

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 93/74

URTEIL

Verkündet am

10. Juli 1975

Spengler,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Anton S c h [REDACTED], K [REDACTED],
Ka [REDACTED] hof [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Josef P [REDACTED], K [REDACTED]-R [REDACTED],
Lü [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1975
durch die Richter Fleck, Dr. Schulze, Dr. Bauer,
Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das
Teilurteil des 1. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Köln vom 28. Februar 1974
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung - auch über die Kosten
der Revision - an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hatte - davon gehen die Parteien auf
Grund eines in diesem Rechtsstreit geschlossenen Zwischen-
vergleichs übereinstimmend aus - den Kläger während des
ganzen Kalenderjahrs 1964 im Innenverhältnis zur Hälfte
an der in K... von ihm betriebenen Bezirksdirektion der
Ersten Allgemeinen Unfall- und Schadens-Versicherungs-
Gesellschaft beteiligt. Die Parteien streiten für das
Jahr 1964 darüber, inwieweit die für eine Gewinnbeteili-
gung des Klägers maßgebenden Einkünfte um eine sog.
Stornoreserve zu kürzen sind. Außerdem macht der Kläger

- 3 -

eine hälftige Beteiligung an den Folgeprovisionen geltend, die der Beklagte in den Jahren von 1965 bis 1971 aus dem im Jahre 1964 erarbeiteten Prämienbestand - das ist die Summe der Jahresprämien der im Jahre 1964 von den Parteien und ihren Vertretern vermittelten und bis zum Ende dieses Jahres noch nicht wieder stornierten Versicherungsverträge - bezogen hat.

Das Landgericht hat - unter Abweisung der Klage im übrigen - den Beklagten verurteilt, an den Kläger insgesamt 17.245 DM in Raten zu zahlen.

Gegen dieses Urteil haben der Kläger Berufung und der Beklagte Anschlußberufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil das Rechtsmittel des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Antrag weiter, den Beklagten in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Zahlung von insgesamt 87.113,37 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Allerdings ist nichts dagegen einzuwenden, daß das Berufungsgericht den Beklagten für berechtigt gehalten hat, den mit dem Kläger rechnerisch zu teilenden Überschuß des Jahres 1964 um 9.260,75 DM zu kürzen. Die Bildung einer entsprechend hohen sog. Stornoreserve in der Auseinandersetzungsbilanz zum 31. Dezember 1964 war deshalb geboten,



weil der Beklagte damit rechnen mußte, es würden Versicherungsverträge aus diesem Jahr derart lange vor der vereinbarten Laufzeit enden, daß er gemäß seinen mit dem Versicherer getroffenen Vereinbarungen einen Teil der ihm bereits gutgebrachten Abschlußprovision wieder verlieren würde und im Verrechnungswege würde zurückzahlen müssen (vgl. dazu im einzelnen das Gutachten Dr. G. [REDACTED] vom 26.7.1966 S. 15 ff = GA Bl. 133; die Berufungserwiderung des Beklagten vom 13.4.1970 S. 1/2 = GA Bl. 337; den Schriftsatz des Klägers vom 24.4.1970 S. 1 = GA Bl. 352 und die Auskunft der Versicherung vom 28.8.1970 GA Bl. 388). Tatsächlich sind die später aus diesem Grunde erfolgten Lastschriften sogar noch erheblich höher gewesen, als die dafür zurückgestellten 9.260,75 DM, wie das zweite Gutachten Dr. G. [REDACTED] vom 20. Juni 1973 Bl. 8 ff, insbesondere GB 10/11 u. Bl. 18 Buchst. i), zeigt und wie der Kläger nicht substantiiert bestritten hat; dabei handelt es sich ausschließlich um "Erstjahresstorni" für 1964.

Der Zwischenvergleich vom 2. März 1967 stand der Berücksichtigung der Stornoreserve nicht entgegen, wie sich aus seinem Abschn. 3 b 7 ergibt.

