

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 16/75

URTEIL

Verkündet am

27. Februar 1976
Spengler,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Viktor M[REDACTED], Inhaber Viktor M[REDACTED], Rolladen-
artikel, [REDACTED] Ma[REDACTED], Mi[REDACTED] Straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]

g e g e n

den Handelsvertreter Manfred K[REDACTED] E[REDACTED],
B[REDACTED].

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1976 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 4. November 1974 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als dem Kläger 11 % Mehrwertsteuer von 70.478,68 DM zuerkannt worden sind.

Das Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Würzburg vom 28. Februar 1974 wird unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten im übrigen zu II der Urteilsformel dahin abgeändert, daß die Verurteilung zur Zahlung von 11 % Mehrwertsteuer entfällt und die Klage insoweit abgewiesen wird.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben der Kläger 1/4 und die Beklagte 3/4, von den Kosten des zweiten Rechtszuges und des Revisionsrechtszuges der Kläger 1/14 und die Beklagte 13/14 zu tragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Der Kläger war Handelsvertreter (Bezirksvertreter) der Beklagten für den Vertrieb von Rolladenartikeln, insbesondere Material zur Herstellung von Kunststoffrolläden der italienischen Firma P., deren Alleinvertreter in der Bundesrepublik Deutschland die Beklagte ist, seit dem 10. Juli 1968. Mit Schreiben vom 6. September 1972 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis fristlos und untersagte dem Kläger jede weitere Tätigkeit für sie.

Der Kläger hält die fristlose Kündigung für unberechtigt. Nach seiner Auffassung ist sie als ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 1972 wirksam geworden. Mit der Klage hat er Provisionsausfall für die Zeit vom 7. September bis 31. Dezember 1972 und einen Ausgleich nach § 89 b HGB gefordert. Er hat vorgetragen, die Beklagte sei bei Beginn des Handelsvertreterverhältnisses in seinem Bezirk (Baden-Württemberg, Bezirk Schwaben des Landes Bayern, Pfalz, Saarland) noch nicht eingeführt gewesen. Sie habe die Vertretung der Firma P. für dieses Gebiet erst am 10. Juli 1968 übernommen. Vorher sei Vertreter der Firma P. in diesem Gebiet der Mitte 1968 verstorbene Handelsvertreter Bauche gewesen. Er - der Kläger - sei Untervertreter Bauches gewesen und habe dessen Kundenstamm zur Beklagten mitgebracht. Außerdem habe er in der Zeit seiner Tätigkeit für die Beklagte die Geschäftsverbindung zu diesen Kunden erheblich ausgeweitet und neue Kunden geworben, auch für Eigenerzeugnisse der Beklagten und Erzeugnisse der von der Beklagten ebenfalls vertretenen



italienischen Firma St[REDACTED]. Umsätze und Provisionen hätten sich laufend gesteigert. Vom 10. Juli 1968 bis zum 6. September 1972 habe er eine Gesamtprovision von 326.599,97 DM erzielt, davon allein 100.069,58 DM in der Zeit vom 1. Januar bis 6. September 1972. Die Beklagte tätige mit den vom ihm mitgebrachten und später geworbenen Kunden weiterhin Geschäfte und ziehe daraus erhebliche Vorteile, während er die Früchte seiner Aufbauarbeit verliere. Zur Höhe des Provisionsausfalls in der Zeit vom 7. September bis 31. Dezember 1972 hat der Kläger vorgetragen, es sei davon auszugehen, daß er in dieser Zeit einen Umsatz von 1 bis 1,2 Millionen DM erzielt haben würde, was (bei einem Provisionssatz von 5 %) einen Ausfall von mindestens 50.000,-- DM ergebe.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen angemessenen Ausgleich, mindestens jedoch 50.000,-- DM nebst 8,75 % Zinsen seit Klagezustellung bis 30. November 1972, 9 % vom 1. bis 30. Dezember 1972, 9,875 % vom 1. Januar bis 30. März 1972, 11 % vom 1. April bis 30. Mai 1973, 12 % vom 1. bis 30. Juni 1973, 12,5 % ab 1. Juli 1973 und 11 % Mehrwertsteuer zu zahlen,
2. die Beklagte weiter zu verurteilen, an ihn 50.000,-- DM Provisionsausfall nebst 8,75 % Zinsen seit Klagezustellung bis 30. Novem-

