicher Rahmen und Vorlagefragen

2. Die Honyvem Informazioni Commerciali Srl (im Folgenden: Beklagte) beendete mit Schreiben vom 23. Oktober 1997 zum 30. Juni 1998 den Vertretervertrag mit Mariella De Zotti (im Folgenden: Klägerin), der nach seiner Nummer 10 „den Vorschriften des Codice civile, den besonderen Gesetzen über den Handelsvertretervertrag und den Tarifverträgen im Bereich des Handels“ unterlag.

3. Die Klägerin reichte am 12. April 1999 eine Klage gegen die Beklagte beim Tribunale Mailand (im Folgenden: Tribunale) ein, mit der sie beantragte, die Beklagte zur Zahlung eines Ausgleichs wegen Beendigung des Vertragsverhältnisses zu verurteilen, der sich nach den Kriterien des Artikels 1751 des Codice civile auf 181 889 420 ITL belaufe.

1 — Originalsprache: Portugiesisch.

2 — ABl. L 382, S. 17 (im Folgenden: Richtlinie 86/653 oder Richtlinie).

4. Diese Vorschrift über den Ausgleich bei Beendigung des Vertragsverhältnisses setzt die Artikel 17, 18 und 19 der Richtlinie 86/653 in die italienische Rechtsordnung um; zum Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses lautete sie wie folgt:

„Bei Beendigung des Vertragsverhältnisses hat der Unternehmer dem Handelsvertreter einen Ausgleich zu zahlen, wenn wenigstens eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

Der Handelsvertreter hat neue Kunden für den Unternehmer geworben oder die Geschäftsverbindungen mit vorhandenen Kunden wesentlich erweitert, und der Unternehmer zieht aus den Geschäften mit diesen Kunden noch erhebliche Vorteile;

die Zahlung eines solchen Ausgleichs entspricht unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit.

Der Anspruch auf Ausgleich besteht nicht,

wenn der Unternehmer den Vertrag wegen eines schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters beendet, das wegen seiner Schwere eine auch nur vorläufige Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zulässt;

wenn der Handelsvertreter den Vertrag beendet hat, es sei denn, diese Beendigung ist aus Umständen, die dem Unternehmer zuzurechnen sind oder durch Alter, Gebrechen oder Krankheit des Vertreters, derentwegen ihm eine Fortsetzung seiner Tätigkeit nicht zugemutet werden kann, gerechtfertigt;

wenn der Handelsvertreter gemäß einer Vereinbarung mit dem Unternehmer die Rechte und Pflichten, die er nach dem Vertretervertrag besitzt, an einen Dritten abtritt.

Der Ausgleich darf einen Betrag nicht überschreiten, der einem jährlichen Ausgleich entspricht, der aus dem Jahresdurchschnittsbetrag der Vergütungen, die der Handelsvertreter während der letzten fünf Jahre erhalten hat, errechnet wird; ist der Vertrag vor weniger als fünf Jahren geschlossen worden, wird der Ausgleich nach dem Durchschnittsbetrag des entsprechenden Zeitraums ermittelt.

Die Gewährung dieses Ausgleichs schließt auf keinen Fall das Recht des Handelsvertreters aus, etwaige Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

Der Handelsvertreter verliert den in diesem Artikel vorgesehenen Anspruch auf Ausgleich, wenn er dem Unternehmer nicht innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mitgeteilt hat, dass er seine Rechte geltend macht.

Die Vorschriften dieses Artikels sind nicht zum Nachteil des Handelsvertreters abdingbar.³

5. Das Tribunale folgte dem Vorbringen der Beklagten und erklärte einen geringeren Betrag, nämlich 78 880 276 ITL, für geschuldet, der sich nach Kriterien für die Berechnung des Ausgleichs wegen Beendigung des Vertragsverhältnisses ergab, die im Tarifvertrag vom 28. November 1992 (im Folgenden: Tarifvertrag) vorgesehen waren, der am 27. November 1992 zwischen Confcommercio (Vertretungsorganisation von Betrieben der Sektoren Handel, Tourismus und Dienstleistungen) und FNAARC (Vertretungsorganisation von Handelsvertretern und -agenten) geschlossen worden war und folgenden Wortlaut hatte:

„...“

Punkt I

Unter Bezugnahme auf Artikel 1751 des Codice civile in der durch Artikel 4 des decreto legislativo Nr. 303 vom 10. Septem-

ber 1991 geänderten Fassung und insbesondere auf den Billigkeitsgrundsatz wird in allen Fällen der Beendigung des Vertragsverhältnisses dem Handelsvertreter oder -agenten ein Ausgleich in Höhe von 1 % des Gesamtbetrags der im Laufe des Vertragsverhältnisses aufgelaufenen und abgerechneten Provisionen gezahlt.

Der genannte Basissatz wird wie folgt ergänzt:

A. Handelsvertreter und -agenten mit Exklusivverpflichtung für eine einzige Firma:

— 3% der Provisionen bis zu 24 000 000 ITL jährlich;

— 1% auf den Anteil der Provisionen zwischen 24 000 001 ITL und 36 000 000 ITL jährlich.

B. Handelsvertreter und -agenten ohne Exklusivverpflichtung für nur eine Firma:

— 3 % der Provisionen bis zu 12 000 000 ITL jährlich;

3 — Später wurde das decreto legislativo Nr. 65 vom 15. Februar 1999 erlassen, das verschiedene Änderungen der Regelung des Vertretervertrags enthält, mit denen eine genauere Umsetzung der Richtlinie 86/653 gewährleistet werden sollte. So wurde Artikel 1751 Absatz 1 Codice civile geändert, der folgenden Wortlaut erhielt: „Bei Beendigung des Vertragsverhältnisses hat der Unternehmer dem Handelsvertreter einen Ausgleich zu zahlen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind.“ Außerdem wurde am Ende ein neuer Absatz eingefügt, der die Zahlung des Ausgleichs auch für den Fall vorsieht, dass das Vertragsverhältnis durch den Tod des Handelsvertreters endet.

- 1 % auf den Anteil der Provisionen zwischen 12 000 001 ITL und 18 000 000 ITL jährlich.
- 3,5 % der vom vierten bis zum sechsten vollendeten Jahr aufgelaufenen Provisionen;

Von diesem Ausgleich ist das abzuziehen, was der Handelsvertreter oder -agent infolge von vom Unternehmer freiwillig getroffenen Vorsorgemaßnahmen beanspruchen kann.

