

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

HGB §§ 87 a, 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

Zur Frage des Provisionsanspruches des Handelsvertreters bei einem vermittelten Kaufvertrag auf Abruf, wenn der Kunde den Abruf weiterer Waren unterläßt.

BGH, Urt. v. 11. Oktober 1990 - I ZR 32/89 - OLG Bamberg
LG Hof

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 32/89

URTEIL

Verkündet am:
11. Oktober 1990
[REDACTED]
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Caspar R. [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

[REDACTED] GmbH, [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1990 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Teplitzky, Dr. Mees, Dr. v. Ungern-Sternberg und Dr. Ullmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 8. November 1988 - 5 U 21/88 - aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger war seit 1. Juni 1972 als Handelsvertreter für die Beklagte tätig. Gegenstand des Handelsvertretervertrages war die Vermittlung von Verträgen über den Verkauf von Material (Dämmplatten und Zubehör) für wärmedämmende Unterdächer von Gebäuden. Die Beklagte kündigte den zwischen den Parteien bestehenden Vertrag vom 11. März 1974 mit einem Schreiben vom 20. Juni 1983 fristlos, an demselben Tag mit einem weiteren Schreiben vorsorglich auch ordentlich zum 31. Dezember 1983. Die fristlose Kündigung ist durch rechtskräftiges Urteil für unwirksam erklärt worden. Der Kläger widersprach beiden Kündigungen und bot weiterhin seine Arbeitsleistung an. Die Beklagte untersagte ihm jedoch jede weitere Tätigkeit für sie und teilte ihren Kunden mit, daß der Kläger nicht mehr ihre Interessen vertrete. Der Kläger kündigte deshalb seinerseits mit Schreiben vom 12. Juli 1983 fristlos.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen Provisionsentgangs in der Zeit vom 21. Juni bis 31. Dezember 1983, weil die Beklagte es ihm ab dem Zugang ihrer fristlosen Kündigung unmöglich gemacht habe, weiterhin für sie tätig zu sein. Er hat insoweit einen Teilbetrag von 60.000,-- DM eingeklagt. Er verlangt ferner von der Beklagten mit seinen Hauptanträgen 170.000,-- DM als Teilbetrag eines angemessenen Handelsvertreterausgleichs gemäß § 89 b HGB sowie die Erteilung eines Buchauszuges und die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der sich aus dem Buchauszug ergebenden Provisionsbeträge.

Die Beklagte ist Inhaberin dreier von dem Kläger akzeptierter Wechsel über 65.311,28 DM, über 22.000,-- DM und über 49.000,-- DM, die alle zu Protest gegangen sind. Über die Forderung der Beklagten aus dem Wechsel über 49.000,-- DM wird von den Parteien ein weiterer Rechtsstreit (I ZR 6/89, OLG Bamberg 5 U 20/88) geführt, in dem der erkennende Senat an demselben Tag entschieden hat.

Gegen die Forderungen aus den beiden Wechseln über 65.311,28 DM und 22.000,-- DM hat der Kläger mit verschiedenen behaupteten Ansprüchen aufgerechnet, und zwar mit den von ihm nicht eingeklagten restlichen Ansprüchen auf Schadensersatz und Handelsvertreterausgleich (236.200,-- DM), mit einem Anspruch auf Provision aufgrund der Vermittlung eines Großauftrages der Firma A [REDACTED] (118.670,58 DM), mit bestimmten im ersten Halbjahr 1983 verdienten Provisionsansprüchen (28.097,35 DM) und einem weiteren Provisionsanspruch, der nach Vorlage des von der Beklagten nach § 87 c Abs. 2 HGB geschuldeten Buchauszuges beziffert werden könne. Die Beklagte hat ihrerseits gegen die Forderungen des Klägers mit ihren Wechselansprüchen aufgerechnet.

Im Berufungsverfahren haben die Parteien vereinbart, die von ihnen in den Verfahren OLG Bamberg 5 U 20/88 (I ZR 6/89) und 5 U 21/88 (vorliegender Rechtsstreit I ZR 32/89) erklärten Aufrechnungen jeweils zunächst auf den Wechsel über 65.311,28 DM, sodann auf den über 22.000,-- DM und schließlich auf den über 49.000,-- DM zu beziehen.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger nachstehende Wechsel quittiert herauszugeben, nämlich
 - a) Wechsel über 65.311,28 DM, ausgestellt am 27.9.1983 in Po [REDACTED], zur Zahlung fällig am 10.1.1984, zahlbar in Ma [REDACTED], Schm [REDACTED], Aussteller Beklagte, Akzeptant Klagepartei.
 - b) Wechsel über 22.000,-- DM, ausgestellt am 6.10.1983 in Po [REDACTED], zur Zahlung fällig am 10.1.1984, zahlbar in Ma [REDACTED], Schm [REDACTED], Aussteller Beklagte, Akzeptant Klagepartei.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger
 - a) einen Teilbetrag von 60.000,-- DM Schadensersatz wegen der seitens der Beklagten ausgesprochenen nicht gerechtfertigten fristlosen Kündigung des Handelsvertretervertrages nebst 12 % Zinsen hieraus seit 20.7.1983,
 - b) einen weiteren Teilbetrag von 170.000,-- DM nebst 12 % Zinsen hieraus seit 10.7.1983 als Ausgleichsanspruch gemäß der Bestimmung des § 89 b HGB zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger einen vollständigen Buchauszug über die Geschäfte,

