Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

HGB §§ 84, 87 c, 89 b

a) Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Verkaufsleiter oder Generalvertreter, dem eine Reihe von Handelsvertretern unterstellt ist, auch selbst Handelsvertreter im Sinne des § 84 HGB ist und einen Ausgleichsanspruch geltend machen kann.

b) Einem Handelsvertreter kann nicht gleichzeitig nebeneinander die Erteilung eines Buchauszuges und die Gewährung von Bucheinsicht zugesprochen werden.

BGH, Urt. v. 24. Juni 1971 - VII ZR 223/69 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 223/69

URTEIL

Verkündet am
24. Juni 1971
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma W. C [redacted] GmbH KG, L[redacted], E[redacted]-weg[redacted], vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin W. C[redacted] GmbH, L[redacted], diese vertreten durch den Geschäftsführer Wilhelm C[redacted], L[redacted], E[redacted],

Klägerin, Widerbeklagter, Berufungsklägerin, Anschlußberufungsbeklagter, Revisionsklägerin und Anschlußrevisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

den Kaufmann Heinz B [redacted], A[redacted] Krs. H[redacted], S[redacted]straße [redacted],

Beklagten, Widerkläger, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungskläger, Revisionsbeklagten und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [redacted] -

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 4. Juli 1969 wird zurückgewiesen, soweit sie die Verurteilung des Beklagten zu einer höheren Zahlung erstrebt.

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben.

Soweit der Beklagte zur Zahlung von 6.951,73 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist, wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Mit dem Widerklageantrag auf Erteilung eines Buchauszuges wird der Beklagte abgewiesen. Die Klägerin wird verurteilt, nach ihrer Wahl entweder dem Beklagten oder einem von ihm zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen Einsicht in ihre Geschäftsbücher und sonstigen Urkunden zu gewähren, soweit dies zur Feststellung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Abrechnung über die Provisionsansprüche des Beklagten erforderlich ist, jedoch nicht, soweit es

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

sich um Lieferungen an Vertreter oder sonstige Mitarbeiter der Klägerin handelt.

Soweit die Klägerin mit der Klage Herausgabe der Kundenkartei und von Kundennachweiskarten begehrt hat, ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt.

Dem Berufungsgericht wird die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits, einschließlich derjenigen des Revisionsverfahrens, übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verkauft Bett-, Tisch- und Aussteuerwäsche durch Handelsvertreter unmittelbar an die Endverbraucher. Ihre Vertreter sind jeweils Bezirksleitern und einem diesen übergeordneten Verkaufsleiter unterstellt. Am 5. Mai 1963 schloß die Klägerin mit dem Beklagten einen Vertretervertrag und einen Verkaufsleitervertrag. Durch den letzteren wurde der Beklagte ab 1. September 1963 zum Verkaufsleiter für Nord-Württemberg bestellt. Er sollte in diesem Gebiet selbständig Vertreter einstellen; alle Einstellungsverträge waren aber ausschließlich zwischen den Vertretern und der Klägerin abzuschließen und sollten erst nach Gegenzeichnung durch diese rechtswirksam werden (Ziff. 2). Die Vertreter erhielten für hereingebrachte Aufträge eine Provision von 20 %, der

Beklagte eine Superprovision von 3 bis 4 %. Auf eigene Aufträge erhielt er beide Provisionen (vgl. Schreiben der Klägerin vom 5. Mai 1963). Ferner sagte die Klägerin ihm in diesem Schreiben für ein Jahr Abschlagszahlungen von zunächst monatlich 2.000 DM zu.