- 4 % der in den folgenden Jahren aufgelaufenen Provisionen.

Bei der Berechnung des Ausgleichs wegen Beendigung des Vertragsverhältnisses sind ferner die Beträge zu berücksichtigen, die ausdrücklich eigens als Ausgabenerstattung oder -beteiligung gezahlt wurden.

...

Punkt III

Punkt II

Die Parteien bestätigen, dass das oben vereinbarte System von Prozentsätzen und Staffelungen dem Billigkeitskriterium des Artikels 1751 Absatz 3 Codice civile genügt.

Nach Artikel 1751 Codice civile ist dem Handelsvertreter außerdem zusätzlich zum Betrag nach Punkt I der vorliegenden Vereinbarung ein weiterer Betrag zu zahlen, der sich wie folgt berechnet:

Punkt IV

- 3 % der innerhalb der ersten drei Jahre der Laufzeit des Vertreterverhältnisses aufgelaufenen Provisionen;

...

Erklärung zu Protokoll

Die Parteien bestätigen, dass die vorliegenden Tarifvereinbarungen über die Behandlung der Beendigung des Vertreterverhältnisses in Anwendung des Artikels 1751 Codice civile insgesamt eine günstigere als die gesetzliche Regelung darstellen. Sie stehen in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis und können weder voneinander getrennt noch mit einer anderen Regelung kumuliert werden.

...“

6. Die Klägerin legte gegen die Entscheidung des Tribunale Berufung bei der Corte d'appello Mailand (im Folgenden: Corte d'appello) ein, die der Berufung teilweise stattgab. Nach Ansicht der Corte d'appello legt Artikel 1751 Codice civile ein von einer Ratio des Verdienstes inspiriertes Kriterium fest, wonach der Handelsvertreter für den geworbenen Kundenstamm entlohnt werden soll, aus dem der Unternehmer auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses noch Vorteile zieht. Da der Tarifvertrag Kriterien festlege, die dieser Ratio gänzlich zuwiderliefen, könne das Kriterium des Artikels 1751 nicht durch die Privatautonomie abbedungen werden. Die Corte d'appello hat daher Artikel 1751 angewandt und der Klägerin unter Abzug des vom erstinstanzlichen Gericht bereits zugesprochenen und von der Beklagten gezahlten Betrages einen ergänzenden (gerundeten) Betrag von 57 000 000 ITL zuzüglich Zinsen und Wertberichtigung zugesprochen.

7. Die Beklagte legte Kassationsbeschwerde gegen diese Entscheidung ein, wobei sie im Wesentlichen geltend machte, dass eine Abweichung von der Regelung des Artikels 1751 nur dann untersagt sei, wenn sie zum Nachteil des Handelsvertreters erfolge, und dass die Beurteilung, ob die Bestimmungen des Tarifvertrags über den Ausgleich wegen Beendigung des Vertragsverhältnisses gegenüber denjenigen des Artikels 1751 Codice civile vorteilhafter seien, nicht ex post, d. h. nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, erfolgen dürfe, sondern ex ante erfolgen müsse. Die tarifvertragliche Regelung sei gegenüber derjenigen des Artikels 1751 Codice civile günstiger, da der Handelsvertreter danach auf jeden Fall einen Ausgleich erhalte, was nach der gesetzlichen Regelung nicht unbedingt gewährleistet sei.

8. Die Klägerin erhob Anschlusskassationsbeschwerde, da ihr der Ausgleich wegen Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht in der verlangten Höhe gewährt worden war.

9. Vor diesem tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund hat die Corte suprema di cassazione dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, die besser umzuformulieren und in die folgenden beiden Fragen zu zerlegen ist:

1. Ist Artikel 19 der Richtlinie 86/653 unter Berücksichtigung des Wortlauts und des Zwecks von Artikel 17 dieser Richtlinie in dem Sinne auszulegen, dass ein Tarifvertrag einen Ausgleich vorse-

hen kann, der dem Handelsvertreter zum einen ungeachtet des Vorliegens der Voraussetzungen des Artikels 17 Absatz 2 geschuldet wird und zum anderen nicht nach den aus der Richtlinie ableitbaren Kriterien, sondern nach anderen im Tarifvertrag festgelegten Kriterien zu berechnen ist?

2. Ist bei der Berechnung des in Artikel 17 Absatz 2 vorgesehenen Ausgleichs analytisch vorzugehen, oder sind andere Methoden zulässig, die stärker auf das Kriterium der Billigkeit abstellen?

10. Der Gerichtshof hat somit die Artikel 17 und 19 der Richtlinie 86/653 auszulegen⁴. Artikel 17 der Richtlinie lautet wie folgt:

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen dafür, dass der Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses Anspruch auf Ausgleich nach Absatz 2 oder Schadensersatz nach Absatz 3 hat.

⁴ — Die Richtlinie 86/653 wurde vom Gerichtshof bereits ausgelegt, insbesondere in den Urteilen vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache C-104/95 (Kontogeorgas, Slg. 1996, I-6643), vom 30. April 1998 in der Rechtssache C-215/97 (Bellone, Slg. 1998, I-2191), vom 13. Juli 2000 in der Rechtssache C-456/98 (Centrosteeel, Slg. 2000, I-6007) und vom 6. März 2003 in der Rechtssache C-485/01 (Caprini, Slg. 2003, I-2371). Im Urteil vom 9. November 2000 in der Rechtssache C-381/98 (Ingmar, Slg. 2000, I-9305) waren die Artikel 17 und 19 der Richtlinie unmittelbar Prüfungsgegenstand. Vor Kurzem, am 28. April 2005, hat der Generalanwalt L. A. Geelhoed seine Schlussanträge in der Rechtssache C-3/04 (Poseidon Chartering, Urteil vom 16. März 2006, Slg. 2006, I-2505, I-2507) vorgetragen. Jedenfalls unterscheiden sich die bisher vom Gerichtshof behandelten Fragen von denen, die die Corte suprema di cassazione im vorliegenden Verfahren vorgelegt hat.