ber 1972, 9 % vom 1. bis 30. Dezember 1972, 9,875 % vom 1. Januar bis 30. März 1973, 11 % vom 1. April bis 30. Mai 1973, 12 % vom 1. bis 30. Juni 1973, 12,5 % ab 1. Juli 1973 und 11 % Mehrwertsteuer zu zahlen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, sie sei zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen, weil der Kläger gleichzeitig Konkurrenzfirmen vertreten habe. Gestattet worden sei ihm nur, Fixlängen von Rolladenprofilen und Rolladenpanzer der Firma H[REDACTED] zu verkaufen, weil insoweit ein Konkurrenzverhältnis nicht bestanden habe. Die Firma H[REDACTED] habe aber später ihr Programm erweitert und sei dadurch zu einem echten Konkurrenzunternehmen geworden. Der Kläger habe das erkennen müssen und die sonstigen Rolladenartikel dieser Firma nicht vertreiben dürfen. Es sei ihm dies auch im Sommer 1972 untersagt worden; er habe aber seine Tätigkeit für die genannte Firma gleichwohl ohne Einschränkung fortgesetzt. Für die Firma A[REDACTED] habe er nur Aluminiumware, nicht aber Kunststoffartikel vertreiben dürfen. Auch hiergegen habe er verstoßen. Eine unzulässige Konkurrenztätigkeit des Klägers habe ferner in dem Verkauf von Holzwellen (Rolladenwellen) der Firma Sch[REDACTED] gelegen. Als weiteren Kündigungsgrund hat die Beklagte geltend gemacht, der Kläger habe einem Kunden gegenüber behauptet, er wickle die Geschäfte mit der Firma P[REDACTED] jetzt direkt ab und habe mit der Beklagten nichts mehr zu tun. Die Beklagte ist auch der Auffassung entgegengetreten, daß die Kunden des verstorbenen Handelsvertreters Bauche als vom Kläger mitgebracht oder geworben anzu-

sehen seien. Sie habe, so hat sie behauptet, zu Kunden dieses Bezirks Geschäftsbeziehungen schon früher unterhalten. Der Kläger sei nur Untervertreter Bauches und dies auch nur in einem Teil des von Bauches bearbeiteten Bezirks gewesen. Außerdem habe sie den Bezirk Bauches nach dessen Tod von der Firma P. mit Kundenstamm übertragen erhalten und zahle als Vergütung noch heute Provision aus Folgegeschäften an die Witwe Bauches. Andere vom Kläger benannte Kunden habe sie selbst geworben. Mehrere der vom Kläger geworbenen Kunden hätten nur einen einmaligen Auftrag erteilt. Der Kläger habe insgesamt nur wenige Kunden geworben, die nach dem 31. Dezember 1972 noch Aufträge erteilt hätten. Gegenüber dem Anspruch auf Zahlung eines Provisionsausfalls hat die Beklagte geltend gemacht, der Kläger müsse sich anrechnen lassen, was er in der fraglichen Zeit anderweit verdient habe. Sie ist auch der Auffassung entgegengetreten, daß der Kläger Anspruch auf Vergütung der von ihm zu entrichtenden Mehrwertsteuer habe.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der Klage im übrigen verurteilt, an den Kläger als Provision für die Zeit vom 7. September bis 31. Dezember 1972 DM 25.572,73 nebst 5 % Zinsen seit 4. Oktober 1972 und 11 % Mehrwertsteuer sowie als Ausgleich nach § 89 b HGB 70.478,68 DM nebst 8,75 % Zinsen aus 45.000,-- DM vom 4. Oktober bis 30. November 1972, 9 % aus 45.000,-- DM vom 1. bis 30. Dezember 1972, 9,875 % aus 45.000,-- DM vom 1. Januar bis 30. März 1973, 11 % aus 45.000,-- DM vom 1. April bis 30. Mai 1973, 12 % aus 45.000,-- DM vom 1. bis

