

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

HGB § 89 b

- a) Die von einem Arztepropagandisten geworbenen Ärzte und Heilpraktiker sind grundsätzlich nicht als Kunden im Sinne des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB anzusehen.
- b) Zur Frage, ob der Unternehmer erhebliche Vorteile im Sinne des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB hat, wenn er seine Waren nach einer Vertriebsumstellung nicht mehr direkt an die Kunden veräußert, sondern über den Großhandel vertreibt.

BGH, Urt. v. 1. Dezember 1983 - I ZR 181/81 - OLG München
LG München II

۲۱

•

URTEIL

Verkündet am
1. Dezember 1983
R o t h,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Herrn Norbert S██████, R██████straße ████████, H██████ ████████,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma F [REDACTED] pharmazeutische Präparate GmbH, gesetzlich
vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Klaus Dieter
P [REDACTED] und Dr. Günter B [REDACTED]-St [REDACTED], B [REDACTED] 7, A [REDACTED].

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

39

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 1983
durch die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Erdmann,
Dr. Teplitzky und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München vom 7. August 1981 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Oberlandesgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte ist Herstellerin nichtverschreibungspflichtiger pharmazeutischer Präparate. Der Kläger war aufgrund einer am 1./3. Mai 1965 geschlossenen, als "Handelsvertretervertrag" bezeichneten Vereinbarung bis Ende 1979 für die Beklagte in H[REDACTED], Ho[REDACTED] und in einem Teil Ni[REDACTED] tätig. Nach § 2 des Vertrages hatte er Geschäfte zwischen Dritten und der Beklagten zu vermitteln, insbesondere bei Ärzten und Heilpraktikern für die Produkte der Beklagten zu werben. Er unterhielt ein von der Beklagten für die Belieferung der Apotheken des Vertragsgebiets eingerichtetes Auslieferungslager (§ 3). Für seine Tätigkeit erhielt er eine Provision in Höhe von 20 % des im Vertragsgebiet getätigten Umsatzes (§ 4 des Vertrages).

Der Kläger hat einen Arzt und sechs Heilpraktiker seines Bezirks als "wissenschaftliche Mitarbeiter" der Beklagten gewonnen, die am Umsatz der von ihnen verschriebenen Präparate der Beklagten, die über jeweils bestimmte "Bezugsapotheken" an die Patienten verkauft werden sollten, mit einem Bonus beteiligt waren. Daneben hat der Kläger unter anderem elf Apotheken neu geworben, die nicht "Bezugsapotheken" waren.

Mit Schreiben vom 9. Juni 1979 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis zum 31. Dezember 1979. Ab 1. Januar 1980 hat sie ihre Produkte vorwiegend über den Großhandel vertrieben.

Der Kläger hat von der Beklagten die Zahlung eines

Ausgleichs nach § 89 b HGB in Höhe von 123.000 DM sowie Abrechnung über den Lagerbestand verlangt.

Zur Begründung des mit der Revision allein noch verfolgten Ausgleichsanspruchs hat er vorgetragen: Nach dem Inhalt des Vertrages und der Art seiner Tätigkeit sei er Handelsvertreter der Beklagten gewesen. Der von ihm geworbene Arzt und die sechs Heilpraktiker hätten zu einem Umsatz der Beklagten in Höhe von jährlich insgesamt etwa 400.000 DM beigetragen. Mit den elf neu geworbenen Apotheken habe die Beklagte zuletzt Jahresumsätze von zusammen annähernd 300.000 DM erzielt. Der Stamm dieser Kunden sei der Beklagten verblieben und sie ziehe, auch wenn sie heute ihre Produkte vorwiegend über den Großhandel vertreibe, weiterhin erhebliche Vorteile daraus.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen: Dem Kläger stehe ein Ausgleichsanspruch nicht zu, weil er überwiegend nicht Handelsvertreter gewesen sei, sondern als sog. Ärztepropagandist oder Pharmaberater lediglich eine werbende, beratende und informierende Tätigkeit ausgeübt habe. In deren Folge seien Geschäftsbeziehungen zwischen ihr und den Ärzten und Heilpraktikern nicht zustandegekommen, und zwar auch nicht zu den Ärzten und Heilpraktikern, die als ihre wissenschaftlichen Mitarbeiter am Umsatz der verordneten Präparate beteiligt gewesen seien. Auch sei ihr, weil sie ihr Vertriebssystem von Grund auf umgestaltet habe und ihre Erzeugnisse weit überwiegend über den Großhandel vertreibe, aus der Tätigkeit des Klägers kein Vorteil erwachsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner

Revision verfolgt er den Ausgleichsanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat einen Ausgleichsanspruch des Klägers verneint und dazu ausgeführt:

1. Hinsichtlich der Tätigkeit bei Ärzten und Heilpraktikern sei der Kläger kein Handelsvertreter der Beklagten gewesen. Er habe keine Geschäfte vermittelt, sondern nur für die Präparate der Beklagten als sog. Ärztepropagandist geworben. Nicht die Ärzte, die aufgrund der Tätigkeit des Klägers die Präparate der Beklagten verschrieben hätten, seien Kunden der Beklagten geworden, sondern die Apotheken und mittelbar die Patienten.

Soweit der Kläger Ärzte und Heilpraktiker zu "wissenschaftlichen Mitarbeitern" der Beklagten geworben habe, seien zwar vertragliche Beziehungen hergestellt worden, die Ärzte und Heilpraktiker seien dadurch jedoch nicht Besteller oder Bezieher der Präparate der Beklagten geworden.

2. Dagegen habe der Kläger eine Handelsvertreter-tätigkeit insoweit entfaltet, als er Apotheken, die nicht "Bezugsapotheken" der von ihm geworbenen Ärzte und Heilpraktiker gewesen seien, dazu bewogen habe, die Arzneimittel der Beklagten zu beziehen. Gleichwohl scheitere

ein Ausgleichsanspruch, weil das Vorbringen des Klägers hierzu zunächst unsubstantiiert gewesen und der mit Schriftsatz vom 26. Juni 1981 ergänzte Sachvortrag verspätet sei.

II. Die Beurteilung hält den Angriffen der Revision nur zum Teil stand. Sie führen insgesamt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht einen Ausgleichsanspruch des Klägers nach § 89 b HGB verneint, soweit dieser ihn damit begründet hat, einen Arzt und sechs Heilpraktiker als "wissenschaftliche Mitarbeiter" geworben zu haben, die durch Verschreibung von Präparaten und deren Vertrieb über sog. Bezugsapotheken zum Umsatz der Beklagten beigetragen hätten. Ob der Auffassung des Berufungsgerichts beizutreten ist, daß kein Handelsvertreter sei, wer - als Ärztepropagandist oder Pharmaberater - bei Ärzten und Heilpraktikern für Heilmittel werbe (ebenso LG Dortmund DB 1971, 524 f; LG Münster MDR 1978, 230; Brüggemann, HGB-Großkomm., 4. Aufl. 1983, § 84 Rdn. 23; Küstner, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band I, 1979, Rdn. 20; Schröder, Recht der Handelsvertreter, 5. Aufl. 1973, § 84 Rdn. 16 a), kann im Streitfall offen bleiben. Denn ein Ausgleichsanspruch des Klägers scheitert zumindest daran, daß der Kläger für die Beklagte keine Kunden im Sinne des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB geworben hat.

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen können der Arzt und die sechs Heilpraktiker nicht als Kunden der Beklagten angesehen werden. Denn nicht sie haben die Präparate der Beklagten bestellt,

sondern die Apotheken, die sie ihrerseits an die Patienten verkauften. Die vom Kläger geworbenen "wissenschaftlichen Mitarbeiter" wurden auch nicht dadurch zu Kunden der Beklagten, daß diese sie mit einem Bonus am Umsatz der von ihnen verschriebenen Präparate beteiligte. Allein die Beteiligung schaffte zwischen der Beklagten und ihren "Mitarbeitern" noch keine Geschäftsverbindung, deren Gegenstand die Bestellung und Lieferung der Produkte der Beklagten war.