Seit dem Sommer 1964 brachte die Klägerin dem Beklagten wiederholt ihre Unzufriedenheit mit seiner Arbeit als Verkaufsleiter zum Ausdruck. Sie beanstandete, daß die Umsätze in seinem Bezirk zurückgingen, daß er zuwenig Mitarbeiter eingestellt und sich nicht genügend um diese gekümmert habe. Nachdem der Bezirksleiter W[redacted] gekündigt hatte, forderte die Klägerin den Beklagten mit Schreiben vom 9. Februar 1966 auf, W[redacted] zur Zurücknahme seiner Kündigung zu bewegen. Zur gleichen Zeit stellte sie die monatlichen Provisionsvorauszahlungen an den Beklagten ein. Mit Schreiben seiner Anwälte vom 19. Februar 1966 kündigte darauf der Beklagte das Verkaufsleiter- und Vertreterverhältnis fristlos, weil die Klägerin ihm von den Vertretern zustande gebrachte Aufträge nicht mitgeteilt und ihm keine Provisionsgutschriften darüber erteilt habe, sowie weil sie ohne vorherige Ankündigung die von ihr seit Vertragsschluß regelmäßig geleisteten monatlichen Zahlungen seit dem 31. Dezember 1965 nicht mehr vorgenommen und ihm von ihrem diesbezüglichen Entschluß erst am 7. Februar 1966 mündlich Kenntnis gegeben habe. Die Klägerin wies mit Schreiben ihrer Anwälte vom 25. Februar 1966 die fristlose Kündigung des Beklagten zurück und kündigte ihrerseits das Vertragsverhältnis fristlos.

Die Klägerin hat mit der Klage vom Beklagten Rückzahlung von Provisionsvorschüssen in Höhe von 18.951,73 DM

nebst Zinsen und ferner Herausgabe der Kundenkartei und von Kundennachweiskarten verlangt.

Der Beklagte hat mit Widerklage die Verurteilung der Klägerin begehrt, ihm einen Buchauszug über alle für ihn provisionspflichtigen Geschäfte zu erteilen und ihm weitere für die Provisionsansprüche wesentliche Umstände mitzuteilen, ferner nach ihrer Wahl ihm oder einem von ihm zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen Einsicht in ihre Bücher oder sonstigen Urkunden zu gewähren, soweit es zur Richtigstellung und Vervollständigung der Abrechnung und des Buchauszuges erforderlich sei. Wegen der mit der Widerklage erhobenen Ansprüche und der ihm nach seiner Behauptung von der Klägerin vorenthaltenen Provisionen hat er gegenüber den Klageansprüchen ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, ferner gegen den Zahlungsanspruch der Klägerin mit einem Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB und mit einem Schadensersatzanspruch aufgerechnet, den er damit begründet hat, die Klägerin habe ihn durch arglistige Täuschung zum Abschluß der Verträge bestimmt und ihn durch ihr Verhalten später zu seiner fristlosen Kündigung veranlaßt.

Das Landgericht hat den Beklagten gemäß den Klageanträgen verurteilt, jedoch nur Zug um Zug gegen die Leistungen, zu denen es die Klägerin auf die Widerklage verurteilt hat, nämlich zur Erteilung eines Buchauszuges über alle ihm gegenüber provisionspflichtigen Geschäfte, soweit sie ihm darüber bisher noch keine Provisionsabrechnung erteilt habe und soweit die Auslieferungen der Klägerin von den Erstaufträgen der Kunden abwichen oder

sie überstiegen, ferner zur Gewährung von Bucheinsicht gemäß dem diesbezüglichen Widerklageantrag des Beklagten. Die weitergehenden Anträge zur Klage und zur Widerklage hat das Landgericht abgewiesen.

Im zweiten Rechtszug haben die Parteien ihre Anträge weiterverfolgt, soweit das Landgericht zu ihren Ungunsten entschieden hat. Die Klägerin hat unter Widerspruch des Beklagten ihren Anspruch auf Herausgabe von Kundenkartei- und Kundennachweiskarten für erledigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat unter Abweisung von Klage und Widerklage im übrigen den Beklagten nur zur Zahlung von 6.951,73 DM verurteilt, und zwar Zug um Zug gegen Erteilung des Buchauszuges seitens der Klägerin, soweit es sich nicht um Lieferungen an Vertreter oder sonstige Mitarbeiter der Klägerin handele, jedoch ohne die vom Landgericht beigefügte Beschränkung.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Revision, der Beklagte Anschlußrevision eingelegt.

Die Klägerin verfolgt ihre Berufungsanträge weiter, soweit das Berufungsgericht ihnen nicht entsprochen hat. Der Beklagte erstrebt mit der Anschlußrevision völlige Abweisung der Klage, Ausdehnung der Verurteilung der Klägerin zur Erteilung des Buchauszuges auf Lieferungen an Handelsvertreter der Klägerin und ferner Wiederherstellung der vom Landgericht ausgesprochenen Verurteilung der Klägerin zur Gewährung von Bucheinsicht. In der Revisionsverhandlung hat er erklärt, falls er nicht Bucheinsicht und Buchauszug gleichzeitig fordern könne, in erster Linie Bucheinsicht zu verlangen.