(2) a) Der Handelsvertreter hat Anspruch auf einen Ausgleich, wenn und soweit

- er für den Unternehmer neue Kunden geworben oder die Geschäftsverbindungen mit vorhandenen Kunden wesentlich erweitert hat und der Unternehmer aus den Geschäften mit diesen Kunden noch erhebliche Vorteile zieht und

- die Zahlung eines solchen Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass zu diesen Umständen auch die Anwendung oder Nichtanwendung einer Wettbewerbsabrede im Sinne des Artikels 20 gehört.

b) Der Ausgleich darf einen Betrag nicht überschreiten, der einem jährlichen Ausgleich entspricht, der aus dem Jahresdurchschnittsbetrag der Vergütungen, die der Handelsvertreter während der letzten fünf Jahre erhalten hat, errechnet wird; ist der Vertrag vor weniger als fünf Jahren geschlossen worden, wird der Ausgleich nach dem Durchschnittsbetrag des entsprechenden Zeitraums ermittelt.

c) Die Gewährung dieses Ausgleichs schließt nicht das Recht des Handelsvertreters aus, Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

(5) Der Handelsvertreter verliert den Anspruch auf Ausgleich nach Absatz 2 oder Schadensersatz nach Absatz 3, wenn er dem Unternehmer nicht innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mitgeteilt hat, dass er seine Rechte geltend macht.

(3) Der Handelsvertreter hat Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Unternehmer entstandenen Schadens.

Dieser Schaden umfasst insbesondere

- den Verlust von Ansprüchen auf Provision, die dem Handelsvertreter bei normaler Fortsetzung des Vertrages zugestanden hätten und deren Nichtzahlung dem Unternehmer einen wesentlichen Vorteil aus der Tätigkeit des Handelsvertreters verschaffen würde, und/oder
- Nachteile, die sich aus der nicht erfolgten Amortisation von Kosten und Aufwendungen ergeben, die der Handelsvertreter in Ausführung des Vertrages auf Empfehlung des Unternehmers gemacht hatte.

(6) Die Kommission legt dem Rat innerhalb von acht Jahren nach Bekanntgabe dieser Richtlinie einen Bericht über die Durchführung dieses Artikels vor und unterbreitet ihm gegebenenfalls Änderungsvorschläge.“

11. Artikel 19 sieht vor, dass „[d]ie Parteien ... vor Ablauf des Vertrages keine Vereinbarungen treffen [können], die von Artikel 17 und 18 zum Nachteil des Handelsvertreters abweichen“.

(4) Der Anspruch auf Ausgleich nach Absatz 2 oder Schadensersatz nach Absatz 3 entsteht auch dann, wenn das Vertragsverhältnis durch Tod des Handelsvertreters endet.

12. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat in Artikel 17 Absätze 2 und 3 der Richtlinie

II — Erörterung

zwei unterschiedliche Regelungen über einen Ausgleich für den Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses vorgesehen. Nach Artikel 17 Absatz 1 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie zwischen diesen beiden Regelungen wählen. Der italienische Gesetzgeber hat sich für die Regelung des Artikels 17 Absatz 2 entschieden.

13. Bekanntlich bestand in Italien vor der Umsetzung der Richtlinie 86/653 eine Regelung über den Ausgleich wegen Beendigung des Vertretervertrags, die weitgehend auf Tarifverträgen beruhte und keiner der beiden in Artikel 17 Absätze 2 und 3 vorgesehenen alternativen Regelungen entsprach⁵. Der Italienischen Republik wurde daher, was Artikel 17 betrifft, eine längere Umsetzungsfrist eingeräumt⁶. Dass eine solche Regelung vorgesehen ist, bringt zwar das Bestreben zum Ausdruck, den Mitgliedstaaten bei der Auswahl einen gewissen Spielraum zu lassen, der Gesetzgeber hat den Mitgliedstaaten jedoch nur die Möglichkeit eingeräumt, sich jeweils für eine der beiden alternativen Regelungen des Artikels 17 Absätze 2 und 3 zu entscheiden, aber eindeutig nicht die Möglichkeit, eine gesetzliche Regelung dritter Art zu erlassen, die mit keiner dieser beiden Regelungen vereinbar ist.

5 — Vgl. z. B. Baldi, R., *Il contratto di agenzia*, 7. Auflage, Giuffrè, Milano, 2001, S. 247 ff.

6 — Vgl. die sechste Begründungserwägung, wo ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass „[e]inigen Mitgliedstaaten ... zusätzliche Übergangsfristen eingeräumt werden [müssen], da sie besondere Anstrengungen zu unternehmen haben, um ihre Regelungen den Anforderungen dieser Richtlinie anzupassen; es handelt sich insbesondere um den Ausgleich nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter“. Nach Artikel 22 Absatz 3 der Richtlinie war Italien einer dieser Staaten, insbesondere in Bezug auf die aus Artikel 17 erwachsenden Verpflichtungen.

A — *Sinn und Zweck des in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie 86/653 vorgesehenen Ausgleichs*

14. Der Ausgleich im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie verfolgt unbestreitbar besonders vielseitige Zwecke; er geht zurück auf die in den 1950er Jahren eingeführte Regelung des § 89b des deutschen Handelsgesetzbuchs (HGB)⁷.

15. Diese einzigartige Ausgleichsregelung bildet die Antwort auf ein Problem im Zusammenhang mit der Beendigung des Vertretervertrags. Wenn der Unternehmer nämlich nach der Beendigung des Vertretervertrags weiter Geschäfte mit den vom Handelsvertreter geworbenen Kunden tätigt, kommt ihm weiter ein Wertzuwachs zugute, der zumindest teilweise auf die Tätigkeit des Handelsvertreters während des Vertragsverhältnisses zurückzuführen ist und für dessen Erlangung er dem betreffenden Handelsvertreter — wäre der Vertrag nicht beendet worden — zunächst weiter Provisionen hätte zahlen müssen.

7 — Auf diesen Umstand wird in der Rechtslehre oft hingewiesen. Vgl. auch S. 2 des Berichts über die Anwendung von Artikel 17 der Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter (86/653/EWG) (KOM[96] 364 endg.).

