

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 22/73

URTEIL

Verkündet am
17. Januar 1974
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Konrad H [REDACTED] AG,
W [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand
Generaldirektor W [REDACTED] ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Willy S [REDACTED] OHG, F [REDACTED],
N [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch die Gesell-
schafterin Gertrud S [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 1974 durch die Richter Schmidt, Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 21. Dezember 1972 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine offene Handelsgesellschaft, wurde von dem Handelsvertreter Willy S. [REDACTED] und seinem Sohn Jürgen S. [REDACTED] gemäß Gesellschaftsvertrag vom 10. Januar 1970 gegründet. Willy S. [REDACTED], der u.a. seit 1950 Gebietsvertreter der Beklagten für Nordbayern war, brachte dabei seine Industrie- und Handelsvertretungen in die Gesellschaft ein. Er starb am 22. Juni 1970. Gemäß Absatz XII des Gesellschaftsvertrages trat für ihn seine Witwe und Erbin, Frau Gertrud S. [REDACTED], in die Gesellschaft ein, aus der Jürgen S. [REDACTED] zum Jahresende 1970 ausschied. Er wurde vom 1. Januar 1971 an kaufmännischer Angestellter im Außendienst der Beklagten

- 3 -

für den Bezirk Nordbayern. Das Handelsvertreterverhältnis zwischen den Parteien wurde am 31. Dezember 1970 einvernehmlich beendet.

Die Beklagte zahlte an Willy S. [REDACTED] und die Klägerin in den Jahren 1966 - 1970 als Provision 226.976,20 DM zuzüglich der (seit 1968) darauf erfallenden Mehrwertsteuer.

Die Klägerin hat einen Ausgleich (§ 89 b HGB) in Höhe von 45.395,24 DM nebst 11 % Mehrwertsteuer und Zinsen eingeklagt.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe das Vertragsverhältnis, das Willy S. [REDACTED] in die Gesellschaft eingebracht habe, auch nach dessen Tod mit der Klägerin fortgesetzt. Nach einvernehmlicher Beendigung des Handelsvertretervertrages stehe der Ausgleich nicht der Witwe S. [REDACTED], sondern der Klägerin zu.



Diese, auch von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen lassen Rechtsfehler nicht erkennen. Mag der Tod des Willy S. auch der Anlaß für die spätere Beendigung des Vertragsverhältnisses gewesen sein, so geht es hier nicht um den Ausgleichsanspruch der Witwe und Erbin des gestorbenen Handelsvertreters (vgl. dazu BGHZ 24, 214), sondern um den Ausgleichsanspruch der fortgesetzten Handelsgesellschaft nach einvernehmlicher Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses. Dieser Anspruch der Gesellschaft wird durch das gleichzeitige Ausscheiden des Gesellschafters Jürgen S. nicht berührt. Daß die Gesellschaft etwa nicht mehr besteht, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

II.

Das Berufungsgericht erachtet den Ausgleichsanspruch der Klägerin auch für rechtzeitig geltend gemacht. Bereits mit Schreiben vom 24. Juli 1970 habe Jürgen S. einen solchen Anspruch, allerdings als Anspruch seiner Mutter, angemeldet. Damit sei dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Ausschlußfrist (§ 89 b Abs. IV Satz 2 HGB) genügt, dem Unternehmer Gewißheit zu verschaffen, daß der Ausgleich verlangt werde. Dabei habe die Beklagte gewußt, daß die Klägerin die Vertretung führte, und in ihrem Antwortschreiben vom 19. August 1970 den Ausgleichsanspruch erwähnt, der "dadurch akut wird, daß die bisherige Vertretung aus der Firma Ihres verstorbenen Vaters herausgelöst wird." Somit seien ihr die für den Anspruch bedeutsamen Tatsachen bekannt gewesen. Die vorzeitige Anmeldung des Ausgleichsanspruchs sei unschädlich, aber er sei auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, so mit Schreiben vom 30. Januar 1971, wiederholt erhoben worden.

Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Ausgleichsanspruch nicht erst nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses erhoben zu werden braucht, sondern auch schon vorher, etwa in einem Kündigungsschreiben oder bei Verhandlungen über eine Vertragsbeendigung, wirksam geltend gemacht werden kann (BGHZ 40, 13, 18; 50, 86, 89). Dem steht nicht entgegen, daß der Ausgleichsanspruch erst nach Beendigung des Vertrages entsteht.