Beide Parteien bitten, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren die Hauptsache für erledigt erklärt hatte, ist der Beklagte dem jetzt beigetreten.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin von den von ihr zurückverlangten Provisionsvorschüssen von 18.951,73 DM nur 6.951,73 DM zugesprochen, weil es den vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Ausgleichsanspruch in Höhe von 12.000 DM für begründet erachtet hat.

1. Die Revision der Klägerin wendet sich zunächst gegen die Zuerkennung dieses Ausgleichs.

a) Das Berufungsgericht hat den Ausgleichsanspruch des Beklagten damit begründet (BU 12 ff), die von den ihm unterstellten Vertretern vermittelten Geschäftsabschlüsse seien zum Teil auch ein Erfolg der Tätigkeit des Beklagten als Verkaufsleiter gewesen. Diese habe nicht rein verwaltenden Charakter, sondern nicht unerheblichen Einfluß auf die Werbung neuer Kunden und die Vermittlung von Geschäften gehabt. Die Tätigkeit des Beklagten habe nicht in erster Linie in der Vertretung der Klägerin bei der Überwachung der Vertreter und Bezirksleiter bestanden, sondern, wie die Klägerin selbst vorgetragen habe, im Auf-

bau der Verkaufsorganisation, insbesondere in der Einstellung von Vertretern, deren Einarbeitung, weiterhin in fortlaufenden Bemühungen um eine Steigerung der Umsätze, auch durch unmittelbare Mitwirkung bei der Tätigkeit der Vertreter. In einem Gebiet, in dem zu Beginn seiner Tätigkeit noch keine Verkaufsorganisation bestanden habe, seien bei seinem Ausscheiden drei Bezirksleitungen mit je einem Bezirksleiter und insgesamt 16 Vertretern vorhanden gewesen. Die Bemühungen des Beklagten hätten daher der Klägerin auch für die Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses Vorteile im Sinne des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 gebracht. Auch die Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Nr. 2 seien erfüllt. Die Superprovisionen, die der Beklagte infolge seines Ausscheidens verloren habe, seien nur zu einem kleinen Teil Vergütung für eine verwaltende Tätigkeit gewesen. Im wesentlichen habe er sie für seine die Werbetätigkeit der ihm unterstellten Vertreter und deren Vermittlungserfolge ermöglichende und fördernde Tätigkeit erhalten.

b) Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Die Revision bezweifelt, daß der Beklagte als Verkaufsleiter überhaupt die Stellung eines Handelsvertreters gehabt habe. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise kann daran aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein Zweifel bestehen. Entscheidend ist nach § 84 HGB, daß der Beklagte als selbständiger Gewerbetreibender, nicht als Angestellter, von der Klägerin ständig damit betraut worden ist, für die Erweiterung ihrer Umsätze zu wirken. Seine Tätigkeit war,

so wie die Klägerin ihren Warenvertrieb organisiert hatte, unentbehrliche Voraussetzung für das Arbeiten der ihm unterstellten Vertreter und daher mitursächlich für die von diesen vermittelten Abschlüsse. Damit erfüllt sie die Voraussetzungen des § 84 HGB. Der Beklagte brauchte bei den einzelnen Abschlüssen nicht persönlich mitzuwirken. Es lag vielmehr im Sinn des zwischen den Parteien geschlossenen Verkaufsleitervertrages, daß er sich besonders der Einstellung und Betreuung der ihm unterstellten Vertreter zu widmen hatte. Daß auch die Klägerin seine Tätigkeit als für die erzielten Geschäftsumsätze bedeutsam ansah, ergibt sich daraus, daß sie ihm für den einzelnen Abschluß eine Superprovision zahlte.