a) die der Kläger selbst der Beklagten vermittelte in der Zeit vom 1.1.1982 bis 30.6.1983,

b) die in den Gebieten Oberbayern, Schwaben, Niederbayern, in der Zeit vom 1.1.1982 bis 30.6.1983 getätigt wurden,

c) die mit den Firmen

Ri in Wo bei Ka,
O in La und
e-W in St

in der Zeit vom 1.1.1982 bis 30.6.1983 abgeschlossen wurden,

d) die Herr Xaver Ma und dessen Untervertreter im Raum Bayern und Württemberg vom 1.1.1982 bis 30.6.1983 vermittelten,

e) die Herr St und dessen Untervertreter für das Gebiet Ei/Oberbayern und Niederbayern in der Zeit vom 1.1.1982 bis 30.6.1983 vermittelten,

f) die Herr Richter und dessen Untervertreter in der Zeit vom 1.1.1982 bis 30.6.1983 vermittelten,

zu erteilen.

4. Die Beklagte wird verurteilt, die sich aus dem Buchauszug ergebenden Beträge an den Kläger nebst 12 % Zinsen hieraus seit 10.7.1983 zu zahlen.

Hilfsweise hat der Kläger beantragt:

Es wird festgestellt, daß die Beklagte keine Rechte aus den nachfolgend aufgeführten Wechseln in Richtung gegen den Kläger herleiten kann, nämlich

- a) Wechsel über 65.311,28 DM, ausgestellt am 27.9.1983 in Po[REDACTED], zur Zahlung fällig am 10.1.1984, zahlbar in Ma[REDACTED], Schm[REDACTED], Aussteller Beklagte, Akzeptant Klagepartei,
- b) Wechsel über 22.000,-- DM, ausgestellt am 6.10.1983 in Po[REDACTED], zur Zahlung fällig am 10.1.1984, zahlbar in Ma[REDACTED], Schm[REDACTED], Aussteller Beklagte, Akzeptant Klagepartei.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

A. Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht ist zwar ohne Rechtsverstoß davon ausgegangen, daß der durch den Klageantrag 2 a geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz wegen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung der Beklagten in Höhe von 44.240,-- DM entstanden ist, eine Entscheidung darüber, ob dieser Anspruch durch Aufrechnung erloschen ist, kann jedoch mangels ausreichender Feststellungen noch nicht getroffen werden. Auch über den durch Klageantrag 2 b geltend gemachten Ausgleichsanspruch kann wegen des Fehlens erforderlicher Feststellungen noch nicht entschieden werden. Ebenso ist noch ungeklärt, ob die Forderungen aus den Wechseln, deren Herausgabe durch die Klageanträge 1 a und b verlangt wird, durch Aufrechnung mit den behaupteten Ansprüchen auf Provisionszahlung für die Vermittlung des Vertrages mit der Firma Al. [REDACTED] und auf Zahlung eines Handelsvertreterausgleichs erloschen sind, weil noch Feststellungen fehlen, die zur Entscheidung über diese Gegenansprüche erforderlich sind. Auch über den Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges und auf Zahlung sich daraus ergebender restlicher Provisionen (Klageanträge 3 und 4) kann mangels der erforderlichen Feststellungen nicht entschieden werden.

I. Klageantrag 2 a

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Anspruch des Klägers auf Schadensersatz wegen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung der Beklagten, der als Schadensersatz-

anspruch wegen schuldhafter Verletzung des Handelsvertretervertrages begründet ist (vgl. dazu BGH, Urt. v. 14.11.1966 - VII ZR 112/64, NJW 1967, 248, 250; Urt. v. 7.7.1978 - I ZR 126/76, WM 1978, 1128, 1130), nur in Höhe von 44.240,-- DM entstanden.

Der Kläger hat - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat - Anspruch auf Schadensersatz für den Entgang von Provisionseinnahmen in der Zeit nach der unwirksamen fristlosen Kündigung der Beklagten bis zum 31. Dezember 1983, dem Tag, an dem die vorsorgliche ordentliche Kündigung der Beklagten vom 20. Juni 1983 wirksam geworden wäre. Die Beklagte kann sich dabei nach der zutreffenden Rechtsansicht des Berufungsgerichts nicht darauf berufen, daß das Handelsvertreterverhältnis tatsächlich schon durch die fristlose Kündigung des Klägers vom 12. Juli 1983 beendet worden ist; denn sie hat diese Kündigung selbst dadurch veranlaßt, daß sie dem Kläger unberechtigt fristlos gekündigt und ihm die weitere Tätigkeit für sie untersagt hatte. Die dem Kläger nach der erzwungenen Einstellung seiner Tätigkeit entstandenen Provisionsverluste hat das Berufungsgericht auf der Grundlage der von ihm festgestellten Provisionseinnahmen des Klägers im ersten Halbjahr 1983 auf 50.000,-- DM, die ersparten Betriebsausgaben auf 5.760,-- DM geschätzt. Der Ansicht des Berufungsgerichts, daß es dabei nicht auf die umstrittenen Gründe für den starken Rückgang des Umsatzes des Klägers im ersten Halbjahr 1983 ankomme, ist zuzustimmen. Denn der Kläger hätte, um einen höheren Gewinnentgang im zweiten Halbjahr 1983 geltend machen zu können, darlegen und beweisen müssen, daß die nach seiner Ansicht für den Umsatzrückgang im ersten Halbjahr maßgebli-