2. Über den hälftigen Gewinnanteil für 1964 hinaus billigen die Vorinstanzen dem Kläger rechnerisch auch eine hälftige Beteiligung an den sog. Folgeprovisionen für die Jahre 1965 bis 1971 zu, die der Beklagte zusätzlich zu den schon im ersten Vertragsjahr verdienten, oben zu 1 behandelten Abschlußprovisionen erhalten hat. Diese Folgeprovisionen hätten jährlich 30 % des im Jahre 1964 erarbeiteten Prämienbestands von etwas mehr als

140.000 DM betragen sollen. Der Prämienbestand hat sich jedoch nach und nach dadurch verringert, daß die im Jahre 1964 vermittelten Versicherungsverträge ausliefen oder aus besonderen Gründen vorzeitig beendet wurden. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist diese Minderung so groß, daß dem Kläger, wenn man von den entsprechend geminderten Folgeprovisionen noch die von dem Beklagten an seinen Sohn (vgl. unten b) und an seine Vertreter (vgl. unten e) gezahlten Bestandspflegeprovisionen und einen angemessenen Gemeinkostenanteil (vgl. unten c) abzieht, jedenfalls über dasjenige hinaus, was er für 1964 zuviel entnommen und was das Landgericht ihm außerdem zuerkannt hat, nichts mehr zusteht.

a) Zu Unrecht wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht den jährlichen Bestandsverlust nicht genau festgestellt, sondern gemäß § 287 ZPO auf durchschnittlich 10.000 DM geschätzt hat. Sie meint, es hätte ihn auf Grund von Auskünften, die der Beklagte zu erteilen verpflichtet gewesen sei, für jedes einzelne Jahr genau feststellen müssen. Dies wäre jedoch, da auch für die vor und nach 1964 erarbeiteten Prämienbestände Folgeprovisionen zu zahlen waren und da sich auch diese Bestände allmählich verringerten, selbst bei größter Kooperationsbereitschaft des Beklagten außerordentlich schwierig gewesen (vgl. die Auskunft der Versicherung vom 28.8.1970 GA Bl. 389, die Aussage W. GA Bl. 417 und 420, das Gutachten L. S. 4 ff = GA Bl. 194, seine Äußerung vom 11.1.1972 GA Bl. 442 und das Ablehnungsschreiben des in Aussicht genommenen Sachverständigen H. vom 22.5.1972 GA Bl. 464).

b) In Übereinstimmung mit dem Landgericht (vgl. dessen Urteil S. 15 = GA Bl. 297) hat das Berufungsgericht den Beklagten für berechtigt gehalten, die mit dem Kläger zu teilenden Folgeprovisionen um 3 % des jeweiligen Prämienbestands von 1964 zu kürzen, weil die mit der Bestandspflege verbundene Verwaltungstätigkeit, die bei Fortbestand der Innengesellschaft dem Kläger obgelegen hätte, von jemand anderem, nämlich dem Sohn des Beklagten ausgeführt werden mußte. Dagegen läßt sich aus Rechtsgründen gleichfalls nichts einwenden. Wie der Umstand zeigt, daß die Vorinstanzen dem Beklagten insoweit nicht einen festen Betrag, sondern einen Hundertsatz des Prämienbestands zugebilligt und diesen auf nur 3 % festgesetzt haben, haben sie nicht verkannt, daß der Verwaltungsaufwand bloß gering gewesen ist. Was das Berufungsgericht sonst noch zu diesem Punkt ausführt, gehört ersichtlich nicht zu den tragenden Erwägungen, so daß die insoweit erhobenen Revisionsrügen ins Leere gehen.