16. Vor diesem Hintergrund hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie festgelegt, dass der Handelsvertreter Anspruch auf einen Ausgleich hat, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens, dass der Handelsvertreter neue Kunden geworben oder die Geschäftsverbindungen mit vorhandenen Kunden wesentlich erweitert hat. Zweitens, dass der Unternehmer aus den Beziehungen mit diesen Kunden nach der Beendigung des Vertretervertrags weiter erhebliche Vorteile zieht. Diese Voraussetzung ist natürlich nur dann relevant, wenn nach der Vertragsbeendigung keine Verpflichtung mehr zur Zahlung von Provisionen an den Handelsvertreter besteht. Schließlich darf auch keiner der Umstände vorliegen, die den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach Artikel 18 der Richtlinie ausschließen.

17. Dieser Ausgleich, der nach seinem Gesamtbild als Ausgleich für den Kundenstamm bezeichnet werden kann, ist aus der Sicht des Handelsvertreters ein Anspruch auf Entlohnung. Er entlohnt ihn für die gute Erfüllung seiner Aufgaben, soweit sich für den Unternehmer infolge des Werbens neuer Kunden oder der Erweiterung der Geschäftsverbindungen mit diesen Kunden durch den Handelsvertreter weiterhin wirtschaftliche Vorteile ergeben. Aus der Sicht des Unternehmers erlaubt der Ausgleich für den Kundenstamm es zudem, eine ungerechtfertigte Bereicherung zu vermeiden. Bestünde keine Verpflichtung zum Ausgleich nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, könnte der Unternehmer nämlich — ohne dem Handelsvertreter gegenüber zu irgendeiner Gegenleistung verpflichtet zu sein — weiter Vorteile aus den Wertzuwächsen ziehen, zu

denen der Handelsvertreter mit seiner Tätigkeit in irgendeiner Weise beigetragen hat⁸.

18. Die Vorteile für den Unternehmer erschöpfen sich nämlich nicht in den zwischen diesem und den betreffenden Kunden vor Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäften. Sie können über die Vertragsbeendigung hinaus andauern, wenn mit diesen Kunden weitere Geschäfte abgeschlossen werden. Die Vergütung des Handelsvertreters durch Provisionszahlungen erfolgt ferner nicht zu einem einzigen Zeitpunkt — nämlich in dem Moment, in dem der Handelsvertreter einen Kunden geworben oder Tätigkeiten mit ihm erweitert hat — und besteht auch nicht in der Zahlung einer Gesamtsumme. Es handelt sich vielmehr um eine Vergütung, die im Laufe der Zeit durch Provisionen erfolgt, die für die jeweiligen Geschäfte zwischen Unternehmer und Kunde gezahlt werden⁹.

19. Da bei einem derartigen vertraglichen Rahmen häufig Fälle ungerechtfertigter Bereicherung des Unternehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses auftreten, ist der Tatbestand des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie gerechtfertigt. Außerdem wird mit dem in Artikel 17 Absatz 2 vorgesehenen Ausgleich offensichtlich auch die Gefahr

8 — Vgl. Pinto Monteiro, A., „Il contratto di agenzia rivisitato. La direttiva CEE N. 86/653“, in *Diritto privato comunitario*, vol. I (a cura di Vito Rizzo), edizioni scientifiche italiane, 1997, S. 252-253, und Gomes, J., *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Publicações Universidade Católica, Porto, 1998, S. 279 bis 282.

9 — Vgl. insbesondere Artikel 10 der Richtlinie 86/653 über den Zeitpunkt der Entstehung des Provisionsanspruchs.

beseitigt, dass der Unternehmer sich bei der Beendigung des Vertragsverhältnisses opportunistisch verhält, wozu ohne eine solche Regelung ein klarer Anreiz bestünde¹⁰.

B — *Vergleich der Ausgleichsregelung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie 86/653 mit einer Ausgleichsregelung wie der des Tarifvertrags*

20. Im vorliegenden Fall stellt sich das Problem, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber in Artikel 19 der Richtlinie 86/653 festgelegt hat, dass „[d]ie Parteien ... vor Ablauf des Vertrages keine Vereinbarungen treffen [können], die von Artikel 17 und 18 zum Nachteil des Handelsvertreters abweichen“. Vor diesem Hintergrund stehen sich die Ausgleichsregelung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie, der durch Artikel 1751 Codice civile umgesetzt wurde, und die im Tarifvertrag vorgesehene Regelung gegenüber.

21. Aus Artikel 19 lassen sich im Umkehrschluss zwei Schlussfolgerungen ziehen. Die erste lautet, dass die Parteien vor Beendigung des Vertragsverhältnisses von der Regelung

10 — Parallel dazu soll Artikel 18 der Richtlinie verhindern, dass der Handelsvertreter unberechtigt einen Ausgleich erhält, wenn er selbst für die Beendigung des Vertragsverhältnisses verantwortlich ist oder der Ausgleich für den Kundenstamm mit einer anderen Entlohnung mit ähnlicher Zweckbestimmung zusammenfällt.

des Artikels 17 abweichen dürfen, wenn sie eine Regelung vereinbaren, die für den Handelsvertreter nicht nachteilig ist. Die zweite geht dahin, dass die Parteien nach Beendigung des Vertragsverhältnisses jede beliebige abweichende Regelung vereinbaren können, auch eine für den Handelsvertreter nachteilige¹¹.

22. Es stellt sich die Frage — die in der von den Parteien dargestellten Diskussion in Rechtsprechung und Rechtslehre in Italien gut zum Ausdruck kommt —, ob eine Ausgleichsregelung wie die vorstehend beschriebene des Tarifvertrags zum Nachteil des Handelsvertreters von der Ausgleichsregelung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie abweicht. Da die in den Artikeln 17 und 19 der Richtlinie vorgesehene Regelung zum Schutz des Handelsvertreters zwingendes Recht ist¹², ist die vertragliche Regelung, wenn sie für den Handelsvertreter nachteilig ist, rechtswidrig und entfaltet keine Wirkungen.