30. Juni 1973, 12,75 % aus 45.000,-- DM vom 1. Juli bis 30. Dezember 1973, 5 % aus 25.478,68 DM vom 4. Oktober 1972 bis 30. Dezember 1973, 5 % aus 70.478,68 DM seit 31. Dezember 1973 und 11 % Mehrwertsteuer zu zahlen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den
Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat verneint, daß die Beklagte zur fristlosen Kündigung des Handelsvertretervertrages berechtigt gewesen sei. Der Kläger sei zwar für andere Firmen tätig geworden, die ähnliche oder gleiche Artikel wie die Beklagte angeboten hätten, es sei ihm dies aber gestattet worden. Ob die Beklagte dem Kläger im Sommer 1972 die Vertretung von Konkurrenzprodukten untersagt habe, erscheine sehr fraglich. Selbst wenn dies geschehen sei, habe die Nichtbeachtung dieses Verbots durch den Kläger der Beklagten kein Recht zur fristlosen Kündigung gegeben. Der Kläger sei mit Zustimmung des Inhabers der Beklagten für andere Firmen tätig geworden. Dieser habe den Kläger sogar aufgefordert, für die Firma H [REDACTED], an der er selbst beteiligt sei, mehr zu tun. Er habe sein Einverständnis weder

von Bedingungen abhängig gemacht noch eingeschränkt oder befristet. Die Berechtigung des Klägers, auch für andere Firmen tätig zu werden, sei unter diesen Umständen Inhalt des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses gewesen, das die Beklagte nicht habe einseitig ändern können. Sie habe versuchen müssen, durch Verhandlungen mit dem Kläger zu einer Vertragsänderung zu gelangen. Wenn es zutreffe, daß die Firma H. [REDACTED] im Laufe der Zeit zu einem echten Konkurrenzunternehmen geworden sei und die Geschäftsbeziehungen zwischen der Beklagten und der Firma H. [REDACTED] sich so entwickelt hätten, daß eine weitere Tätigkeit des Klägers für diese Firma ihren Interessen erheblich widersprochen habe, der Kläger aber dennoch nicht bereit gewesen sein würde, seine Tätigkeit für diese Firma zu beenden, sei es ihr möglich und zuzumuten gewesen, das Vertragsverhältnis mit dem Kläger im Wege der ordentlichen Kündigung zum 31. Dezember 1972 zu beenden. Hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers für die Firmen A. [REDACTED] und Sch. [REDACTED] gelte nichts anderes. Auch insoweit habe die Beklagte die Berechtigung des Klägers zum Vertrieb von Erzeugnissen anderer Unternehmen nicht durch ein einseitiges Verbot aufheben können.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die gleichzeitige Vertretung eines Konkurrenzunternehmens durch den Handelsvertreter in aller Regel einen schweren Verstoß gegen die dem Handelsvertreter

obliegenden Treupflichten darstellt und deshalb grundsätzlich die außerordentliche Kündigung rechtfertigt. Dies ergibt sich schon aus seiner Bezugnahme auf die Ausführungen des Landgerichts in diesem Punkt. Es hat die Tätigkeit des Klägers für die Firmen H[REDACTED], A[REDACTED] und Sch[REDACTED], die gleiche oder ähnliche Artikel anbieten wie die Beklagte, zu Recht deshalb nicht als vertragswidrig angesehen, weil die Beklagte, wie es in Übereinstimmung mit der Beweiswürdigung des Landgerichts festgestellt hat, damit einverstanden gewesen sei.

2. Die weitere Frage, ob sich die Firma H[REDACTED] im Laufe der Zeit zu einem echten Konkurrenzunternehmen entwickelt und die Beklagte deshalb dem Kläger im Sommer 1972 untersagt hat, Konkurrenzzeugnisse dieser Firma zu vertreiben, hat das Berufungsgericht offen gelassen. Für die Revisionsinstanz muß daher die Richtigkeit dieses Vortrags der Beklagten unterstellt werden. Die Nichtbeachtung des von der Beklagten behaupteten Verbots durch den Kläger gab der Beklagten aber noch kein Recht zur fristlosen Kündigung des Vertrages, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat. Der Kläger wußte nun zwar, daß die Beklagte seine Tätigkeit für die Firma H[REDACTED], soweit sie Konkurrenzzeugnisse betraf, nicht mehr billigte. Es mag auch zutreffen, daß hierdurch wirtschaftliche Belange der Beklagten berührt wurden, weil die Firma H[REDACTED] nicht mehr nur Fixlängen von Rolladenprofilen und Rolladenpanzer herstellte und vertrieb, sondern auch andere Rolladenartikel in ihr Verkaufsprogramm aufgenommen hatte. Dem Kläger hätte