Eine entsprechende Anwendung des § 89 b HGB läßt sich entgegen der Ansicht der Revision vorliegend auch nicht damit begründen, daß bei einer Verschreibung der Präparate der Beklagten der Kaufentschluß allein oder maßgebend von dem Arzt oder dem Heilpraktiker hervorgerufen werde. Die eng begrenzte Zweckbestimmung der Vorschrift läßt es nicht zu, auf das Erfordernis des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB zu verzichten, daß sich die Vorteile des Unternehmers aus der Geschäftsverbindung mit geworbenen Kunden ergeben müssen. Der Gesetzgeber hat den Ausgleichsanspruch als Sonderregelung für Handelsvertreter geschaffen. Ihr Sinn liegt darin, dem Handelsvertreter eine Gegenleistung zu verschaffen für die auf seine Leistung zurückzuführende Möglichkeit des Unternehmers, den vom Vertreter geschaffenen Kundenstamm wirtschaftlich weiter zu nutzen. Dem würde es zuwiderlaufen, und es hätte eine unzulässige Ausweitung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift zur Folge, wenn für ihre Anwendung die bloße Werbung bei Dritten ausreichen würde, die nicht selbst Kunden werden, sondern nur einen unmittelbaren oder sogar nur einen mittelbaren Einfluß auf die Kaufentscheidung haben (vgl. BGH, Urt. v. 15.6.1959 - II ZR 184/57 = NJW 1959, 1677 f.).

Nach alledem kommt es auf die von der Beklagten in ihrer Revisionserwiderung angesprochene Frage, ob die mit dem Arzt und den sechs Heilpraktikern getroffene Absprache nach § 7 HWG (bzw. § 5 HWG a.F.) und nach Standesrecht als unzulässig zu beurteilen ist, und auch auf die weitere Frage, ob sich die Beklagte als Unternehmerin auf eine Unzulässigkeit dieser Vereinbarungen berufen kann (vgl. BGH, Urt. v. 26.11.1976 - I ZR 154/74 = LM HGB § 89 b Nr. 51), für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an.

2. Die Revision hat Erfolg, soweit das Berufungsgericht einen Ausgleichsanspruch auch hinsichtlich der vom Kläger geworbenen Apotheken verneint hat.

a) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß der Kläger insoweit als Handelsvertreter tätig war (§ 84 Abs. 1 HGB). Nach § 2 des Vertrages vom 1./3. Mai 1965 hatte der Kläger Geschäfte zwischen der Beklagten und Dritten zu vermitteln; eine solche Tätigkeit hat er nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts, soweit es um die Apotheken geht, auch ausgeübt. Dies wird von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen und auch von der Beklagten in ihrer Revisionserwiderung letztlich nicht beanstandet.

b) Nicht frei von Rechtsfehlern ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Voraussetzungen für einen Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB nicht hinreichend dargetan. Das Berufungsgericht hat einen ausreichenden Vortrag des Klägers dazu vermißt, welche Umsatzerweiterungen durch die vom Kläger geworbenen Apotheken erreicht worden seien, welcher Teil des Umsatzes

- 9 -

auf Kunden ohne Rezept entfalle und in welchem Umfang ein Umsatz auch nach der Umstellung des Vertriebs der Beklagten noch erzielt worden sei.

Die Revision weist demgegenüber zu Recht darauf hin, daß das Vorbringen des Klägers in seiner Klageschrift, in seinem Schriftsatz vom 14. März 1981 und seiner Berufungsbegründung den an seine Darlegungslast zu stellenden Anforderungen genügt. Der Kläger hat in beiden Vorinstanzen vorgetragen, er habe die elf von ihm namentlich benannten Apotheken als neue Kunden der Beklagten direkt geworben. Die Höhe der dadurch erzielten neuen Umsätze hat er - bezogen auf das Jahr 1979 - mit jährlich ca. 300.000 DM im einzelnen beziffert; darin ist die vom Berufungsgericht vermißte Umsatzerweiterung der Beklagten zu sehen. Weiter hat der Kläger ausgeführt, daß die genannten Apotheken auch nach der Vertriebsumstellung noch in vergleichbarem Umfang die Präparate der Beklagten bezögen. Schließlich bedurfte es auch keiner Angabe des durch Kunden ohne Rezept erzielten Teilumsatzes. Bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs sind die gesamten aus den elf Apotheken erzielten Umsätze zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob die verschreibungsfreien Präparate der Beklagten den Kunden mit oder ohne Rezept ausgegeben worden sind. Die Frage, ob die aufgrund der Verschreibungen der sog. Bonus-Verordner (der vorstehend unter 1. angeführte Arzt und die sechs Heilpraktiker) erzielten Umsätze hier außer Betracht zu bleiben haben, stellt sich nicht; denn nach dem Vorbringen des Klägers sind die sog. Bezugs-Apotheken der "Bonus-Verordner" nicht mit den hier in Rede stehenden elf Apotheken identisch.

c) Die bislang getroffenen Feststellungen reichen zu einer abschließenden Entscheidung über den Ausgleichsanspruch nicht aus. Der Sachverhalt bedarf vielmehr weiterer tatrichterlicher Aufklärung.

