

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 123/72

URTEIL

Verkündet am

10. Januar 1974

Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Christa E [REDACTED], verw. P [REDACTED],
H [REDACTED], An den H [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED] -

gegen

die Firma M [REDACTED] - B [REDACTED] - GmbH,
B [REDACTED] N [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch ihren
Geschäftsführer Dr. Friedrich R [REDACTED] ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Erbel, Dr. Girisch, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg vom 21. März 1972 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Erbin ihres am 29. Juni 1970 verstorbenen Ehemanns Manfred P. Dieser war vom 1. Juli 1966 an bis zu seinem Tode Handelsvertreter der Beklagten für den Bezirk Niedersachsen. Vor ihm war sein Vater viele Jahre Handelsvertreter der Beklagten im selben Bezirk. Der Vater erhielt nach Vertragsende von der Beklagten einen Ausgleich von rund 21.800 DM. Diesen Betrag "überwälzte" die Beklagte in § 12 Abs. 1 des Vertretervertrages vom 11. März 1966 auf Manfred P. Die Vertragsbestimmung lautet:

- 3 -

"Sie übernehmen die Ihrem Herrn Vater zu zahlende Ausgleichssumme gemäß § 89 b HGB, aber nur für die Kunden, die sich in dem Gebiet befinden, das Sie übernehmen. Diese Summe schießen wir in voller Höhe vor. Die Einzelheiten über die Rückzahlung dieses Darlehens sind in der Besprechungsniederschrift vom 15. Febr. 66 festgelegt."

Manfred P. hat den übernommenen Ausgleichsbetrag nach und nach an die Beklagte zurückgezahlt.

Nach dem Tode ihres Mannes hat die Klägerin einen Ausgleich für die Tätigkeit ihres Mannes in Höhe von 19.350,25 DM nebst Mehrwertsteuer und Zinsen eingeklagt und dazu die Auffassung vertreten, der von ihrem verstorbenen Mann übernommene Ausgleichsanspruch sei ihr "zugute zu schreiben".

Landgericht und Oberlandesgericht haben den Anspruch abgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Landgericht hat den Ausgleichsanspruch der Klägerin als unsubstantiiert abgewiesen. Das Berufungsgericht ist dem beigetreten, soweit es sich um den erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin handelt. Ihr neues Vorbringen in der Berufungsinstanz hat es nach § 529 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.



1. Bereits in der Klageerwiderung ist die Klägerin darauf hingewiesen worden, daß es nicht genügt, den Jahresdurchschnitt der in vier Jahren verdienten Provisionen ihres Ehemanns zu errechnen. Dieser Durchschnitt, den die Klägerin zunächst mit 19.350,25 DM und in der Berufungsinstanz mit 21.042,12 DM, die Beklagte mit 20.600 DM angegeben hat, stellt nach § 89 b Abs. 2 HGB den Höchst-betrag des Ausgleichs dar.

2. Auch wenn die Klägerin meint, Anspruch auf den Höchstbetrag zu haben, entbindet sie das nicht von der prozessualen Pflicht, die sachlichen Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 - 3 HGB darzutun und unter Beweis zu stellen. Die Klägerin hätte also vortragen müssen, ob und inwieweit die Beklagte aus der Geschäftsverbindung mit Kunden, die ihr Mann neu geworben hat, oder aus wesentlich erweiterter Geschäftsverbindung mit alten Kunden auch nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses erhebliche Vorteile hat (§ 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 HGB), welcher Provisionsverlust auf der Seite ihres Mannes infolge seines Todes dem gegenübersteht (Satz 1 Nr. 2) und warum ihre Klageforderung unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht (Satz 1 Nr. 3). All dies hat sie trotz eingehender Belehrung nicht getan.