c) Die Revision wendet sich aber mit Recht dagegen, daß das Berufungsgericht von der mit dem Kläger zu teilenden Folgeprovision unterschiedslos Jahr für Jahr 19,6 % der Gemeinkosten des Beklagten abgezogen hat. Dr. G. [REDACTED] hat in Anl. 2 seines zweiten Gutachtens angegeben, von dem Gesamtumsatz des Beklagten (Sp. 2) seien auf die mit dem Kläger zu teilenden Folgeprovisionen (Sp. 4)

1965 20,35 %,
1966 18,34 %,
1967 15,19 %,
1968 16 %,
1969 12,76 %,
1970 12,32 % und
1971 13,16 %

entfallen (Sp. 5). Das Berufungsgericht gibt keine Begründung dafür, weshalb es gleichwohl der Meinung ist, "die geschätzten 19,6 %" seien "durchaus angemessen". Daß "die anteiligen Unkosten für das Folgeprämien-geschäft . . . in ihrer absoluten Höhe mit 19,6 % . . . nicht zu hoch angesetzt" seien, hatte Dr. G. in seinem Gutachten Bl. 32 in Übereinstimmung mit der vorstehenden Aufstellung nur für das Jahr 1965 bestätigt. Davon abgesehen, war das Berufungsgericht auf eine Schätzung in diesem Punkt wohl nicht angewiesen, nachdem Dr. G. in Anl. 2 seines Gutachtens für die einzelnen Jahre in Sp. 2 die Höhe des Gesamtumsatzes, in Sp. 4 die mit dem Kläger zu teilende (allerdings nur geschätzte) Folgeprovision, in Sp. 5 ihr prozentuales Verhältnis zum Gesamtumsatz, in Sp. 1 die (allerdings wohl nicht um den nachstehend zu erörternden Bürokostenzuschuß geminderten) Gemeinkosten des Beklagten und in Sp. 6 den davon auf die mit dem Kläger zu teilende Folgeprovision entfallenden Gemeinkostenbetrag genau angegeben hatte.

d) Auch insoweit kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben, als es den Bürokostenzuschuß von jährlich 5.500 DM betrifft, den die Versicherung dem Beklagten gewährt. Dieser Zuschuß mindert im Ergebnis die von dem Beklagten zu tragenden Gemeinkosten und damit auch denjenigen Anteil dieser Kosten, mit dem er, wie vorstehend zu c) erwähnt, die zur Hälfte dem Kläger gebührende Folgeprovision belasten kann.

Das Berufungsgericht meint, der Zuschuß werde "in den Gesamtumsatz des Beklagten" eingebracht; damit erscheine er notwendigerweise bei der Berechnung und Gegenüberstellung der allgemeinen und der anteiligen Unkosten für das Folgegeschäft und sei daher, wie die Gutachten erkennen ließen, hierbei bereits mitberücksichtigt worden. Damit will es offenbar sagen, der Zuschuß komme schon auf diese Weise auch dem Kläger anteilig zugute. Das trifft für das Geschäftsjahr 1964 auch zu. Damals war der Kläger am Gesamtgewinn beteiligt. Dieser ergab sich - sieht man von der oben zu 1 erörterten Rückstellung ab - aus dem Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben. Wurde der Zuschuß den Einnahmen hinzugerechnet, dann wirkte sich schon das auch zugunsten des Klägers aus. In den folgenden Jahren war dieser aber nicht mehr an allen Einnahmen des Beklagten beteiligt, sondern nur noch an der Folgeprovision aus dem Prämienbestand von 1964. Der Zuschuß konnte ihm deshalb nur noch zugute kommen, wenn der Beklagte ihn von seinen Gemeinkosten abzog, ehe er diese auf die einzelnen Geschäftssparten verteilte. Daß dies geschehen wäre, läßt das Berufungsurteil nicht erkennen, so daß der Senat zugunsten des Klägers vom Gegenteil ausgehen muß.