aber jedenfalls Gelegenheit gegeben werden müssen, sich auf das Verlangen der Beklagten einzustellen und seine geschäftlichen Beziehungen zur Firma H. [REDACTED] neu zu ordnen bzw. sich darüber klar zu werden, ob es geboten sei, sich auf eine Vertretung der Beklagten zu beschränken. Eine Überlegungs- und Umstellungsfrist mußte ihm auch deshalb zugebilligt werden, weil die Beklagte seiner Tätigkeit für die Firma H. [REDACTED] nicht nur zugestimmt, sondern der Inhaber der Beklagten ihn sogar aufgefordert hatte, mehr für die Firma H. [REDACTED] zu tun. Dabei spielt noch eine besondere Rolle, daß der Inhaber der Beklagten an der Firma H. [REDACTED] beteiligt war und die Beklagte die Firma H. [REDACTED] belieferte. Der Kläger konnte daher, mochte sich auch ein Konkurrenzverhältnis zwischen beiden Firmen entwickelt haben, bis zu einer gegenteiligen Äußerung der Beklagten davon ausgehen, daß diese mit einer Tätigkeit für die Firma H. [REDACTED] weiterhin einverstanden sei. Hierauf mußte die Beklagte Rücksicht nehmen. Sie hat auch nicht dargetan, daß die Nichtbeachtung ihres Verlangens, der Kläger solle seine Tätigkeit für die Firma H. [REDACTED] beschränken, zu einer so erheblichen Beeinträchtigung ihrer Interessen geführt haben würde, daß ihr die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zu einer Beendigung im Wege der ordentlichen Kündigung nicht mehr habe zugemutet werden können. Hiergegen spricht auch schon, daß der Kläger nach seinem unbestrittenen Vorbringen weiterhin steigende Umsätze für die Beklagte erzielte. Es kann daher aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, daß das Berufungsgericht die Auffassung vertreten hat, der Beklagten sei es

zuzumuten gewesen, das Vertragsverhältnis durch ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 1972, die gem. § 89 Abs. 2 HGB möglich war, zu beenden.

Die Firma Achenbach wurde vom Kläger nach den sich aus der Bezugnahme auf die Ausführungen des Landgerichts ergebenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht unmittelbar vertreten. Er verkaufte Erzeugnisse dieser Firma nur im Rahmen seiner Tätigkeit für die Firma H[REDACTED]. Das war der Beklagten bekannt. Deshalb kann insoweit nichts anderes gelten als für den Verkauf von Erzeugnissen aus dem Lieferprogramm der Firma H[REDACTED] im übrigen. Zudem ist nicht festgestellt, daß der Kläger Kunststoffprodukte dieser Firma - der Vertrieb von Aluminiumwaren war ihm erlaubt - verkauft habe. Für die Firma Sch[REDACTED] verkaufte der Kläger nur Holzwellen, was die Beklagte ebenfalls wußte und billigte. Sie hat im übrigen nicht vorgetragen, dem Kläger später den Verkauf auch dieser Erzeugnisse untersagt zu haben.

3. Auf den im Schreiben der Beklagten vom 6. September 1972 angesprochenen weiteren Kündigungsgrund, der Kläger habe dem Kunden Ma[REDACTED] gegenüber erklärt, er werde künftig die Aufträge der Firma P[REDACTED] direkt - ohne die Beklagte - abwickeln, ist die Beklagte im ersten Rechtszug selbst nicht mehr zurückgekommen. Sie hat sich darauf erst wieder in der Berufungsbegründung berufen. Nachdem der Kläger mit der Berufungserwiderung diese Behauptung bestritten und das Schreiben des Kunden Ma[REDACTED] vom 8. September 1972 vorgelegt hatte, in dem dieser sein Erstaunen und

Befremden über die Behauptung der Beklagten ausdrückte, gab sie dazu, soweit ersichtlich, keine Erklärung mehr ab. Ist danach schon fraglich, ob sie ihren Beweisantrag, den Kunden Ma[REDACTED] als Zeugen über die behauptete Äußerung des Klägers zu vernehmen, überhaupt noch aufrechterhalten wollte, so ist dem Berufungsgericht jedenfalls insoweit zu folgen, als es ausgeführt hat, in der behaupteten Äußerung liege noch kein so erheblicher Verstoß gegen die Vertragspflichten, daß deshalb die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen sei. Die Beklagte hat im übrigen auch nicht dargetan, wann diese Äußerung gefallen sein soll.

4. Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe verkannt, daß beim Zusammentreffen mehrerer Gründe, die einzeln für eine fristlose Kündigung nicht ausreichen, geprüft werden müsse, ob sie zusammengekommen eine solche Kündigung rechtfertigen könnten. Die Ausführungen des Berufungsgerichts geben keinen Anlaß zu der Annahme, daß es diesen Gesichtspunkt außer acht gelassen habe. Desgleichen fehlt es nicht an der erforderlichen Gesamtwürdigung, und es kann auch nicht anerkannt werden, daß der Begriff des wichtigen Grundes verkannt worden sei. Insbesondere hat das Berufungsgericht die Frage der Zumutbarkeit eines Abwartens der Beklagten bis zu dem durch eine ordentliche Kündigung nach § 89 HGB herbeizuführenden Vertragsende ausdrücklich angesprochen und im Ergebnis rechtsfehlerfrei beantwortet.

II. Ausgehend davon, daß die Beklagte nicht berechtigt war, das Vertragsverhältnis fristlos zu kündigen, und die von ihr ausgesprochene Kündigung als ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 1972 wirksam geworden ist, haben die Vorinstanzen dem Kläger 25.572,73 DM als Provision für Geschäfte zugesprochen, welche die Beklagte in der Zeit vom 7. September bis 31. Dezember 1972 mit Kunden seines Bezirks abgeschlossen hat. Die Berechnung dieses Anspruchs wird von der Beklagten nicht angegriffen. Sie macht nur geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht verneint, daß sich der Kläger gem. § 615 Satz 2 BGB auf den Vergütungsanspruch anrechnen lassen müsse, was er in der fraglichen Zeit durch anderweite Verwendung seiner Dienste erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen habe; außerdem sei § 254 BGB zu berücksichtigen, da die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung ursächlich auf ein mitwirkendes Verschulden des Klägers zurückzuführen sei. Dem kann nicht gefolgt werden.

Wie das Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben hat, handelt es sich bei dem Betrag, der dem Kläger insoweit zuerkannt worden ist, nicht um Schadensersatz, sondern um Provision, auf die er nach § 87 Abs. 2 HGB als Bezirksvertreter Anspruch hat. Damit entfällt eine Minderung des Anspruchs nach § 615 Satz 2 BGB oder aus dem Gesichtspunkt des Vorteilsausgleichs (vgl. BGH Betrieb 1959, 787 f = LM Nr. 4 zu § 87 HGB; so auch Schröder, Recht der Handelsvertreter, 5. Aufl., § 87 Erl. 34, 38). Aus der von der Revision angezogenen Entscheidung BGH NJW 1967, 248 ff

ergibt sich nichts Gegenteiliges. Wenn dort auf die Anwendbarkeit des § 615 BGB und damit auch auf Satz 2 dieser Bestimmung hingewiesen worden ist, so bezieht sich das nicht auf den Provisionsanspruch des Bezirksvertreters, sondern auf den dort außerdem geltend gemachten Schadensersatzanspruch, der darauf gestützt wurde, daß der Bezirksvertreter weitere Provision hätte verdienen können, wenn ihm nicht unberechtigt fristlos gekündigt worden wäre. Um einen solchen Anspruch handelt es sich jedoch im Streitfall nicht, weil dem Kläger, wie die Ausführungen des Landgerichts zeigen, nur die wirklich verdiente Provision zuerkannt worden ist. Damit entfällt auch die Anwendbarkeit des § 254 BGB (vgl. BGH aaO). Auch sonst lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesem Anspruch keinen Rechtsfehler erkennen.

III. 1. Der vom Kläger geltend gemachte Ausgleichsanspruch ist nicht gem. § 89 b Abs. 3 Satz 2 HGB ausgeschlossen, da, wie ausgeführt, für die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung kein vom Kläger zu vertretender wichtiger Grund vorlag.