23. Die Prüfung, ob eine vertragliche Regelung gegenüber der gesetzlichen nachteilig ist, setzt als logisches prius zunächst voraus, dass die beiden Regelungen überhaupt verglichen werden können. Was nicht vergleich-

11 — In der Rechtslehre wird diese Beschränkung der Privatautonomie mit einem „paternalistischen“ Ansatz gerechtfertigt, der bei einer asymmetrischen Stellung der beiden Parteien im Vertragsverhältnis angebracht sei. Es soll verhindert werden, dass die während des Vertragsverhältnisses bestehende Situation der Abhängigkeit und Asymmetrie in Bezug auf Informationen, in der sich der Handelsvertreter gegenüber dem Unternehmer befindet, jenen tatsächlich daran hindert, zu entscheiden, was für ihn am besten ist. Vgl. z. B. v. Hoyningen-Huene, G., in *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, § 89b, Randnr. 188, S. 1174, C. H. Beck, München, 1996, und Cunha, C., *A indemnização de clientela do agente comercial*, 2003, Coimbra Editora, S. 346 ff.

12 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Ingmar (Randnrn. 21 und 22).

bar ist, kann nicht verglichen werden. Meiner Ansicht nach ist ein solcher Vergleich unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles nicht möglich, da die vertragliche Regelung einen Ausgleich gestaltet, der von Voraussetzungen abhängt und Zwecke verfolgt, die sich von denen des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie grundlegend unterscheiden. Die beiden Regelungen beruhen nämlich auf einer gegensätzlichen Sachlogik, so dass sich nicht abstrakt feststellen lässt, welche von ihnen für den Handelsvertreter günstiger ist.

24. Zunächst spielt es für die Anwendung einer Ausgleichsregelung wie der des Tarifvertrags keine Rolle, ob der Handelsvertreter neue Kunden geworben oder die Verbindungen mit vorhandenen Kunden gefestigt hat. Es ist außerdem unerheblich, ob der Unternehmer nach Beendigung des Vertretervertrags weiter erhebliche Vorteile aus der Geschäftsverbindung mit diesen Kunden zieht. Für die Bestimmung des dem Handelsvertreter geschuldeten vertraglichen Ausgleichs sind vielmehr die Dauer des Vertragsverhältnisses, die Höhe der während der Dauer des Vertragsverhältnisses an den Handelsvertreter gezahlten jährlichen Vergütung und die Frage, ob es sich bei dem Vertretervertrag um einen Exklusivvertrag handelt, relevant.

25. Ferner stellt der vertragliche Ausgleich im Gegensatz zum gesetzlich vorgesehenen Ausgleich, der auch die Beurteilung der Situation nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zugrunde legt, ausschließlich auf die Beurteilung der Vergangenheit (dem Handelsvertreter gezahlte Beträge und Dauer der Verbindung) ab.

26. Neben diesen wesentlichen Unterschieden bei Inhalt und Sinn der beiden zu vergleichenden Ausgleichsregelungen ist auch in Bezug auf deren Ratio festzustellen, dass der vertragliche Ausgleich ganz andere Zwecke verfolgt als der in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehene. Der Letztere stellt eindeutig auf den Verdienst ab; dem Handelsvertreter wird ein Ausgleichsanspruch zuerkannt, soweit seine Tätigkeit — Werbung von Kunden und Erweiterung des Kundenstamms — dazu beigetragen hat, dass nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter Wertzuwächse für den Unternehmer entstehen. Ein Ausgleich wie der vorstehend beschriebene des Tarifvertrags steht diesem Verdienstgedanken jedoch diametral entgegen. Dieser Ausgleich wird nämlich bei Beendigung des Vertragsverhältnisses jedem Handelsvertreter zuerkannt, auch wenn dieser keinen einzigen Kunden geworben und keine Geschäftsverbindungen mit Kunden erweitert hat, also selbst dann, wenn der Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses keinerlei Vorteile im Hinblick auf eine Fortsetzung der Geschäftsverbindung mit diesen Kunden hat.

27. Welche der beiden Ausgleichsregelungen für den Handelsvertreter günstiger ist, hängt davon ab, wie sich die Tätigkeit des Vertreters tatsächlich entwickelt, und kann nur bei Beendigung des Vertragsverhältnisses ex post beurteilt werden. Auch wenn es im Vertragstext ausdrücklich heißt, dass der vorgesehene Ausgleich dem gesetzlichen Ausgleich entspricht, sind die beiden Regelungen im Wesentlichen, was ihren Inhalt und ihre Zwecke betrifft, nicht vergleichbar. Weder die im Vertrag oder im Tarifvertrag gegebenenfalls für den vertraglichen Ausgleich verwendete juristische Bezeichnung

noch die Feststellung, dass der vertragliche Ausgleich den gesetzlichen vollständig ersetzt, ändern etwas an deren grundlegenden Unvergleichbarkeit.

28. Natürlich können diese beiden Regelungen darauf hin verglichen werden, wie sie sich jeweils auf den Ausgleich *auswirken*, wenn sie bei Beendigung des Vertragsverhältnisses angewandt werden. Dies wäre jedoch ein Vergleich von Ergebnissen oder Folgen für den Ausgleich, der nur an das äußerliche Ereignis anknüpfen würde, das dessen Anwendung auslöst, nämlich die Beendigung des Vertragsverhältnisses. Es ist kein Vergleich zweier Regelungen im eigentlichen Sinne; dieser müsste auf die Beurteilung der jeweiligen Inhalte und Zwecke abstellen.

29. Meiner Ansicht nach ist der Vergleich nach Artikel 19 der Richtlinie jedoch kein Vergleich allein der Ausgleichsbeträge, die sich aus der jeweiligen Anwendung der vertraglichen und der gesetzlichen Ausgleichsregelung bei Beendigung des Vertragsverhältnisses ergeben. Artikel 19 der Richtlinie erfordert meiner Meinung nach einen substanziellen Vergleich zwischen der gesetzlichen und der vertraglichen Ausgleichsregelung, der sich auf die jeweiligen Inhalte und Zwecke bezieht; nicht nur einen Vergleich der konkreten Auswirkungen dieser Regelungen auf den Ausgleich, die im Wesentlichen vom Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses und den zu diesem Zeitpunkt bestehenden Marktbedingungen abhängen. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, sind die beiden Regelungen

derart gegensätzlich, dass sich nicht feststellen lässt, welche von ihnen für den Handelsvertreter günstiger ist¹³.