3. Im Schriftsatz vom 22. September 1971 hat die Klägerin zwar gefordert, die vom Vater ihres Mannes einst geworbenen, von ihrem Mann "bezahlten" Kunden letzterem und damit ihr "zugute zu rechnen". Aber auch eine solche Zurechnung des "gekauften Kundenstamms" im Rahmen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB (vgl. Küstner, Der Ausgleichs-

anspruch des Handelsvertreters, 3. Aufl., Rn. 55 mit weiteren Nachweisen) würde die Klägerin nicht von der Last befreien, darlegen zu müssen, welche Kunden von ihrem Mann und dessen Vater erworben worden sind und in welchem Maße die Beklagte heute davon noch Vorteile hat. Hinzu kommt, daß sowohl der Vater als auch der Sohn Provision auch aus Geschäften mit solchen Kunden erhalten haben, die die Beklagte im Vertretungsbezirk selbst erworben hat. Insofern können weder die Provisionssummen noch der dem Vater gezahlte Ausgleich für die Feststellung der Voraussetzung des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB maßgeblich sein.

4. Als Ersatz für einen schlüssigen Klagevortrag kann auch nicht - wie die Revision meint - auf den Vortrag der Beklagten zurückgegriffen werden. Die Beklagte hat in erster Instanz gegen den Klageantrag Einwendungen ins Ungewisse erhoben, im übrigen den Klagevortrag bestritten. Aber auch die Klägerin hat sich keineswegs einen ihr günstigen Vortrag der Beklagten zu eigen gemacht, sondern ihn im Schriftsatz vom 16. September 1971 in jeder Hinsicht bestritten. Überdies hat die Beklagte Einzelheiten zu den gesetzlichen Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Satz 1 HGB nicht vorgetragen, sondern im Gegenteil deren Fehlen wiederholt gerügt. Der Ausgleichsanspruch ist somit vom Landgericht zu Recht als unschlüssig abgewiesen worden.

5. Die Feststellung des Berufungsgerichts, es beruhe auf grober Nachlässigkeit, daß die Klägerin das für die Schlüssigkeit des Anspruchs erforderliche Vorbringen nicht bereits in erster Instanz vorgetragen habe, die

Berücksichtigung des neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz würde auch den Rechtsstreit verzögern (§ 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO), läßt ebenfalls Rechtsfehler nicht erkennen.

II.

Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne sich für ihren Klageanspruch nicht darauf berufen, daß ihr verstorbener Mann den Ausgleich für seinen Vorgänger aufgebracht und daß sein Nachfolger Sc■■■■ sich der Beklagten gegenüber verpflichtet habe, den Ausgleich zu zahlen, zu dem die Beklagte verurteilt werde. Da der Vertretervertrag mit Manfred P■■■■ in dieser Hinsicht keine Abmachungen enthalte, sei davon auszugehen, daß die Vertragspartner eine Regelung nicht hätten treffen wollen. Eine richterliche Vertragsergänzung könne dem Anspruch nicht zum Erfolg verhelfen, weil durch den Tod des Handelsvertreters die Geschäftsgrundlage der Ausgleichsübernahmevereinbarung nicht wegfalle (vgl. Schröder, Betrieb 1969, 291, 295/296). Auch für eine Vorteilsausgleichung sei kein Raum.

Die Revision hält den Anspruch der Klägerin, unabhängig von einem Ausgleich nach § 89 b HGB, infolge des beiderseits nicht bedachten "vorzeitigen" Todes Manfred P■■■■, aus dem Gesichtspunkt der Zweckverfehlung der Ausgleichsübernahme (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für begründet.

Die Revision hat auch insoweit keinen Erfolg.

Das gilt schon deswegen, weil es auch hierfür an dem erforderlichen schlüssigen Sachvortrag der Klägerin fehlt.

Sie hätte dazu vortragen müssen, warum nach vier Jahren Dauer des Handelsvertretervertrages mit Manfred P. der Zweck der Übernahme des von der Beklagten an den Vater gezahlten Ausgleichs durch Manfred Pohl nicht erreicht worden sei oder die für diese Übernahme von den Parteien vorgestellte Geschäftsgrundlage entfallen sei. Daran fehlt es. Die von der Beklagten an Manfred Pohl gezahlten Provisionen betragen rund das Vierfache des von ihm übernommenen Ausgleichs. Er hatte die Ausgleichsschuld bei seinem Tode auch bereits zurückgezahlt. Das spricht gegen einen Anspruch der Klägerin aus den genannten Gesichtspunkten. Den in den Vorinstanzen versäumten schlüssigen Sachvortrag kann die Klägerin mit der Revision nicht nachholen.

III.

Die Revision ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Meise

Erbel

Recken

Girisch