chen Gründe seinen Gewinn im zweiten Halbjahr 1983 (§ 252 BGB) nicht mehr beeinflußt hätten. Die Einhöhung eines Sachverständigengutachtens zu den vom Kläger behaupteten Ursachen des Umsatzrückgangs war daher entgegen dem Vorbringen der Revision nicht erforderlich.

2. Der Ansicht des Berufungsgerichts, daß der in Höhe von 44.240,-- DM entstandene Schadensersatzanspruch dadurch erloschen sei, daß der Kläger mit diesem Anspruch gegen die Forderung der Beklagten aus dem Wechsel über 65.311,28 DM aufgerechnet habe, kann nicht gefolgt werden. Der Kläger hat zwar zunächst im Schriftsatz vom 13. März 1987 (S. 35/GA 94) gegen die Wechselforderungen der Beklagten auch uneingeschränkt mit seinem behaupteten Schadensersatzanspruch aufgerechnet, er hat aber diese Forderung in seinem Schriftsatz vom 29. März 1988 (S. 92/GA 230) gegen die Wechselansprüche der Beklagten nur noch insoweit zur Aufrechnung gestellt, als er sie nicht selbst eingeklagt hat. An dieser Änderung seines Verteidigungsvorbringens war er ebensowenig wie an einer Rücknahme der Prozeßaufrechnung durch seine frühere Aufrechnungserklärung im Prozeß gehindert (vgl. dazu BGHZ 57, 242, 243 f.; Stein/Jonas/Leipold, Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., § 145 Rdn. 45; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung, 48. Aufl., § 145 Anm. 4 C und E; Zöllner/Stephan, Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., § 145 Rdn. 18; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., § 106 I 1; Erman/Westermann, BGB, 8. Aufl., § 388 Rdn. 4; Staudinger/Kaduk, BGB, 12. Aufl., vor §§ 387 ff. Rdn. 47; abweichend Wieczorek, Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., § 322 Rdn. H I b 4 für den hier nicht vorliegenden Fall, daß die

aufgerechnete Forderung bereits von einem nicht rechtskräftigen Erkenntnis erfaßt wird; a.A. E. Schmidt ZP [1974] 29, 41 f.). Dies ist eine Folge des Umstandes, daß die im Prozeß erklärte Aufrechnung ein Verteidigungsmittel ist, das auch in seiner sachlich-rechtlichen Wirkung davon abhängig ist, daß die prozessuale Geltendmachung der Aufrechnung wirksam wird (vgl. dazu für den Fall der prozessualen Zurückweisung einer Prozeßaufrechnung BGHZ 16, 124, 140; BGH, Urt. v. 13.4.1983 - VIII ZR 320/80, NJW 1984, 128, 129; vgl. weiter MünchKomm/Feldmann, aaO, § 387 Rdn. 14 a; Stein/Jonas/Leipold, aaO, § 145 Rdn. 52 f., 56 f.; Rosenberg/Schwab, aaO, § 106 III 2).

Der Schadensersatzanspruch des Klägers könnte aber dadurch erloschen sein, daß die Beklagte ihrerseits mit ihrer Forderung aus dem Wechsel über 65.311,28 DM gegen diesen Anspruch aufgerechnet hat (vgl. dazu die Schriftsätze der Beklagten vom 2.2.1987 S. 4/GA 45 und vom 13.5.1988 S. 3/GA 235). Ob dies der Fall ist, kann im gegenwärtigen Verfahrensstadium jedoch noch nicht beurteilt werden, weil Bestand und Höhe der Forderungen, mit denen der Kläger in der Klageschrift gegen die Wechselforderungen der Beklagten aufgerechnet hatte (Provisionsanspruch für die Vermittlung des Auftrags der Firma Alpine Holzindustrie, Ausgleichsanspruch), noch nicht festgestellt ist.