Soweit ersichtlich, ist im übrigen in Rechtsprechung und Schrifttum bisher nicht bezweifelt worden, daß Verkaufsleiter oder Generalvertreter, denen eine Reihe von Handelsvertretern unterstellt ist, auch selbst im allgemeinen Handelsvertreter im Sinne der §§ 84 ff HGB sind, sofern sie die Stellung eines selbständigen Gewerbetreibenden haben (vgl. dazu z.B. Küstner, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters 2. Aufl. Rz Nr. 38-41, 130, 151).

bb) Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllen auch die Voraussetzungen des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGB. Wie bereits erwähnt, konnte und brauchte der Beklagte nach Wortlaut, Sinn und Zweck der zwischen den Parteien getroffenen vertraglichen Vereinbarungen in seiner Stellung als Verkaufsleiter nicht in wesentlichem Umfang persönlich Werbetätigkeit bei den Kunden auszuüben. Mit dem Ausgleich nach § 89 b HGB

soll der Handelsvertreter für einen auf seiner Tätigkeit beruhenden, ihm aber infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht mehr vergüteten Vorteil des Unternehmers, wie er in der Schaffung eines Kundenstammes liegt, eine Gegenleistung erhalten (vgl. z.B. BGHZ 24, 214, 222). Zu Unrecht meint die Klägerin, der Beklagte habe bereits mit den ihm gezahlten Superprovisionen das volle Entgelt für die Einrichtung der Verkaufsorganisation in seinem Bezirk erhalten. Auch bei einem Generalvertreter oder Verkaufsleiter, wie es der Beklagte war, werden häufig je nach Dauer und Erfolg ihrer Tätigkeit die dem Unternehmer dadurch zugeflossenen Vorteile durch die Provisionszahlungen während der Vertragszeit noch nicht voll abgegolten sein. Es entspricht daher dem Sinn und Zweck des Ausgleichs, ihn auch einem Generalvertreter oder Verkaufsleiter zuzubilligen, sofern die Voraussetzungen der §§ 84, 89 b HGB im übrigen vorliegen.

c) Das Berufungsgericht (BU 16-18) hält einen Ausgleichsanspruch des Beklagten auch nicht nach § 89 b Abs. 3 HGB für ausgeschlossen, weil die Klägerin ihm durch ihr Verhalten begründeten Anlaß zur Kündigung gegeben habe, insbesondere dadurch, daß sie im Januar 1966 die Provisionsvorauszahlungen an den Beklagten völlig eingestellt habe, ohne zuvor eine andere Regelung mit ihm zu vereinbaren, und ihn damit plötzlich und unvorbereitet ganz ohne Einkommen gelassen habe.

Die Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht läßt keinen Rechtsfehler erkennen; sie bindet daher das Revisionsgericht. Was die Revision dagegen

vorbringt, greift nicht durch. Sie vermag nicht darzutun, daß das Berufungsgericht etwa wesentliche Umstände nicht berücksichtigt habe. Unerheblich ist, ob die letzte von der Klägerin am 31. Dezember 1965 geleistete Vorschußzahlung etwa, wie sie behauptet, schon für den Monat Januar 1966 bestimmt war. Der Beklagte stand jedenfalls infolge des Ausbleibens weiterer Zahlungen plötzlich ohne Einkünfte da. Das Verhalten der Klägerin ist nicht damit zu rechtfertigen, daß sie im Schreiben vom 5. Mai 1963 dem Beklagten die Vorschußzahlungen zunächst nur für ein Jahr in Aussicht gestellt hatte, auch nicht damit, daß sie mit Schreiben vom 7. Juli 1965 dem Beklagten angekündigt hatte, ihm künftig nur noch Zahlungen in Höhe seines voraussichtlichen Provisionsverdienstes zu leisten. Es kommt ferner nicht entscheidend darauf an, ob die Klägerin den Beklagten schon im Jahre 1965 mehrfach mündlich hat darauf hinweisen lassen, daß sie die monatlichen Abschlagszahlungen einstellen müsse, da sein Schuldsaldo zu groß geworden sei. Sie hat, wie die Revision selbst einräumt, auf den Widerspruch des Beklagten hin weiter monatlich wie bisher 2.600 DM an ihn gezahlt. Das zwischen den Parteien bestehende besondere Treueverhältnis verbot es, daß sie dann plötzlich diese Zahlungen völlig einstellte. Unter diesen Umständen hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, daß das Verhalten der Klägerin dem Beklagten einen begründeten Anlaß zur Kündigung gegeben hat. Es hat zudem (BU 18) ohne Rechtsfehler dargelegt, daß dem Beklagten die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zuzumuten war. Danach war er auch zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigt.