2. Das Berufungsgericht hat auch die Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 - 3 HGB bejaht. Hierzu hat es ausgeführt, aus einer von der Beklagten selbst vorgelegten Umsatzaufstellung ergebe sich, daß sie aus der Geschäftsverbindung mit vom Kläger geworbenen Kunden auch nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses noch erhebliche Vorteile gezogen habe. Hierbei und bei der Prüfung der weiteren Frage, ob und in welcher Höhe der Kläger infolge der Beendi-

gung des Vertragsverhältnisses einen Provisionsverlust erlitten habe, könnten allerdings nicht alle diejenigen Kunden mitberücksichtigt werden, die der Kläger als Untervertreter des früheren Poliplast-Vertreters Bauche geworben habe. Die Werbung dieser Kunden habe für den Kläger allenfalls einen Ausgleichsanspruch gegenüber Bauche begründen können. Der Kläger habe aber einen großen Teil dieser Altkunden für die Beklagte neu geworben. Insgesamt hat das Berufungsgericht 20 Kunden als vom Kläger völlig neu geworben und 13 Altkunden als wieder geworben angesehen. Dies entspreche, so hat es weiter ausgeführt, nach den eigenen Angaben der Beklagten über ihre Umsätze mit diesen Kunden in der Zeit vom 1. Januar bis 4. August 1973 einem Jahresumsatz von ca. 1.062.000,-- DM und einer Jahresprovision von 63.900,-- DM. Gehe man davon aus, daß die Beklagte mit diesen Kunden im ersten Halbjahr 1974 noch etwa 50 % der 1973 in einem halben Jahr erzielten Umsätze habe tätigen können, dann ergebe das einen Provisionsverlust des Klägers von insgesamt 79.900,-- DM und entsprechende Unternehmervorteile der Beklagten. Dabei könne - im Hinblick auf den vom Landgericht zuerkannten Betrag von 70.478,68 DM - dahinstehen, ob die von der Beklagten erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vom 7. Oktober 1974 aufgestellte Behauptung, alle Kunden, die von ihr Erzeugnisse der Firma Poliplast bezogen hätten, seien durch eine nach der fristlosen Kündigung entfaltete Konkurrenztätigkeit des Klägers für die Firma I- abgesprungen, den Tatsachen entspreche.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Wenn die Revision geltend macht, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten in der letzten mündlichen Verhandlung nicht dahin verstehen dürfen, daß Unternehmervorteile infolge der vom Kläger entfalteten Konkurrenztätigkeit nur nicht mehr, also erst vom Zeitpunkt dieses Sachvortrags an nicht mehr bestanden hätten, und von ihr weiter vorgebracht wird, auf eine entsprechende Frage des Berufungsgerichts, die nach § 139 ZPO jedenfalls erforderlich gewesen sei, würde die Beklagte geantwortet haben, daß der Unternehmervorteil mit dem Ausscheiden des Klägers entfallen sei, so läßt sie außer acht, daß die Bedeutung, die sie dem hier in Rede stehenden neuen Sachvortrag beimessen will, schon durch die von ihr vorgelegte Umsatzaufstellung, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, widerlegt wird. Außerdem ist nach Vorlage dieser Aufstellung mit Schriftsatz vom 7. November 1973 weiter über die Höhe der Unternehmervorteile gestritten worden, auch in der Berufungsinstanz, ohne daß die Beklagte bis zur mündlichen Verhandlung vom 7. Oktober 1974 geltend gemacht hätte, sie habe hinsichtlich der P[REDACTED]-Erzeugnisse überhaupt keine Vorteile mehr aus Geschäften mit vom Kläger geworbenen Kunden gehabt. Das Berufungsgericht konnte daher den neuen Vortrag der Beklagten ohne Rechtsverstoß dahin verstehen, daß damit eine erst in letzter Zeit eingetretene oder doch jedenfalls zum Abschluß gelangte Entwicklung behauptet werden solle. Das Berufungsgericht hat diesem Vortrag im übrigen auch insofern Rechnung getragen,

als es Unternehmervorteile der Beklagten im Sinne von § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB nur noch für das erste Halbjahr 1974 angenommen und dabei Umsätze zugrundegelegt hat, die nur noch halb so hoch sind wie die der eigenen Aufstellung der Beklagten zu entnehmenden Umsätze im gleichen Zeitraum des Vorjahres. Das ist nicht zu ungünstig für die Beklagte, zumal sich ihr neuer Vortrag, alle vom Kläger geworbenen Kunden seien abgesprungen, nur auf den Verkauf von P[REDACTED]-Erzeugnissen bezieht, die Beklagte aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch noch Erzeugnisse der Firma St[REDACTED] und eigene Erzeugnisse in nicht unerheblichem Umfang an vom Kläger geworbene Kunden nach dem 31. Dezember 1972 noch verkauft und sie selbst nicht behauptet hat, daß auch der hierauf beruhende Unternehmervorteil völlig weggefallen sei.