30. Ein Vergleich in Bezug auf die konkrete Situation bei Beendigung des Vertragsverhältnisses würde darüber hinaus bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses eine Situation der Ungewissheit und Unsicherheit hinsichtlich der Vereinbarkeit der vertraglichen Regelung mit der gesetzlichen Regelung über den Ausgleich für den Kundenstamm schaffen. Es darf jedoch nicht bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses offen bleiben, ob die vertraglich vereinbarte Regelung rechtmäßig ist oder nicht. Außerdem würde die Lösung eines Vergleichs *ex post* und in Bezug auf die konkrete Situation den Unternehmer bereits aufgrund der Ungewissheit und Unsicherheit, die sie für ihn hinsichtlich der anwendbaren Ausgleichsregelung schaffen würde, dazu verleiten, Verträge aufrechtzuerhalten, die in Wirklichkeit vielleicht schon unwirtschaftlich sind und somit beendet werden sollten, um neuen, möglicherweise engagierteren Handelsvertretern die Möglichkeit zum Marktzutritt zu geben.

13 — Dieser Ansatz findet sich in der italienischen Rechtslehre in jüngerer Zeit z. B. bei Sordi, P., „La contrattazione collettiva e l'indennità di cessazione del rapporto nel contratto di agenzia“ in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2001, S. 546 ff., insbesondere S. 548, und in noch jüngerer Zeit ebenfalls bei Sordi, P., „L'invalidità degli accordi del 1992 sull'indennità di cessazione del rapporto di agenzia“ in *Giustizia civile*, 2002, S. 487. In dem Sinne, dass die tarifvertragliche Regelung unwirksam und mit Artikel 1751 Codice civile und Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie 86/653 unvereinbar ist, äußert sich u. a. auch Baldi, R., *Il contratto di agenzia*, a. a. O., S. 266 und insbesondere S. 278 bis 282. Auch einige jüngere italienische Gerichtsentscheidungen sind, zwar offenbar noch in der Minderheit, diesem Ansatz gefolgt, wie bereits aus den Ausführungen der Corte suprema di cassazione im Vorabentscheidungsersuchen hervorgeht.

31. Die Lösung eines Vergleichs ex post, bei dem die konkreten Auswirkungen auf den Ausgleich beurteilt werden, ließe sich meiner Meinung nach nur vertreten, wenn man davon ausginge, dass die Richtlinie 86/653 einzig und allein den wirtschaftlichen Schutz des Handelsvertreters bezweckt. Dies ist offenkundig nicht der Fall. Der Gerichtshof hat hierzu bereits festgestellt, dass die Richtlinie, wie sich aus ihren einleitenden Begründungserwägungen ergibt, neben dem Schutz des Handelsvertreters ferner „der Aufhebung der Beschränkungen der Ausübung des Handelsvertreterberufs, der Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Gemeinschaft und der Stärkung der Sicherheit im Handelsverkehr“ dient¹⁴. Der Schutz des Handelsvertreters stellt somit keinen Zweck an sich dar, der bei der Auslegung der Vorschriften der Richtlinie 86/653 um jeden Preis zu gewährleisten wäre und die Berücksichtigung des Interesses des Schutzes der Sicherheit und der Rechtssicherheit im Handelsverkehr vollkommen ausschliesse.

32. Die Beklagte trägt in ihren schriftlichen Erklärungen zutreffend vor, dass die fraglichen Regelungen aus einer Ex-ante-Sicht zu vergleichen seien. Ihre Ansicht ist jedoch meiner Meinung nach unhaltbar, was das Ergebnis betrifft, zu dem sie gelangt, nämlich, dass sich aus einer solchen Ex-ante-Prüfung ergebe, dass eine Ausgleichsregelung wie die des Tarifvertrags für den Handelsvertreter günstiger sei als die in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehene gesetzliche Regelung. Träfe dies zu, läge eine nach Artikel 19 zulässige Abweichung vor.

33. Wie bereits dargelegt, lässt sich bei einer Ex-ante-Prüfung jedoch nicht schlussfolgern, dass die in einem Vertrag wie dem Tarifvertrag enthaltene Regelung für den Handelsvertreter abstrakt günstiger ist als die in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehene.

34. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, müsste die von der Beklagten zugrunde gelegte Prämisse — die übrigens der Teleologie des Verdienstes in der Gemeinschaftsregelung zuwiderläuft — als zutreffend angesehen werden, dass alle Handelsvertreter eine grundlegende Abneigung gegen Risiken haben und somit zwangsläufig eine gleichmacherische Regelung, die allen zumindest ein bisschen garantiert, gegenüber einer Regelung wie der des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie bevorzugen, die nur den Handelsvertretern, denen es gelungen ist, während der Dauer des Vertragsverhältnisses Kunden zu werben oder den Kundenstamm zu erweitern, einen — wenn auch gegebenenfalls großzügigeren — Ausgleich gewährt.

35. Es stimmt, dass einige Handelsvertreter bei der verdienstorientierten Regelung des Artikels 17 der Richtlinie ohne Anspruch auf einen Ausgleich ausgehen. Streng genommen kann somit keine Regelung, abstrakt betrachtet, gegenüber der verdienstorientierten des Artikels 17 der Richtlinie nachteilig sein, da dessen Anwendung immer dazu führen kann, dass es keinen Ausgleich gibt. Nach dieser Logik wäre jedoch jede Regelung, die dem Handelsvertreter zunächst zumindest einen Null übersteigenden Ausgleich gewährt, eine nach Artikel 19 der Richtlinie erlaubte Abweichung von der Regelung des Artikels 17 der Richtlinie.

14 — Vgl. Urteile Bellone (Randnrn. 13 und 17) und Ingmar (Randnrn. 20 und 23).

Theoretisch würden somit alle Ausgleichsregelungen, die dem Handelsvertreter bei Beendigung des Vertragsverhältnisses irgendeinen Ausgleich gewähren, als zulässige Abweichungen von Artikel 17 der Richtlinie den Filter des Artikels 19 der Richtlinie passieren. Diese Annahme verbietet sich offenkundig schon deshalb, weil sie dem in Artikel 19 der Richtlinie vorgesehenen Verbot von Abweichungen jede praktische Wirksamkeit nähme.