II. Klageantrag 2 b

Das Berufungsgericht hat den behaupteten Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB nicht als gegeben angesehen, weil der Kläger die Voraussetzungen dieses Anspruchs nicht schlüssig dargetan habe. Der Kläger habe insbesondere nicht vorgetra-

gen, welche der von ihm geworbenen Kunden als Dauerkunden im Sinne des § 89 b HGB angesehen werden könnten und im letzten Jahr vor der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses Bestellungen aufgegeben hätten. Es genüge dazu nicht, daß der Kläger eine Aufstellung geworbener Kunden vorgelegt und dazu behauptet habe, er habe 90 % seiner Umsätze über Architekten, Bauunternehmer, Dachdecker, Zimmerer und Behörden erzielt. Der Kläger habe zudem nicht behauptet, daß Architekten Produkte der Beklagten selbst bestellt hätten. Dritte, die Erzeugnisse eines Unternehmers nur empfehlen würden, ohne selbst Bestellungen aufzugeben, seien jedoch nicht Kunden im Sinne des § 89 b HGB.

Diese Beurteilung wird von der Revision im Ergebnis ohne Erfolg angegriffen. Bei der Ermittlung des für den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB maßgeblichen Unternehmervorteils im Sinne des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 dieser Bestimmung ist von dem für den Unternehmer geschaffenen Kundenstamm auszugehen, weil der Ausgleich nach § 89 b HGB eine Vergütung für die Überlassung des von dem Handelsvertreter geschaffenen Kundenstammes an den Unternehmer ist (st. Rspr.; vgl. dazu BGH, Urt. v. 28.4.1988 - I ZR 66/87, WM 1988, 1204, 1205). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß er geschäftliche Beziehungen zwischen neuen Kunden und dem Unternehmer hergestellt hat, obliegt dem Handelsvertreter. Erst wenn er diesen Beweis erbracht hat, spricht eine - allerdings widerlegbare - Vermutung dafür, daß die hergestellten Geschäftsverbindungen auch nach der Vertragsbeendigung weiterbestehen werden (BGH, Urt. v. 25.10.1984 - I ZR 104/82, NJW 1985, 859 = VersR 1985, 178, 179). Eine für den Unternehmer nutzbare Geschäftsverbindung mit neuen Kunden im Sinne des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB ist jedoch nur gegeben, wenn

innerhalb eines überschaubaren, in seiner Entwicklung noch abschätzbaren Zeitraums Nachbestellungen zu erwarten sind (BGH, Urt. v. 25.10.1984 - I ZR 104/82, NJW 1985, 859 m.w.N.). Das Bestehen solcher Geschäftsverbindungen hat der Kläger nicht substantiiert dargetan.

Der Kläger hat als "Dauerkunden" eine Vielzahl von Personen und Unternehmen benannt, darunter unstreitig, aber im Einzelfall nicht erkennbar, zahlreiche Architekten sowie Dachdecker und andere Handwerker, welche die Produkte der Beklagten nicht selbst eigenverantwortlich bestellt, sondern nur den Bauherren empfohlen haben. Für die Anwendung des § 89 b HGB genügt aber die bloße Werbung bei Dritten, die nicht selbst Vertragspartner des Unternehmers werden, sondern nur einen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluß auf die Kaufentscheidung haben, grundsätzlich nicht, weil es Sinn der Regelung des Ausgleichsanspruchs ist, dem Handelsvertreter eine Gegenleistung zu verschaffen für die auf seine Leistung zurückgehende Möglichkeit des Unternehmers, den vom Vertreter geschaffenen Kundenstamm wirtschaftlich weiter zu nutzen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 1.12.1983 - I ZR 181/81, NJW 1984, 2695 - Ärztepropagandisten). Ob etwas anderes ausnahmsweise dann gelten kann, wenn die Kaufentscheidung wegen der besonderen Art der Produkte und ihres Vertriebs in aller Regel entscheidend von Dritten bestimmt wird, auf deren Sachkunde sich der Vertragspartner des Unternehmers mangels eigener Fachkenntnisse verlassen muß, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Der Kläger hat nicht vorgetragen, daß der Vertrieb der Produkte der Beklagten nach seiner Art in aller Regel voraussetzte, daß Dritte wie Architekten, Bauunternehmer oder Dachdecker für die Einflußnahme auf die

Kaufentscheidung des Bauherrn gewonnen werden konnten (so-
weit solche Personen nicht selbst Bauherren waren). Dafür
könnte sprechen, daß der Kläger - wie er jedenfalls selbst
vorträgt - 90 % seiner Umsätze auf diesem Weg erzielte und
daß die Beklagte in Rundschreiben ihre Handelsvertreter
drängte, sich besonders um enge Kontakte zu Architekten zu
bemühen. Letztlich kann auch dies dahinstehen, weil der Klä-
ger hinsichtlich aller Personen und Unternehmen, die er als
Kunden benannt hat, nicht dargetan hat, daß von ihnen oder
durch deren bestimmende Einflußnahme in einem überschaubaren
Zeitraum Nachbestellungen zu erwarten waren (vgl. dazu BGH,
Urt. v. 25.10.1984 - I ZR 104/82, NJW 1985, 859; vgl. auch
BGH, Urt. v. 20.11.1969 - VII ZR 175/67, MDR 1970, 581). Die
Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe gemäß §§ 139, 278
Abs. 3 ZPO auf eine Ergänzung des Klägervorbringens hinwir-
ken müssen, bleibt schon deshalb ohne Erfolg, weil auch die
Revisionsbegründung den unterbliebenen Vortrag nicht nach-
holt (vgl. BGH, Urt. v. 8.10.1987 - VII ZR 45/87, NJW-RR
1988, 208, 209 m.w.N.).