2. Der Anspruch ist erstmals mit Schreiben vom 23. Juli 1971 von Frau S. [REDACTED] für die Klägerin erhoben worden. Dem Berufungsgericht ist aber darin beizupflichten, daß es für die Wahrung der Ausschlußfrist des § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB genügt, wenn der Anspruch von einem Beteiligten, wenn auch in irriger Rechtsauffassung, geltend gemacht wird und der Unternehmer weiß, wem der Ausgleich tatsächlich zusteht. Daß die Beklagte alle rechtserheblichen Umstände gekannt hat, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei unter Hinweis auf ihre Schreiben vom 21. Juli und 19. August 1970 festgestellt. In dem Antwortschreiben der Beklagten vom 19. August 1970 auf die Anspruchsanmeldung durch Jürgen S. [REDACTED] kommt eindeutig zum Ausdruck, daß die Beklagte den Anspruch als noch nicht fällig betrachtete, sondern für die in Aussicht genommene Herauslösung der Handelsvertretung aus der Firma erwartete.

3. Von einer "Vertragsumwandlung" zwischen Jürgen S. [REDACTED] und der Beklagten oder einer "Abtretung des Vertreterverhältnisses" seitens der Klägerin an Jürgen S. [REDACTED]

wie die Revision meint, kann nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Rede sein. Jürgen S. war daher auch nicht berechtigt, für sich auf einen Ausgleich aus dem auslaufenden Vertrag zu verzichten. Er hat dies aber auch gar nicht getan, sondern vielmehr neben den Verhandlungen in eigener Sache - Übernahme in das Angestelltenverhältnis - entschieden den Ausgleichsanspruch weiterverfochten, der seiner Mutter zugute kommen sollte. Das Handelsvertreterverhältnis ist weder umgewandelt noch abgetreten, sondern einvernehmlich beendet worden.

III.

Gegen die Zuerkennung eines Ausgleichs an die Klägerin wendet die Revision ein, die Klägerin habe das Vertragsverhältnis gekündigt, ohne daß ein Verhalten der Beklagten hierzu begründeten Anlaß gegeben habe (§ 89 b Abs. 3 Satz 1 HGB). Damit kann die Revision nicht gehört werden.

Unstreitig ist das Vertragsverhältnis einvernehmlich gelöst worden. Selbst wenn die Beendigung der Vertragsbeziehungen der Parteien und die Übernahme des Jürgen S. in das Angestelltenverhältnis von der Klägerin angeregt worden sein sollte, würde dies den Ausgleichsanspruch der Klägerin nicht beeinträchtigen. Denn der Ausgleichsanspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Vertragsaufhebung auf Initiative des Handelsvertreters zurückgeht (BGHZ 52, 12, 15).

IV.

Zu den Bemessungsregeln für den Ausgleich (§ 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 - 3 HGB) stellt das Berufungsgericht fest, die Vorteile der Beklagten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses und die entsprechenden Provisionsverluste der Klägerin beliefen sich auf den dreifachen Betrag der Jahresprovision 1970, die 52.253,13 DM betragen habe, also insgesamt auf 156.759,39 DM. Die Zahlung eines Ausgleichs entspreche auch der Billigkeit. Der Umstand, daß Jürgen S. [REDACTED] nunmehr von der Beklagten angestellt sei, hindere den Anspruch nicht. Soweit aber aus Billigkeitsgründen eine Minderung des Anspruchs in Betracht komme, könne sie nur bei der Vorteils- und Verlustrechnung, nicht aber am Höchstbetrag nach § 89 b Abs. 2 HGB vorgenommen werden. Etwaige Abzüge wären nicht so hoch, daß der Höchstbetrag unterschritten würde.

Diese Feststellungen zur Vorteils- und Verlustprognose und zur Billigkeit des Ausgleichs lassen - von einem Berechnungsfehler (vgl. V.) abgesehen - Rechtsfehler nicht erkennen. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht meint, daß die Anstellung des Jürgen S. [REDACTED] im Rahmen der Billigkeitserwägungen nicht zu einer ins Gewicht fallenden Minderung der Verlustrechnung und damit des Ausgleichs führen kann, so daß in jedem Fall der Höchstbetrag erreicht wird. Zwar kann es entgegen der Meinung des Berufungsgerichts geboten sein, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien zu berücksichtigen (BGHZ 43, 154, 161, 162), doch gilt das nur für den Ausnahmefall. Ein solcher liegt hier aber nicht vor.

V.

1. Landgericht und Oberlandesgericht sind bei der Vorteils- und Verlustrechnung, bei der Errechnung des Höchstbetrages und bei der Verurteilung der Beklagten irrig davon ausgegangen, daß die Mehrwertsteuer in die Berechnung nicht einzubeziehen, der Beklagten aber zusätzlich aufzuerlegen sei.