Es trifft nicht zu, daß die Klägerin, wie die Revision anführt, bis zur Kündigung des Beklagten die monat-

lichen Zahlungen geleistet hat. Der Beklagte hat mit seinem Schreiben vom 19. Februar 1966 die Kündigung erst ausgesprochen, nachdem die Klägerin ihm am 6. Februar 1966 mitgeteilt hatte, daß sie ihm keine Zahlungen mehr leisten werde (BU 3 und Schreiben der Klägerin vom 25. Februar 1966).

d) Wie das Berufungsgericht (BU 15) festgestellt hat, hat der Beklagte nach der unwidersprochen gebliebenen Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31. März 1967 von der Klägerin insgesamt während der Vertragsdauer Zahlungen in Höhe von 78.495,84 DM erhalten und, da es sich in Höhe von 18.951,73 DM um nicht abverdiente Provisionsvorschüsse handelt, während der Vertragsdauer Provisionen in Höhe von 59.544,11 DM verdient. Hieraus hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler eine durchschnittliche Jahresprovision von rund 23.800 DM errechnet. Mit Rücksicht auf die von der Klägerin nicht bestrittenen Zahlen konnte es, ohne daß es dazu noch weiterer Ermittlungen bedurfte, von Unternehmervorteilen der Klägerin und Provisionsverlusten des Beklagten in der Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses in einer Höhe ausgehen, die keinesfalls unter dem von ihm zugesprochenen Ausgleich von 12.000 DM liegt. Die Bemessung der Höhe des Ausgleichs im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen und insbesondere die Würdigung aller im Rahmen der Billigkeit in Betracht kommenden Umstände ist im übrigen im wesentlichen Sache des Tatrichters (BGHZ 41, 129, 134). Das Berufungsgericht (BU 16) hat hierbei erkennbar die von der Klägerin angeführten Gesichtspunkte ausgleichsmindernd berücksichtigt.

e) Die Revision wirft dem Beklagten noch vor, er habe sich von der Wettbewerbsabrede im Vertrag vom 5. Mai 1963 bei der Kündigung losgesagt, sei dann zu einer Konkurrenzfirma übergegangen und habe erklärt, er besitze das erforderliche Kundenmaterial, habe also die geworbenen Kunden "mitgenommen". Sie weist auf das diesbezügliche Beweiserbieten im Schriftsatz vom 24. April 1969 hin.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Der Beklagte war, wie bereits unter 1 c erörtert, zur fristlosen Kündigung berechtigt. Der wichtige Grund, der ihn dazu veranlaßte, beruhte auch, wie aus den tatrichterlichen Feststellungen hervorgeht, auf einem schuldhaften Verhalten der Klägerin. Deshalb konnte er sich, wie er es in dem Schreiben vom 19. Februar 1966 getan hat, gemäß § 90 a Abs. 3 HGB von der Wettbewerbsabrede im Vertrag vom 5. Mai 1963 lossagen. Sein Übergang zu einer Konkurrenzfirma stellte daher als solcher keinen Vertragsverstoß dar. Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt (BU 15), die Klägerin habe nicht behauptet, daß die Umsätze im Bezirk des Beklagten nach seinem Ausscheiden zurückgegangen seien. Damit ist der Vortrag der Revision, der Beklagte habe die Kundschaft "mitgenommen", nicht vereinbar.

Die Zubilligung eines Ausgleichs von 12.000 DM enthält hiernach keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin.