Der Kläger hat jedoch - entgegen der Ansicht des Beru-
fungsgerichts - einen Ausgleichsanspruch in der durch
Art. 10 Abs. 1 des Handelsvertretervertrages vom 11. März
1974 festgelegten Mindesthöhe. Diese Vertragsbestimmung lau-
tet:

"Wird das Vertragsverhältnis durch fristgerechte
Kündigung durch den Unternehmer oder im beidersei-
tigen Einverständnis aufgelöst, so steht dem HV,
sofern die Voraussetzungen des § 89 b HGB erfüllt
sind, ein Ausgleichsanspruch in Höhe einer halben

Jahresprovision, gerechnet aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre, bei kürzerer Vertragsdauer der gesamten Laufzeit, zu."

Art. 10 Abs. 1 ist nicht insgesamt nichtig. Nach der zutreffenden Rechtsansicht des Berufungsgerichts ist die Bestimmung allerdings insoweit unwirksam, als sie die Höhe des Ausgleichsanspruchs des Klägers nach oben hin begrenzt, da die Vorschrift des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB nach ihrem Sinn und Zweck nicht nur Vereinbarungen vor Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses verbietet, durch die der Ausgleichsanspruch ganz ausgeschlossen wird, sondern auch solche, durch die er im Ergebnis mehr oder weniger eingeschränkt wird (BGHZ 55, 124, 126; BGH, Urt. v. 14.11.1966 - VII ZR 112/64, NJW 1967, 248, 249; zuletzt BGH, Urt. v. 29.3.1990 - I ZR 2/89, BB 1990, 1366). Da § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB nur den Schutz des Handelsvertreters bezweckt, bestehen jedoch keine Bedenken dagegen, eine Vertragsbestimmung, die wie die vorliegende eine schematische Berechnung des Ausgleichsanspruchs vorsieht, insoweit als rechtswirksam anzusehen, als sie im Einzelfall nicht zu einer Beschränkung des Ausgleichsanspruchs führt. Eine derartige Bestimmung bleibt daher grundsätzlich als Vereinbarung einer Mindesthöhe des Ausgleichsanspruchs wirksam, wenn dies dem hypothetischen Parteiwillen entspricht (vgl. dazu BGHZ 107, 351, 355). Daß dies hier der Fall ist, hat das Berufungsgericht offensichtlich angenommen.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht aber dem Kläger ein nach den Grundsätzen des Art. 10 Abs. 1 des Handelsvertretervertrages berechneter Ausgleichsanspruch deshalb

nicht zu, weil diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut voraussetze, daß das Vertragsverhältnis entweder durch fristgerechte Kündigung des Unternehmers oder im beiderseitigen Einverständnis aufgelöst wurde. Diese Beurteilung hält jedoch der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand, weil das Berufungsgericht die hier erforderliche ergänzende Vertragsauslegung unterlassen hat.

Der Senat kann auf der Grundlage des feststehenden Sachverhalts die ergänzende Vertragsauslegung nachholen, weil insoweit weitere tatrichterliche Feststellungen nicht mehr in Betracht kommen (st. Rspr., z.B. BGH, Urt. v. 6.7.1989 - III ZR 35/88, WM 1989, 1743, 1744). Der Handelsvertretervertrag enthält eine Lücke, weil in seinem Art. 10 Abs. 1 der hier vorliegende Fall nicht berücksichtigt ist, daß der Unternehmer zwar den Handelsvertretervertrag ordentlich gekündigt hat, das Handelsvertreterverhältnis aber schon vor dem Ablauf der Kündigungsfrist aufgelöst wurde; weil der Handelsvertreter seinerseits wegen schuldhafter Vertragsverletzung durch den Unternehmer fristlos gekündigt hat. Diese Lücke hätten die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner dadurch geschlossen, daß sie die Regelung des Art. 10 Abs. 1 ihres Vertrages auch auf die vorliegende Fallgestaltung erstreckt hätten (vgl. dazu BGHZ 84, 1, 7; 90, 69, 77). Es kann zwar angenommen werden, daß dem Kläger nach dem Willen der Parteien - entsprechend der Vorschrift des § 89 b Abs. 3 Satz 1 HGB a.F. - kein Ausgleichsanspruch zustehen sollte, wenn er den Handelsvertretervertrag selbst gekündigt hat. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum dies auch in einem Fall wie dem vorliegenden gelten sollte,

in dem der Kläger nach einer ordentlichen Kündigung der Beklagten das Ende des Vertragsverhältnisses seinerseits durch eine fristlose, durch das Verhalten der Beklagten veranlaßte Kündigung lediglich zu einem etwas früheren Zeitpunkt herbeigeführt hat.