36. Das Problem des Ex-ante-Vergleichs der beiden Ausgleichsregelungen, für den sich die Beklagte in ihren Erklärungen ausspricht, liegt darin, dass nur auf die Beurteilung derjenigen hypothetischen Handelsvertreter abgestellt wird, die bei Anwendung der verdienstorientierten Regelung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie keinen Ausgleichsanspruch hätten. Artikel 19 der Richtlinie bezieht sich mit der Regelung, dass die Parteien nicht „zum Nachteil des Handelsvertreter“ von Artikel 17 abweichen können, jedoch abstrakt auf alle in einem individuellen Vertragsverhältnis stehenden Handelsvertreter, unabhängig davon, ob ihnen jeweils nach Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie ein Ausgleich zustünde oder nicht.

37. Man kann bei einer Ex-ante-Prüfung daher nicht schlussfolgern, dass eine Aus-

gleichsregelung wie die des Tarifvertrags für den Handelsvertreter günstiger sei als die des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie.

38. Die hier vorgenommene Auslegung des Artikels 19 der Richtlinie schließt natürlich nicht aus, dass von der Regelung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie abweichende Verträge zulässig sind und sogar gegebenenfalls Ähnlichkeiten mit einer Regelung wie der des Tarifvertrags aufweisen. Entscheidend ist, dass sie eine Regelung vorsehen, die sich, abstrakt gesehen, für *keinen* Handelsvertreter als schlechter erweisen kann als die Regelung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie. Dies gilt auch dann, wenn diese Verträge von einer Sachlogik geleitet sind, die sich weitgehend von derjenigen unterscheidet, die der Gemeinschaftsregelung zugrunde liegt. Man stelle sich z. B. vor, dass ein Tarifvertrag dem Handelsvertreter unabhängig davon, ob die in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind, einen festen Mindestausgleich gewährt, der sich nach der Dauer des Vertragsverhältnisses und der Höhe des Umsatzes richtet, und zusätzlich den Betrag, der sich aus der Anwendung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie ergibt. Eine Regelung dieser Art würde selbstverständlich eine Abweichung von Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie darstellen, da sie unabhängig von der Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen dieser Vorschrift angewandt wird. Jedoch könnte *kein* Handelsvertreter der Ansicht sein, dass er bei Anwendung dieser Regelung schlechter gestellt sei, als er es bei Anwen-

derung allein der Regelung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie wäre. Eine Abweichung dieser Art wäre nach Artikel 19 der Richtlinie zulässig.

39. Nicht zugelassen werden kann jedoch, wie die Klägerin im Einklang mit einer in der italienischen Rechtslehre vertretenen Meinung¹⁵ ausführt, dass unter Berufung auf die Vertragsautonomie und unter Verweis auf einen eventuellen Tarifvertrag praktisch im Wesentlichen eine Ausgleichsregelung beibehalten wird, wie sie vor Umsetzung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie in die italienische Rechtsordnung galt und die nicht jedem Handelsvertreter mehr als das gewährt, was er nach der Gemeinschaftsregelung erhielt.

40. Ich bin daher der Meinung, dass der Gerichtshof auf die erste Frage der Corte suprema di cassazione antworten sollte, dass Artikel 19 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass ein Tarifvertrag wie der des vorliegenden Falles, der eine Regelung des Ausgleichs für Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses vorsieht, die nach Inhalt und Zweck mit der Ausgleichsregelung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie unvereinbar ist und diese Regelung vollständig ersetzen soll, eine zum Nachteil des Handelsvertreters abweichende Regelung darstellt.

C — Art der Berechnung des in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie 86/653 vorgesehenen Ausgleichs für den Kundenstamm

41. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in Artikel 17 der Richtlinie nicht nur die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Ausgleichs für den Kundenstamm festgelegt sind, sondern auch die für die Berechnung dieses Ausgleichs erforderlichen Gesichtspunkte. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie, wo der Ausdruck „wenn und soweit“ verwendet wird. Artikel 17 nennt somit nicht nur die Voraussetzungen, unter denen der Ausgleich für den Kundenstamm zuzuerkennen ist, sondern bestimmt auch, wie die *Höhe* des Ausgleichs zu berechnen ist. Die italienischen Gerichte müssen Artikel 1751 Codice civile nach ständiger Rechtsprechung somit in diesem Sinne auslegen, d. h. so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der betreffenden Richtlinie, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen¹⁶.

42. Sicherlich kann die in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehene Berechnung des Ausgleichs einige Schwierigkeiten aufwerfen. Sie erfordert nämlich die Durchführung von Prognosen über den Fortgang der Geschäfte des Unternehmers mit dem zuvor vom Handelsvertreter geworbenen oder erweiterten Kundenstamm und über die Vorteile, die der Unternehmer aus den Geschäften mit

15 — Vgl. insbesondere Baldi, R., *Il contratto d'agenzia*, a. a. O., S. 268.

16 — Vgl. in jüngerer Zeit das Urteil vom 5. Oktober 2004 in den Rechtssachen C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u. a., Slg. 2004, I-8835, Randnr. 113).

diesen Kunden nach Beendigung des Vertretervertrags ziehen wird, ohne dem Handelsvertreter weitere Provisionen zahlen zu müssen.

Prognosen und Wahrscheinlichkeitsbeurteilungen bestimmt werden kann¹⁹, dürfte es nicht besonders schwierig sein, nach Maßgabe des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie den Ausgleich für den Kundenstamm zu berechnen. Schließlich wird bei dieser Berechnung die Durchführung von Prognosen in Bezug auf den Eintritt bestimmter Ereignisse nach Beendigung des Vertretervertrags verlangt.