3. Zur Bemessung des Ausgleichsanspruchs unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit (§ 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB) hat das Berufungsgericht ausgeführt, der vom Landgericht als angemessen erachtete Ausgleich entspreche der Billigkeit. Es treffe nicht zu, daß dem Kläger der von ihm geworbene Kundenstamm erhalten geblieben sei. Der Kläger habe die Handelsvertreter-tätigkeit schließlich ganz aufgeben müssen und sei bei einer Industriefirma als Angestellter eingetreten. Die von ihm geworbenen Kunden hätten weiterhin bei der Beklagten gekauft, wie schon aus der von dieser für die Zeit vom 1. Januar bis 4. August 1973 vorgelegten Umsatzaufstellung ersichtlich sei. Dem Kläger könne auch nicht entgegengehalten werden, er

habe die Beendigung des Vertragsverhältnisses mitverschuldet; ein derartiges Verschulden sei nicht festzustellen.

Auch diese Beurteilung kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Die Bemessung der Höhe des Ausgleichsanspruchs im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen und die Würdigung aller hierbei im Rahmen der Billigkeit in Betracht kommenden Umstände ist im wesentlichen Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob dessen Ausführungen einen Rechtsirrtum oder einen Verstoß gegen Erfahrungssätze enthalten oder ob er wesentliches Vorbringen der Parteien ersichtlich unberücksichtigt gelassen hat (BGHZ 41, 129, 134, 135). Entgegen der Auffassung der Revision ist nicht erkennbar, daß das Berufungsgericht wesentliche Umstände außer acht gelassen habe. Es kann auch nicht beanstandet werden, daß es ein Verschulden des Klägers verneint hat.

4. Zu beanstanden ist lediglich, daß das Berufungsgericht dem Kläger zum Ausgleichsanspruch nebst Zinsen in nicht angegriffener Höhe noch 11 % Mehrwertsteuer zuerkannt hat. Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage in seiner Entscheidung vom 28. Juni 1973 (BGHZ 61, 112, 113 ff) Stellung genommen und ausgeführt, zwar unterliege der dem Handelsvertreter nach § 89 b HGB zu zahlende Ausgleich der Umsatzsteuer, es handle sich dabei aber um ein Bruttoentgelt, in dem - wie bei der Provision - die Umsatzsteuer enthalten sei. Der Unternehmer sei daher nicht

kraft Gesetzes verpflichtet, auf den Ausgleichsbetrag Mehrwertsteuer zu zahlen. Hiervon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen, es hat nur gemeint, eine andere Beurteilung sei hier deshalb gerechtfertigt, weil die Parteien über die gesonderte Berücksichtigung der Mehrwertsteuer einig gewesen seien. Hieran ist zwar richtig, daß der Unternehmer und der Handelsvertreter einen höheren als den gesetzlichen Ausgleich vereinbaren können und daß dies auch in der Weise geschehen kann, daß sie den nach § 89 b HGB zu ermittelnden Ausgleich um einen Betrag in Höhe der Mehrwertsteuer erhöhen (BGH aaO S. 115). Doch spricht für eine solche Vereinbarung hier weder, daß die Beklagte seit 1970 die Mehrwertsteuer zusätzlich zur Provision zahlte (BGH aaO S. 115), noch läßt sie sich daraus entnehmen, daß die Beklagte das Urteil des Landgerichts, soweit dieses dem Kläger neben dem Ausgleich noch 11 % Mehrwertsteuer zuerkannt hat, nicht besonders angegriffen hat. Abgesehen davon, daß die Beklagte mit der Berufung die vollständige Abweisung der Klage anstrebte, konnte sie der Auffassung sein, die Entscheidung des Landgerichts, das sich insoweit auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 8. Dezember 1970 (Vorentscheidung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Juni 1973 - aaO) berief, könne in diesem Punkt nicht mit Erfolg angegriffen werden. Hieraus kann aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts den Umständen nach noch nicht auf die Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Inhalts geschlossen werden, sie sei damit einverstanden, daß der nach § 89 b HGB zu

ermittelnde Ausgleich, falls sie ihn zahlen müsse, um die Mehrwertsteuer erhöht werde. Das Berufungsgericht kann daher insoweit, als dem Kläger 11 % Mehrwertsteuer zusätzlich zum Ausgleich nach § 89 b HGB zuerkannt worden sind, keinen Bestand haben. Die Klage war insoweit abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91, 92 ZPO.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkman

Schönberg

v. Gamm