Die sinnentsprechende Anwendung der Regelung des Art. 10 Abs. 1 auf den vorliegenden Fall bedeutet entgegen der Ansicht der Revision nicht, daß der Ausgleichsanspruch des Klägers nicht anhand des Durchschnitts der letzten fünf Kalenderjahre zu berechnen ist, sondern danach, welche Provisionsansprüche dem Kläger in den letzten fünf Jahren seiner Tätigkeit als Handelsvertreter zustanden, d.h. in der Zeit vom 1. Juli 1978 bis zum 30. Juni 1983. Da Feststellungen hierüber fehlen, kann der Senat über die Höhe des Ausgleichsanspruchs nicht selbst entscheiden.

III. Klageantrag 1

Der Kläger hat gegen die Forderung der Beklagten aus dem Wechsel über 65.311,28 DM, deren Entstehung er nicht in Abrede stellt, mit mehreren behaupteten Ansprüchen aufgerechnet.

1. Nach seiner bestrittenen - im Revisionsverfahren als zutreffend zu unterstellenden - Behauptung hat der Kläger den am 28. Dezember 1972 von der Beklagten mit der Firma Al[REDACTED] geschlossenen Vertrag (Anlage K 15) über die Lieferung von 120.000 m² Thermodachelementen auf Abruf vermittelt. Im Hinblick darauf macht der Kläger einen Provisionsanspruch in Höhe von 118.670,58 DM geltend. Für

die Lieferung von 50.602 m² Thermodachelementen an die Firma Al[REDACTED] hat der Kläger unstreitig bereits Provision erhalten; die Entstehung eines weiteren Provisionsanspruchs in Höhe von 6,32 DM aus der Vertragsabwicklung im Jahr 1984 hat die Beklagte eingeräumt.

Der Vertrag mit der Firma Al[REDACTED] wurde nicht mehr weiter durchgeführt, weil über das Vermögen dieses Unternehmens das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht dem Kläger deshalb kein weiterer Provisionsanspruch wegen der Vermittlung des Vertrages mit der Firma Al[REDACTED] zu. Das Berufungsgericht geht dabei zutreffend davon aus, daß ein Handelsvertreter auch dann Anspruch auf Provision hat, wenn der Unternehmer statt Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhält (BGH, Urt. v. 19.11.1956 - II ZR 110/55, DB 1957, 185). Das Berufungsgericht verneint jedoch einen Provisionsanspruch, weil an die Beklagte kein Schadensersatz geleistet worden sei. Die Beklagte sei dem Kläger gegenüber auch nicht verpflichtet gewesen, etwaige Schadensersatzforderungen im Konkursverfahren anzumelden. Sie hätte dies zudem nicht mit Aussicht auf Erfolg tun können, weil die Firma Al[REDACTED] die bestellte Ware auf Abruf habe abnehmen sollen, dem Vertrag aber keine ausdrücklich vereinbarte oder durch Auslegung ermittelbare Frist für den Abruf habe entnommen werden können. Gegen eine im Konkursverfahren geltend gemachte Schadensersatzforderung hätte deshalb - wie das Berufungsgericht meint - stets mangelnde Fälligkeit eingewendet werden können. Dem kann nicht gefolgt werden.

Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, daß der Vertrag der Beklagten mit der Firma Al[REDACTED] ein beide Seiten bindender Kaufvertrag war. Der Abruf der Ware stand somit nicht im freien Belieben der Firma Al[REDACTED], auch wenn dafür keine ausdrückliche Frist bestimmt war und die Vertragsabwicklung sich im Zeitpunkt der Konkurseröffnung schon über einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren erstreckte. Die Beklagte hätte daher, wenn es nicht zur Konkurseröffnung gekommen wäre, die Firma Al[REDACTED] gegebenenfalls durch Aufforderung zum Abruf in Annahmeverzug setzen können, wenn diese die Ware nicht binnen angemessener Frist von sich aus abgerufen hätte (§§ 293, 295 Satz 2 BGB; vgl. dazu Soergel/Huber, BGB, 11. Aufl., § 433 Rdn. 310; Staudinger/Köhler, BGB, 12. Aufl., vor § 433 Rdn. 18). Hätte die Beklagte nach Konkurseröffnung den Konkursverwalter nach § 17 Abs. 2 KO aufgefordert zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will, hätte sich das Vertragsverhältnis bei Ablehnung der Vertragserfüllung in der Weise umgewandelt, daß an die Stelle des gegenseitigen Schuldverhältnisses ein einseitiger Anspruch des Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung getreten wäre (vgl. dazu BGHZ 89, 189, 195; 96, 392, 394; st. Rspr.). Diesen Anspruch hätte die Beklagte als Konkursforderung anmelden können. Dem Kläger als Handelsvertreter hätte dementsprechend gemäß der Konkursquote in gleicher Weise ein Provisionsanspruch zugestanden wie in den sonstigen Fällen, in denen an die Stelle des Erfüllungsanspruchs des Unternehmers Schadensersatz wegen Nichterfüllung tritt. Wenn sich die Beklagte bei dieser Sachlage entschloß, ihre Ansprüche gegen die Firma Alpine Holzindustrie nicht weiter durchzusetzen, steht dies in entsprechender Anwendung des § 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB a.F. dem