2. Der Beklagte wendet sich mit der Anschlußrevision gegen seine Verurteilung zur Zahlung von 6.951,73 DM. Er meint, das Berufungsgericht hätte den Ausgleichsanspruch höher als auf 12.000 DM bemessen müssen.

a) In diesem Zusammenhang rügt er zunächst, das Berufungsgericht hätte es nicht als ausgleichsmindernd ansehen dürfen, daß er als Verkaufsleiter die Vermittlungserfolge der ihm unterstellten Vertreter "nur" gefördert habe. Diese Rüge hat keinen Erfolg. Wie bereits bemerkt, ist die Würdigung aller im Rahmen der Billigkeit in Betracht kommenden Umstände und die danach vorgenommene Bemessung des Ausgleichs im wesentlichen Sache des Tatrichters. Darin, daß dieser unter Berücksichtigung von Feststellungen, wonach die Tätigkeit des Beklagten in gewissen Beziehungen zu wünschen übrig ließ (BU 9, 10, 16), keinen höheren Ausgleich als 12.000 DM für angemessen erachtet hat, ist kein Rechtsfehler zu finden.

b) Der Beklagte rügt ferner, das Berufungsgericht habe bei Bemessung des Ausgleichs die ihm nach seiner Behauptung von der Klägerin vorenthaltenen Provisionen nicht in Rechnung gestellt.

Der Anschlußrevision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht seine Entscheidung zu diesem Punkt nicht damit begründen konnte, der Beklagte habe insoweit nur den Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges und auf Gewährung von Bucheinsicht geltend gemacht (BU 15). Der Beklagte hat jedenfalls mit einem Ausgleichsanspruch, den er auf 25.000 DM beziffert hat, in diesem Rechtsstreit vorsorglich gegen den Zahlungsanspruch der Klägerin aufgerech-

net. Es ist nicht auszuschließen, daß die Berücksichtigung dem Beklagten von der Klägerin etwa vorenthaltener Provisionen zu einer Erhöhung des Ausgleichs führen könnte. Das Berufungsgericht hätte daher den dem Beklagten zustehenden Ausgleich abschließend erst nach vollständiger Feststellung der ihm zustehenden Provisionen bestimmen können.

3. Die Anschlußrevision muß auch deshalb Erfolg haben, weil das Berufungsgericht mit rechtlich nicht haltbarer Begründung dem Beklagten einen Schadensersatzanspruch aus § 89 a Abs. 2 HGB versagt hat. Es geht davon aus, der Beklagte habe durch die Kündigung seines Verkaufsleitervertrages keinen Schaden erlitten, da er nach seinen Berechnungen im Schriftsatz vom 31. März 1967 bei der Klägerin monatlich im Durchschnitt nur 300 DM netto verdient habe, während er nach der Kündigung bis zum 31. August 1966 5.100 DM, also monatlich mehr als 800 DM verdient habe.

Die Anschlußrevision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht hierbei rechtsirrig Netto- und Bruttoverdienste des Beklagten miteinander verglichen habe. Bei den von ihm erwähnten 5.100 DM handelt es sich soweit ersichtlich um den Bruttoverdienst (vgl. Schriftsatz des Beklagten vom 9. Januar 1969 S. 13). Es ist hiernach möglich, daß der Beklagte in der Zeit bis zum 31. August 1966 (Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist) dadurch, daß das Verhalten der Klägerin ihn zur fristlosen Kündigung veranlaßt hat, einen Schaden erlitten hat.

Das Urteil muß daher aufgehoben werden, soweit das Berufungsgericht den Beklagten zur Zahlung von 6.951,73 DM

nebst Zinsen an die Klägerin verurteilt hat. Es muß dem Tatrichter überlassen bleiben, festzustellen, ob und in welcher Höhe der Beklagte Schadensersatz und einen Mehrausgleich verlangen kann.

II.

1. Das Berufungsgericht hat die Klägerin zur Erteilung des vom Beklagten begehrten Buchauszuges verurteilt. Das ist für sich allein betrachtet rechtlich nicht zu beanstanden, weil die dem Beklagten von der Klägerin monatlich erteilten Provisionsabrechnungen den an einen Buchauszug zu stellenden Anforderungen nicht entsprachen.

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Verlangen des Beklagten für die Zeit bis zum 20. November 1967 auch nicht entgegen, daß er den Saldo seines bei der Klägerin geführten Provisionskontos zum 20. November 1965 anerkannt hat. Es sei darin kein Verzicht auf Provisionen aus ihm unbekannt gebliebenen, noch nicht abgerechneten Abschlüssen aus der früheren Zeit zu entnehmen.