Unter den Provisionen, deren Verlust die Bemessungsgrundlage für den Ausgleichsanspruch bildet (§ 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB), ebenso wie unter Provisionen, die nach § 89 b Abs. 2 HGB die Höchstgrenze des Ausgleichs darstellen, sind aber die Bruttoprovisionen zu verstehen; die in ihnen enthaltene, wenn auch gesondert ausgewiesene Mehrwertsteuer darf nicht außer Ansatz bleiben. Auch der nach den Regeln des § 89 b Abs. 1 und 2 HGB ermittelte Ausgleich enthält die Mehrwertsteuer (BGHZ 61, 112).

Die letzte Jahresprovision (für 1970) betrug demnach nicht 52.253,13 DM, sondern einschließlich der von der Beklagten gezahlten Mehrwertsteuer 58.000,97 DM, so daß der Dreijahresbetrag der Vorteils- und Verlustprognose sich auf 174.002,91 DM, nicht auf 156.759,39 DM beläuft.

Der gesetzliche Höchstbetrag ergibt sich aus der Provisions-Nettosumme der letzten 5 Jahre (226.976,20 DM) zuzüglich der Mehrwertsteuer, die seit dem 1. Januar 1968 in Höhe von 10 % und seit dem 1. Juli 1968 in Höhe von 11 % abzuführen war. Teilt man die Jahresnettoprovision für 1968 (41.696,19 DM) insoweit hälftig, so ergibt sich insgesamt ein Mehrwertsteuerbetrag für die Jahre 1968-1970

in Höhe von 15.243,75 DM. Der Höchstbetrag für den Ausgleich beträgt dann $226.976,20 + 15.243,75 : 5 = 48.444$ DM.

2. Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht und entsprechend dem Klageantrag der Klägerin 45.395,24 DM nebst 11 % = 50.388,71 DM zugesprochen. Diese Summe überschreitet den errechneten Höchstbetrag. Dennoch kann die Verurteilung der Beklagten aufrechterhalten bleiben.

Da die Klägerin - wie auch die Vorinstanzen - von der irrigen Vorstellung ausgegangen ist, die Mehrwertsteuer sei einerseits außer Ansatz zu lassen, andererseits dem Ausgleichsbetrag zuzuschlagen, muß der Klageantrag dahin ausgelegt werden, daß die Klägerin den höchstzulässigen Ausgleich aus dem einvernehmlich beendeten Handelsvertreterverhältnis in Verbindung mit den Bestimmungen des Umsatzsteuerrechts fordert. Das Urteilserkenntnis und die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen auch keinen Zweifel daran, daß der Klägerin mit Rücksicht auf die hohe Vorteils- und Verlustsumme der gesetzlich zulässige Höchstbetrag samt Mehrwertsteuer zuerkannt werden sollte.

3. Neben dem Handelsvertreterausgleich nach § 89 b HGB steht der Klägerin auch ein Ausgleich wegen nicht unerheblicher Erhöhung der umsatzsteuerlichen Belastung zu (§ 29 Abs. 1 Satz 1 UStG 1967). Diese Bestimmung ist nämlich auch auf den Ausgleich nach § 89 b HGB anzuwenden (BGHZ 61, 112, 116). Bei einem handelsgesetzlichen Ausgleichshöchstbetrag von 48.444 DM beträgt die umsatzsteuerliche Mehrbelastung unter den obwaltenden Umständen 3.178 DM (vgl. BGHZ 61, 112, 117). Die Differenz zwischen dem Höchst-

betrag und der Verurteilungssumme (50.388,71 DM) beträgt aber nur 1.944,71 DM. Selbst wenn man die umsatzsteuerliche Mehrbelastung der Klägerin wegen einer gewissen mittelbaren Entlastung in den Jahren 1968-1970 - infolge des Provisions-Netto-Berechnungsmodus - etwas geringer als mit 3.178 DM ansetzen wollte, beläuft sich die Mehrbelastung, die voll auszugleichen ist (BGHZ 58, 292, 297; 61, 112, 117), in jedem Fall auf den in Frage stehenden Differenzbetrag von 1.944,71 DM. Insoweit bedarf es keiner weiteren Feststellungen.

VI.

Nach alledem steht fest, daß der Klägerin der ihr zuerkannte Betrag von 50.388,71 DM zusteht.

Die Revision der Beklagten ist mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen. Einer Berichtigung des Tenors des Urteils des Landgerichts bedarf es nicht, da für die Vollstreckung Unklarheiten nicht bestehen.

Schmidt

Girisch

Meise

Recken

Doerry