Provisionsanspruch des Klägers nur dann entgegen, wenn der Beklagten die Geltendmachung der Ansprüche im Konkursverfahren nicht zuzumuten war (vgl. § 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB a.F.). Nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand ist dies jedoch nicht anzunehmen, da die Beklagte - wie dargelegt - Schadensersatz hätte fordern können und nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Klägers eine Konkursquote von mindestens 10 % zu erwarten war. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, Umstände vorzutragen, aus denen sich etwas anderes ergeben würde. Eine abschließende Entscheidung über den Provisionsanspruch des Klägers ist noch nicht möglich, weil ferner Feststellungen darüber fehlen, ob der Vertragsschluß mit der Firma Al[REDACTED] auf eine Vermittlungstätigkeit des Klägers zurückzuführen war und in welcher Höhe die Schadensersatzforderung der Beklagten im Konkursverfahren befriedigt worden wäre.

2. Den weiteren Provisionsanspruch in Höhe von 28.097,35 DM, den der Kläger aufrechnungsweise geltend macht, hat das Berufungsgericht dem zweiten Halbjahr 1983 zugerechnet und damit auf den Anspruch des Klägers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anrechnung gebracht. Dies ist im Ergebnis zutreffend. Der Kläger hat nicht schlüssig vorgetragen, daß er einen Provisionsanspruch in der genannten Höhe bereits vor Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses und nicht erst danach verdient hatte. Das Vorbringen der Revision, die Beklagte habe dies nicht substantiiert bestritten, ist unzutreffend. Die Beklagte hat bereits mit der Klageerwiderung (S. 3/GA 44) die Abrechnungen für die nach ihrer Behauptung vom Kläger in der Zeit vom 20. Juni bis 31. Dezember 1983 verdienten Provisionen vorgelegt. Wenn

sich der Kläger demgegenüber lediglich allgemein auf die Abrechnungen der Beklagten für die Zeit von Juni bis Dezember 1983 bezog sowie beantragte, der Beklagten aufzugeben, die sich auf diese Geschäfte beziehenden Auftragsbestätigungen und Rechnungen vorzulegen (vgl. GA 153), war dies ein unzulässiger Beweisermittlungsantrag, der den erforderlichen schlüssigen Sachvortrag des Klägers nicht ersetzen konnte.

3. Gegen den Wechsel über 65.311,28 DM hat der Kläger ferner in Höhe von 47.840,-- DM mit dem von ihm behaupteten Anspruch auf Schadensersatz wegen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung aufgerechnet, d.h. insoweit, als dieser Schadensersatzanspruch nach der Behauptung des Klägers den durch Klageantrag 2 a eingeklagten Schadensteilbetrag von 60.000,-- DM übersteigt. Da der Schadensersatzanspruch - wie unter I. 1. bereits dargestellt - aber nur in Höhe von 44.240,-- DM entstanden ist, greift diese Aufrechnung jedoch nicht durch.

4. Der Kläger hat weiter gegen die Beklagte einen Ausgleichsanspruch in der behaupteten Höhe von 236.200,-- DM geltend gemacht, von dem er mit Klageantrag 3 b einen Teilbetrag von 170.000,-- DM eingeklagt hat. Mit dem behaupteten Restanspruch von 66.200,-- DM hat er ebenfalls gegen den Wechsel über 65.311,28 DM aufgerechnet. Wie bereits dargelegt (oben II.), steht dem Kläger jedoch nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand nur ein Ausgleichsanspruch in Höhe der Hälfte des Jahresdurchschnitts seiner Provisionsverdienste in der Zeit vom 1. Juli 1978 bis zum 30. Juni 1983 zu. Da der Ausgleichsanspruch des Klägers danach - entsprechend dessen eigenen Vorbringen (vgl. Berufungsurteil

S. 4) - nicht den von ihm als Teilbetrag eingeklagten Betrag von 170.000,-- DM übersteigt, ist bislang davon auszugehen, daß die Wechselforderung der Beklagten durch die Aufrechnung auch nicht teilweise erloschen ist. Möglich ist allerdings, daß sich der Ausgleichsanspruch des Klägers aufgrund der Ergebnisse des ihm gegebenenfalls noch zu erteilenden Buchauszuges erhöht.

Die abschließende Entscheidung, in welchem Umfang die Wechselansprüche der Beklagten durch Aufrechnung erloschen sind, wird das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung zu treffen haben.

IV. Klageanträge 3 und 4

Den auf § 87 c Abs. 2 HGB gestützten Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges hat das Berufungsgericht abgewiesen, weil der Kläger Provisionsabrechnungen und monatliche Provisionsaufstellungen sowie Auftragsbestätigungen und Kundenrechnungen erhalten habe. Sein Prozeßbevollmächtigter habe in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nach der Vernehmung des Zeugen Ha [REDACTED] erklärt, er finde keinen (die Provisionsansprüche des Klägers betreffenden) Punkt, der in diesen Unterlagen nicht erläutert worden wäre. An dieses Geständnis sei der Kläger nach § 290 ZPO gebunden. Diese Begründung trägt die Abweisung der Ansprüche auf Erteilung eines Buchauszuges und auf Zahlung der sich aus dem Buchauszug ergebenden (restlichen) Provisionsbeträge nicht.