Der Zuschuß ist zwar, wie der Beklagte hervorhebt (vgl. S. 6 der Berufungserwiderung = GA Bl. 342), nicht "zweckgebunden" in dem Sinne, daß er für die Bestandspflege gezahlt würde. Das bedeutet jedoch nur, daß er nicht ausschließlich auf die durch sie verursachten Kosten zu verrechnen ist. Die Pflicht des Beklagten, ihn anteilig zu berücksichtigen, wird dadurch, daß die Versicherung ihn ohne eine solche Zweckbindung zahlt, nicht berührt.

e) Die Vorinstanzen haben die Folgeprovisionen um eine Bestandspflegeprovision von 10 % des jeweiligen Prämienbestands gekürzt, die der Beklagte an seine Vertreter gezahlt habe.

Allerdings kann die Berechtigung des Beklagten, als Alleininhaber des Geschäfts auch ohne Zustimmung des Klägers solche Provisionen zu vereinbaren und sie dann anteilig auf den Kläger umzulegen, wenn dieser andererseits an den unter der Geschäftsführung des Beklagten erzielten Einnahmen partizipieren will, nicht zweifelhaft sein.

Dagegen ist die Revision begründet, soweit der Kläger das Zustandekommen derartiger Vereinbarungen bestreitet. Das Berufungsgericht hat zwar im Anschluß an die Ausführungen des Sachverständigen Dr. G. [REDACTED] auf Bl. 25 ff seines zweiten Gutachtens und in der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 1974 (GA Bl. 550/51) festgestellt, daß der Beklagte seinen Vertretern für die Bestandspflege tatsächlich 10 % Provision zugesagt und gutgebracht habe. Der Kläger hatte jedoch - wie die Revision zutreffend rügt - drei Vertreter des Beklagten als Zeugen dafür benannt, daß (mit nur einer Ausnahme) keine derartigen Provisionen vereinbart und gezahlt worden seien (vgl. seinen Schriftsatz vom 19.9.1973 S. 5 = GA Bl. 527). Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen nicht erkennen, warum es gemeint hat, diesen Beweisantritt übergehen zu können.

3. Das Berufungsurteil muß insgesamt aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht bisher keine Rechnung für die einzelnen Jahre erstellt hat, das Urteil infolgedessen aus sich heraus rechnerisch nicht voll nachprüfbar ist und der Senat deshalb auch nicht festzustellen vermag, in welchem Umfange die vorstehend zu 2 c) - e) dargelegten Bedenken das Ergebnis beeinflussen. Die Sache muß zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses erneut den Anspruch des Klägers für die einzelnen Jahre und damit - unter Berücksichtigung der für 1964 erfolgten Zuvielenentnahme - seine etwa noch bestehende Gesamtforderung errechnen kann.

Sollten gemäß den Darlegungen oben zu 2 d) die von Dr. G. [REDACTED] in Sp. 1 der Anl. 2 seines Gutachtens ausgewiesenen "reduzierten Gemeinkosten" jeweils um den Bürokostenzuschuß von 5.500 DM gemindert werden müssen, dann müßte auch der in Sp. 2 ausgewiesene "Gesamtumsatz" entsprechend ermäßigt werden, da sich nur so der prozentuale Anteil der für den Prämienbestand von 1964 gezahlten Folgeprovisionen zu den übrigen Provisionsentnahmen des Beklagten (vgl. die bisherigen Nachweise in Sp. 5 der Anl. 2 und die Aufstellung oben zu 2 c) einwandfrei feststellen ließe.

Des weiteren wird es sich fragen, ob nicht, da der Sachverständige von den Gemeinkosten des Beklagten die durch das sog. Hannovergeschäft verursachten abgezogen

hat (vgl. seine Aussage vom 17.1.1974 GA Bl. 552),
auch der Gesamtumsatz des Beklagten um den in diesem
Gebiet erzielten gekürzt werden muß.

Fleck

Bundschuh

Dr. Schulze

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Skibbe kann urlaubshalber
nicht unterschreiben.

Dr. Bauer

Fleck