2. Die Revision der Klägerin wendet sich gegen diese Ausführungen ohne Erfolg. Wie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 28. November 1963 VII ZR 90/62 dargelegt hat, ist in einem solchen Saldoanerkenntnis in der Regel nur ein Verzicht auf dem Handelsvertreter bekannte Einwendungen aus der früheren Zeit zu finden. Hier hat der Beklagte gerade geltend gemacht, er habe erst später erfahren, daß von den ihm unterstellten Vertretern hereingeholte Aufträge unmittelbar der Klägerin

zugeleitet und ihm von dieser weder mitgeteilt noch vergütet worden seien (vgl. das Kündigungsschreiben des Beklagten vom 19. Februar 1966 und das Urteil des Landgerichts S. 9). Der Senat hat zwar im Urteil vom 28. Januar 1965 LM Nr. 5 zu § 87 c HGB das Verlangen auf Erteilung eines Buchauszuges abgelehnt, indem er in jahrelanger widerspruchsloser Hinnahme der Provisionsabrechnungen und der Durchschläge der den Kunden erteilten Auftragsbestätigungen und Rechnungen ein sich ständig wiederholendes Anerkenntnis des Handelsvertreters gefunden hat, daß ihm weitere Provisionen auch aus der zurückliegenden Zeit nicht zuständen. Die besonderen dort festgestellten tatsächlichen Voraussetzungen liegen aber hier nicht vor. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (BU 16, 17) konnte der Beklagte jedenfalls in der letzten Zeit der Vollständigkeit der ihm erteilten Abrechnungen mißtrauen. Daher kann die Klägerin sich nicht darauf berufen, der Beklagte hätte aus den ihm zugegangenen Unterlagen feststellen können, welche Provisionen ihm zustanden.

3. Mit Recht hat das Berufungsgericht ferner den Hinweis der Klägerin auf den hohen Aufwand, der zur Erteilung des Buchauszuges erforderlich wäre, nicht gelten lassen (BU 9). Es war Sache der Klägerin, ihre Buch- und Karteiführung so einzurichten, daß die Kunden auch nach ihrer Bezirkszugehörigkeit unschwer zusammengestellt werden können. Jedenfalls kann dem Beklagten ein ihm kraft Gesetzes zustehendes Recht nicht wegen eines Mangels in der Betriebsorganisation der Klägerin genommen werden.

Unter den hier vorliegenden Umständen läßt sich auch nicht sagen, daß der Beklagte mit seinem Verlangen auf Erteilung des Buchauszugs für die ganze Vertragszeit gegen Treu und Glauben verstieße und rechtsmißbräuchlich handele.

4. Das Berufungsgericht (BU 21, 22) ist der Auffassung, der Beklagte könne Erteilung eines Buchauszuges und Bucheinsicht nicht gleichzeitig und gleichrangig nebeneinander verlangen. Darin ist ihm entgegen der Meinung der Anschlußrevision beizutreten.

a) Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 13. Juli 1959 LM Nr. 1 zu § 87 c HGB ausgesprochen, wenn der Handelsvertreter im Falle der Verweigerung des Buchauszuges den Anspruch auf Bucheinsicht geltend mache und damit Erfolg habe, sei für das Verlangen eines Buchauszuges kein Raum mehr. In dem Urteil BGHZ 32, 302, 305 brauchte dieser Punkt nicht erörtert zu werden. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, daß der Handelsvertreter, auch wenn die Voraussetzungen für beide Ansprüche vorliegen, nur nach seiner Wahl entweder Buchauszug oder Bucheinsicht verlangen kann (Brüggemann in Großkom. HGB § 87 c Anm. 4; Schröder, Recht der Handelsvertreter § 87 c Anm. 6 b, 15, 15 a).

b) Auch der erkennende Senat ist der Ansicht, daß Buchauszug und Bucheinsicht nicht gleichzeitig nebeneinander gefordert werden können, wie es hier der Beklagte tut. Der Handelsvertreter kann zwar nach § 87 c Abs. 4 Bucheinsicht nicht nur dann verlangen, wenn begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit

eines ihm bereits erteilten Buchauszuges bestehen, sondern schon dann, wenn der Unternehmer den Buchauszug auch nur verweigert. Verweigert der Unternehmer den Buchauszug, erstrebt aber der Handelsvertreter gleichwohl mit der Klage dessen Erteilung, so besteht ersichtlich kein Bedürfnis, daß er gleichzeitig auch Verurteilung des Unternehmers zur Gewährung der Bucheinsicht begehrt, da beide Anträge ihn zu demselben Ziel führen sollen. Erst recht ist nicht einzusehen, daß, wenn der Unternehmer den Buchauszug verweigert und der Handelsvertreter deshalb Bucheinsicht begehren kann und begehrt, er daneben auch noch den Buchauszug braucht.

c) In der Revisionsverhandlung hat der Beklagte für den Fall, daß er Buchauszug und Bucheinsicht nicht gleichzeitig nebeneinander fordern könne, erklärt, daß er in erster Linie Bucheinsicht begehre.