Nach dem unstreitigen Sachverhalt ist davon auszugehen, daß die Beklagte nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Kläger ihre Produkte über den Großhandel vertrieben und nur noch in geringem Maße Apotheken unmittelbar beliefert hat. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - ungeprüft gelassen, ob und inwieweit durch die Umstellung des Vertriebs der Beklagten der Ausgleichsanspruch des Klägers berührt wird. Diese Prüfung ist nunmehr nachzuholen. Dabei wird folgendes zu beachten sein:

Soweit die Beklagte die vom Kläger neu geworbenen Apotheken weiterhin direkt beliefert, hat sie aus der Geschäftsverbindung Vorteile; der Kläger hat infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses seine Provisionsansprüche verloren. Gegebenenfalls wird zu klären sein, ob auch die in Rede stehenden Apotheken noch nach Vertragsende direkt beliefert worden sind.

Darauf kommt es allerdings dann nicht an, wenn ein Ausgleichsanspruch entgegen der Ansicht der Beklagten in ihrer Revisionserwiderung auch insoweit nicht ausgeschlossen ist, als die Beklagte nach Vertragsende ihre Präparate über den Großhandel vertrieben hat und rechtliche Beziehungen mit Apotheken nicht mehr bestanden.

Dieser Umstand steht der Annahme erheblicher Vorteile aus Geschäftsbeziehungen mit den neu geworbenen

Apotheken (§ 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB) nicht von vornherein entgegen. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist es als ausreichend anzusehen, daß unmittelbare Geschäftsverbindungen zu den später vom Großhandel belieferten Kunden bei Beendigung des Vertragsverhältnisses bestanden und sich erhebliche Vorteile für den Unternehmer daraus ergeben, daß die Kunden, wenn auch über Dritte, seine Waren weiterhin abnehmen, sofern nur dafür die Tätigkeit des Handelsvertreters zumindest mitursächlich war (vgl. Brüggemann aaO § 89 b Rdn. 37; Küstner, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. II, 4. Aufl. 1979, Rdn. 142, auch Rdn. 502; OLG Frankfurt BB 1973, 212; a.A. wohl OLG Oldenburg BB 1963, 8). Die Frage der Ursächlichkeit wird das Berufungsgericht ggfls. weiter zu klären haben.

Weiter wird zu prüfen sein, ob die Vertriebsumstellung der Annahme eines Verlustes von Provisionsansprüchen (§ 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB) entgegensteht. Aus der Entscheidung in BGHZ 49, 39 ff, auf die sich die Beklagte in ihrer Revisionserwiderung in erster Linie beruft, lassen sich keine zwingenden Bedenken herleiten. Dort ging es zwar ebenfalls um die ausgleichsrechtliche Problematik der Vertriebsumstellung. Die Frage des Provisionsverlustes stellte sich jedoch nicht, da es im entschiedenen Fall schon - aus anderen als den hier vorliegenden Gründen - am Unternehmervorteil (§ 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB) fehlte.

III. Das Berufungsgericht konnte nach allem wegen des unter II 2 dargestellten Rechtsfehlers keinen Bestand haben. Es war insgesamt aufzuheben; für eine teilweise Klageabweisung hinsichtlich der unter II 1 behandelten Fallgestaltung fehlt es an Angaben darüber, welcher Teil

der geltend gemachten Ausgleichsforderung auf die Tätigkeit als sog. Ärztepropagandist und welcher Teil auf den Komplex Apothekenwerbung entfällt. Der Rechtsstreit war daher in vollem Umfang an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war, zurückzuverweisen.

Merkel

Piper

Erdmann

RiBGH Dr. Teplitzky
ist wegen Krankheit
an der Unterschrifts-
leistung verhindert.

Merkel

Mees