43. Prognosen werden von den Gerichten normalerweise jedenfalls zunächst durchgeführt, wenn sie Schäden zu beurteilen haben; sie vergleichen dann die *bestehende* Situation mit der hypothetischen Situation, die *bestünde*, wenn ein bestimmtes schädigendes Ereignis nicht eingetreten wäre. Die Schwierigkeiten, die mit dieser Art von Schadensberechnungen durch Prognosen verbunden sind, halten die Gerichte nicht davon ab, diese Berechnungen in der Praxis durchzuführen. Man braucht insoweit z. B. nur an die Berechnung entgangener Gewinne¹⁷ oder die Berechnung des Schadens bei Verlust einer „Chance“ zu denken, die nicht nur untereinander einige Entsprechungen aufweisen¹⁸, sondern auch mit der Berechnung des in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie 86/653 vorgesehenen Ausgleichs. Insbesondere im Fall der italienischen Rechtsordnung, in der der Schaden bei Verlust einer „Chance“ offenbar ersetzbar ist und dessen Höhe zunächst auf der Grundlage von

44. Die eventuellen Schwierigkeiten bei der Durchführung derartiger Beurteilungen sind kein Grund dafür, die Ausgleichsregelung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie durch eine andere, wie z. B. im vorliegenden Fall die im Tarifvertrag vorgesehene, zu ersetzen. Die letztgenannte Regelung sieht zwar eine einfache Berechnung des Ausgleichs vor, ist jedoch mit der Erstgenannten nach Inhalt, Sinn und Zweck unvereinbar.

45. Die Berechnung des Ausgleichs in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie kann somit zu praktischen Zwecken in drei Stufen eingeteilt werden²⁰.

17 — De Cupis, A., *Il danno — Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, 3^a ed., Giuffrè, Milano 1979, S. 297, weist darauf hin, dass bei der Berechnung dieser Art von Schäden abzuschätzen sei, „ob ein bestimmter Vorteil eingetreten wäre oder nicht ... Da man sich in einem hypothetischen Bereich bewegt, kann es keine absolute Gewissheit geben: Man muss sich mit einer relativen Gewissheit bzw. einer begründeten und vernünftigen Erwartung zufriedener geben“ (freie Übersetzung).

18 — Vgl. in diesem Sinne Bocchiola, M. „Perdita di una 'chance' e certezza del danno“, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno XXX (1976), S. 55 ff., insbesondere S. 60 bis 61, der ausführt, dass der Verlust einer „Chance“ und der entgangene Gewinn „in ihrem Grenzbereich leicht zu verwechseln sind und sich praktisch überlagern“, da bei beiden die Gewissheit nur relativ ist (freie Übersetzung).

19 — Vgl. das Urteil der Corte suprema di cassazione vom 29. April 1993, Nr. 5026, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, Parte prima, sez. I, cols. 234 ff., insbesondere col. 241, mit Anmerkungen von A. Musy.

20 — Wie die Kommission in ihrem in Fußnote 7 angeführten Bericht über die Anwendung von Artikel 17 der Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter (S. 3 bis 5) ausführt.

46. Auf der ersten Stufe ist die Höhe der Vorteile zu schätzen, die der Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erlangen wird; diese werden im Wesentlichen den Provisionen für den vom Handelsvertreter geworbenen oder erweiterten Kundenstamm entsprechen, die er diesem nach Vertragsbeendigung nicht mehr zahlen muss. Natürlich können z. B. der Umsatz und die dem Handelsvertreter während des Vertragsverhältnisses gezahlten Provisionen insoweit zur Bezifferung der Vorteile, die der Unternehmer voraussichtlich in Zukunft erlangen wird, und somit zur Bestimmung der Höhe des dem Handelsvertreter geschuldeten Ausgleichs nützlich sein. Diese Gesichtspunkte sind jedoch nur relevant, soweit sie allein aus sich heraus für die Prognose sachdienlich sind, die für die Berechnung des in Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehenen Ausgleichs erforderlich ist, nicht jedoch, soweit sie für einen eventuellen Tarifvertrag hinsichtlich der Berechnung dieses Ausgleichs relevant sind.

47. Auf diese Stufe folgt eine weitere, in der geprüft wird, ob die Zahlung dieses Ausgleichs der Billigkeit entspricht. Die Billigkeit spielt im System des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie eine untergeordnete Rolle. Sie ist ein Sicherheitsventil, das es dem Richter ermöglicht, die Höhe des Ausgleichs je nach den besonderen Umständen des konkreten Falles anzupassen oder den Ausgleich in Grenzfällen gegebenenfalls sogar auszu-

schließen. Der kasuistische Charakter jeder Billigkeitsentscheidung macht es meiner Ansicht nach unmöglich, irgendwelche besonderen Umstände des Einzelfalls aufzuzählen oder darzulegen, die bei dieser Entscheidung relevant sein könnten. Diese Prüfung ist naturgemäß Sache der zuständigen nationalen Gerichte.

48. Auf einer dritten Stufe wird der Ausgleichsbetrag schließlich an der in Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie festgelegten Höchstgrenze gemessen. Es handelt sich um eine Höchstgrenze, die nicht als Ausgangspunkt für die Berechnung des Ausgleichs verwendet werden darf, sondern als Deckelung, die nur dann relevant ist, wenn der sich aus den vorstehenden beiden Berechnungsstufen ergebende Ausgleichsbetrag sie übersteigt.

49. Ich bin daher der Ansicht, dass der Gerichtshof auf die zweite Frage der Corte suprema die cassazione antworten sollte, dass Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass er nicht nur die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Ausgleichsanspruchs an den Handelsvertreter festlegt, sondern auch die Gesichtspunkte für die Berechnung dieses Ausgleichs, wobei Billigkeitskriterien nur dann zum Tragen kommen, wenn aufgrund der besonderen Umstände des konkreten Falles eine Korrektur des zunächst nach den objektiven Gesichtspunkten des Artikels 17 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 86/653 berechneten Ausgleichsbetrags erforderlich ist.

III — Ergebnis

50. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die von der Corte suprema di cassazione vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 19 der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter ist dahin auszulegen, dass ein Tarifvertrag wie der des vorliegenden Falles, der eine Regelung des Ausgleichs für Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses vorsieht, die nach Inhalt und Zweck mit der Ausgleichsregelung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie unvereinbar ist und diese Regelung vollständig ersetzen soll, eine zum Nachteil des Handelsvertreeters abweichende Regelung darstellt.
2. Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie 86/653 ist dahin auszulegen, dass er nicht nur die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Ausgleichsanspruchs an den Handelsvertreter festlegt, sondern auch die Gesichtspunkte für die Berechnung dieses Ausgleichs, wobei Billigkeitskriterien nur dann zum Tragen kommen, wenn aufgrund der besonderen Umstände des konkreten Falles eine Korrektur des zunächst nach den objektiven Gesichtspunkten des Artikels 17 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 86/653 berechneten Ausgleichsbetrags erforderlich ist.