Da der Beklagte nach dem Vorgesagten einen Buchauszug verlangen kann, die Klägerin dessen Erteilung aber verweigert hat, ist ihm hiernach die Bucheinsicht in der in § 87 c Abs. 4 vorgesehenen Weise zuzuerkennen, während sein Antrag auf Erteilung eines Buchauszuges abzuweisen ist, die Revision der Klägerin also insoweit Erfolg hat.

Die Bucheinsicht darf jedoch nicht auf Lieferungen an Vertreter oder sonstige Mitarbeiter der Klägerin erstreckt werden, da nach der Feststellung des Berufungsgerichts (BU 21) der Beklagte während der ganzen Vertragsdauer Provisionsansprüche aus solchen Lieferungen nie geltend gemacht hat, ersichtlich deshalb, weil die Klägerin ihren Vertretern und Mitarbeitern bei Lieferungen

an sie einen Rabatt von 25 % gewährte und daneben nicht noch dem für den Bezirk zuständigen Vertreter bzw. Verkaufsleiter Provisionen zahlen konnte. Diesen Umständen konnte das Berufungsgericht entnehmen, daß derartige Lieferungen nach dem Vertragsinhalt keine Provisionsansprüche des Beklagten begründen sollten. Zur Klarstellung erscheint es geboten, die Beschränkung des Einsichtsrechts im Urteilstenor zum Ausdruck zu bringen.

III.

1. Die Klägerin hat mit der Klage vom Beklagten auch Herausgabe von Kundenkartei- und Kundennachweiskarten verlangt (BU 3, 4). Im zweiten Rechtszug hat sie insoweit die Hauptsache für erledigt erklärt. Der Beklagte hat der Erledigungserklärung widersprochen. Das Berufungsgericht hat die Klägerin mit ihren Herausgabeanträgen abgewiesen und dazu ausgeführt, diese seien nicht mehr begründet, nachdem der Gerichtsvollzieher die vorbezeichneten Unterlagen beim Beklagten weggenommen habe.

In der Revisionsverhandlung hat der Beklagte der Erledigungserklärung der Klägerin nicht mehr widersprochen. Daher konnte nunmehr, ohne daß es einer sachlichen Prüfung bedurfte, auf Grund der übereinstimmenden Erklärungen der Parteien der Rechtsstreit in diesem Punkt für in der Hauptsache erledigt erklärt werden.

Es bedarf daher nur noch in entsprechender Anwendung des § 91 a ZPO einer Entscheidung über die durch den erledigten Antrag entstandenen Mehrkosten. Diese Entscheidung wird dem Berufungsgericht übertragen, das ohnehin

über die Kosten des gesamten Rechtsstreits neu entscheiden muß. Es durfte den Herausgabeantrag nicht deshalb als unbegründet ansehen, weil die Klägerin ihren Antrag nach Wegnahme der Unterlagen durch den Gerichtsvollzieher nicht geändert habe. Stellt der Gerichtsvollzieher auf Grund einer einstweiligen Verfügung herauszugebende Sachen sicher, so wird dadurch der Herausgabeanspruch des Gläubigers nicht berührt. Ein Zurückbehaltungsrecht an den Unterlagen stand dem Beklagten gemäß § 88 a Abs. 2 HGB nicht zu. Das Berufungsgericht wird diese Gesichtspunkte zu berücksichtigen haben. Das Revisionsgericht hat den erledigten Streitpunkt mit 500 DM bewertet (vgl. dazu LM Nr. 11 und 13 zu § 91 a ZPO, LM Nr. 72 zu § 546 ZPO).

Glanzmann Erbel Vogt

Finke Girisch