Das Berufungsgericht geht allerdings zutreffend davon aus, daß Provisionsabrechnungen (§ 87 c Abs. 1 HGB) dann gleichzeitig als Buchauszug im Sinne des § 87 c Abs. 2 HGB

zu werten sind mit der Folge, daß der Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges entfällt, wenn der Unternehmer mit ihrer Überlassung dem Handelsvertreter zusätzlich alle Angaben macht, die für einen ordnungsgemäßen Buchauszug noch erforderlich sind. Jeweils monatlich in dieser Art vom Unternehmer angefertigte und dem Handelsvertreter überlassene Buchauszüge stellen in ihrer Zusammenfassung den vollständigen Buchauszug über die gesamte Laufzeit eines Handelsvertretervertrages dar (BGH, Urt. v. 23.10.1981 - I ZR 171/79, WM 1982, 152, 153 = LM HGB § 87 c Nr. 10 m.w.N.; zum Inhalt eines Buchauszuges vgl. BGH, Urt. v. 23.2.1989 - I ZR 203/87, WM 1989, 1073, 1074 = ZIP 1989, 707, 708).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat der Kläger jedoch nicht zugestanden, in dem Zeitraum, für den er die Erteilung eines Buchauszuges verlangt, Provisionsabrechnungen, die den Anforderungen eines Buchauszuges genügen, erhalten zu haben. Die von dem Berufungsgericht als Geständnis ausgelegte Erklärung des Klägervertreters in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht bezog sich lediglich auf die Frage, ob in den Provisionsabrechnungen, die der Zeuge Ha [REDACTED] bei seiner Vernehmung erläutert hatte, alle für die Prüfung der Provisionsansprüche notwendigen Angaben enthalten waren. Sie enthielt die Rechtsmeinung, daß dies der Fall sei, jedoch kein Geständnis, daß der Kläger in der Vergangenheit Provisionsabrechnungen dieser Art regelmäßig erhalten habe. Diese Auslegung der Prozeßerklärung des Klägervertreters, die der Senat auch als Revisionsgericht selbst vornehmen kann, wird dadurch bestätigt, daß auch das Landgericht und die Beklagte die Erklärung nicht wie das Berufungsgericht als Geständnis verstanden haben.

Es fehlt danach an Feststellungen, die ergeben würden, daß die Beklagte den Anspruch des Klägers auf Erteilung eines Buchauszuges bereits durch regelmäßige Übersendung von Provisionsabrechnungen mit einem Inhalt, der den Anforderungen eines Buchauszuges genügt, erfüllt hat. Der Kläger hat nicht nur bestritten, daß die ihm übersandten Provisionsabrechnungen während der gesamten Zeit, für die er einen Buchauszug verlangt, insbesondere auch in der Zeit vor 1983, den Anforderungen an einen Buchauszug genügt hätten, er hat auch vorgetragen, er habe die erforderlichen Unterlagen zur Prüfung seiner Provisionsansprüche trotz laufender Anmahnung nur lückenhaft erhalten. Dies gelte insbesondere für diejenigen Fälle, in denen ein Auftrag fernmündlich, unmittelbar an die Beklagte oder über einen Untervertreter erteilt worden sei. In der erneuten Berufungsverhandlung wird daher im einzelnen zu prüfen sein, ob die Beklagte ihre Verpflichtung zur Erteilung eines Buchauszuges vollständig durch die Übersendung von Provisionsabrechnungen erfüllt hat. Die Beweislast dafür liegt bei der Beklagten. Auf die Möglichkeit, Einsicht in die Provisionsabrechnungen der Beklagten zu nehmen, mußte sich der Kläger nicht verweisen lassen, weil nach § 87 c Abs. 2 HGB die Überlassung eines Buchauszuges verlangt werden kann.

V. Hilfsantrag

Da über die Hauptanträge des Klägers noch nicht abschließend entschieden worden ist, kann auch die Entscheidung über den Hilfsantrag keinen Bestand haben. Bei der Prüfung des Hilfsantrags wird gegebenenfalls zu beachten sein, daß ein Urteil, das eine negative Feststellungsklage aus

sachlichen Gründen abweist, grundsätzlich dieselbe Bedeutung hat wie ein Urteil, das das Gegenteil dessen, was mit der negativen Feststellungsklage begehrt wird, positiv feststellt, und eine dementsprechende Rechtskraftwirkung entfaltet (vgl. BGH, Urt. v. 9.4.1986 - IVb ZR 14/85, NJW 1986, 2508).

B. Auf die Revision des Klägers ist somit das Berufungsurteil aufzuheben und der Rechtsstreit, auch zur Entscheidung über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

v. Gamm

Teplitzky

Mees

v. Ungern-Sternberg

Ullmann