

# TE OGH 2003/2/20 6Ob170/02x

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.02.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ing. Alexander G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Erich Schwarz, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei G\*\*\*\*\* GmbH, 1121 Wien, Breitenfurter Straße 43-45, vertreten durch Dr. Marcella Prunbauer und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen 128.056,84 EUR, über den Revisionsrekurs (richtig: Rekurs) der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 12. März 2002, GZ 3 R 131/01h-16, mit dem das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 12. April 2001, GZ 19 Cg 62/00i-10, aufgehoben wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Dem Rekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der Beschluss des Berufungsgerichtes wird im Umfang der Aufhebung eines Zuspruches von 53.856 EUR aufgehoben und insoweit in der Sache mit Teilurteil wie folgt erkannt:

"Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei 53.856 EUR samt 5 % Zinsen seit 1. 3. 2000 binnen 14 Tagen zu zahlen. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten wird dem Endurteil vorbehalten."

Im Übrigen - hinsichtlich der Aufhebung des restlichen stattgebenden sowie des abweisenden Teiles des Ersturteils - wird der angefochtene Beschluss bestätigt.

Die Kosten des Berufungs- und Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war vom 1. 6. 1996 bis 31. 12. 1999 als selbständiger Handelsvertreter für die Beklagte tätig. Der Vertrag wurde jährlich neu abgeschlossen. Bis Ende 1998 erhielt der Kläger eine Provision von 7 % des Fakturenumsatzes vor Skonto zuzüglich 20 % Umsatzsteuer. Für das Jahr 1999 war bis zu einem Fakturenumsatz vor Skonto von 24 Mio S eine Provision von 5 % vereinbart. Der Vertrag wurde infolge von Rationalisierungsmaßnahmen der Beklagten nicht erneuert. Der Kläger betreute sogenannte Kleinkunden, nämlich Elektrodetailhändler, deren Jahresumsatz mit der Beklagten bis 350.000 S reichte. Örtlich erstreckte sich sein Gebiet auf das Tiroler Unterland, Kufstein, die Steiermark, Salzburg sowie auf Teile von Ober- und Niederösterreich und des Burgenlands. Diese Händler führten üblicherweise nur zwei Marken von Elektrogeräten. In Österreich existieren ca 3.000 derartige Elektrohändler. Hierzu führen etwa 1.300 Geräte der Beklagten. Voraussetzung hierfür ist der Abschluss eines Vertriebsvertrages mit der Beklagten, der diese Händler zur Bezeichnung als "G\*\*\*\*\*-Fachhändler" berechtigt. Die Verträge sind monatlich kündbar. Sie verpflichten nicht zu einer Abnahme. Hauptkonkurrenten der Beklagten sind die Marken Sony und Philips. Sony

betreut die Kunden telefonisch; Philips bedient sich eines Großhändlers. Die Preisgestaltung der Beklagten ist allen Händlern gegenüber einheitlich. Viele Händler sind Mitglieder von Einkaufsgenossenschaften, mit denen die Beklagte regelmäßig Werbeaktionen wie Flugblätter, Messeangebote und Haushaltssendungen abspricht und Rahmenbedingungen für die Belieferung vereinbart. Die Beklagte erzeugt hauptsächlich Unterhaltungselektronik. Neue Produktbereiche, die für Kleinhändler in Betracht kämen, wurden von ihr in den letzten Jahren nicht vermarktet.

Die Beklagte beschäftigte auch Gebietsvertreter, die bis 1994 die Kleinhändler mitbetreuten. Seither wurden diese Händler von einem Großhändler betreut. Während dieser Zeit entwickelte sich die Absatzlage ungünstig. Über den Großhändler wurde der Konkurs eröffnet. Vor Bestellung des Klägers zum Handelsvertreter wurden diese Kunden überhaupt nicht mehr betreut. Im Jahr vor Beginn der Tätigkeit des Klägers betrug der Umsatz der Beklagten mit diesen Kunden ca 13 Mio S. Dem Kläger wurden ca 180 Kunden, die Bestellungen bei der Beklagten getätigt und einen aufrechten Vertriebsvertrag hatten, zur Bearbeitung übergeben. Der Beklagte besuchte die Kunden regelmäßig. Die Kleinhändler unterliegen einer sehr geringen Fluktuation und sind markentreu. Voraussetzung hierfür ist aber eine regelmäßige Betreuung. Die Kunden gaben ihre Bestellungen entweder beim Kläger oder auch unmittelbar beim Innendienst der Beklagten ab. Die Beklagte investiert in die Produkt- und Markenwerbung rund 945.000 bis 2.035.000 EUR (13 bis 28 Mio S) jährlich. Ihr Gesamtumsatz in Österreich beträgt ca 51 bis 58 Mio EUR (700 bis 800 Mio S) im Jahr.

Die Kürzung der Provision des Klägers im Jahr 1999 ist auf wirtschaftliche Gründe der Beklagten zurückzuführen. Diese Reduktion veranlasste den Kläger, auch andere Produkte, nämlich Telefonwertkarten, Türöffnungssysteme, Batterien und Akkumulatoren mitzuvertrieben. Aus dieser Tätigkeit resultierten im Jahr 1999 jedoch nur geringe Einkünfte. Sie wirkte sich auch nicht nennenswert auf die Betreuung der Kunden der Beklagten aus. Der vom Kläger erzielte Umsatz veränderte sich in den Jahren 1998 und 1999 nicht erheblich. Er betrug unter Berücksichtigung auch der 1999 erfolgten Bestellungen, aufgrund derer die Waren in diesem Jahr noch nicht ausgeliefert worden waren, etwa 23 Mio S. Die Gründe für die mangelnde Umsatzsteigerung lagen in dem im Elektrohandel in Gang gesetzten Konzentrationsprozess, bei dem kleine Händler vor allem im städtischen Bereich zurückgedrängt wurden, im Preisverfall bei Elektrogeräten und auch darin, dass die Beklagte 1999 Schwierigkeiten bei der Auslieferung hatte, wodurch Kunden veranlasst wurden, mit zusätzlichen Bestellungen zuzuwarten. Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Kläger übergab die Beklagte die Betreuung der Kleinhändler den Gebietsvertretern. Die Betreuung erfolgt nun hauptsächlich telefonisch. Die durchschnittliche Jahresprovision des Klägers während der Vertragszeit betrug 128.056,84 EUR (1.762.100,60 S).

Der Kläger begeht von der Beklagten gemäß § 24 HVertrG 1993 die Zahlung eines Ausgleichs in dieser Höhe. Er habe der Beklagten einen wesentlichen Anteil an Neukunden zugeführt und die Bestellung von Altkunden wesentlich gesteigert. In dem für die Berechnung des Rohausgleiches heranzuziehenden letzten Vertragsjahr habe der Kläger für Neukundenumsätze Provisionen von 299.750 S erzielt. Die Umsätze mit jenen Altkunden, bei denen eine deutliche Umsatzsteigerung eingetreten sei, hätten 10.933.934 S ergeben, woraus sich eine Provision von 546.652 S ergebe. Damit errechne sich ein Rohausgleichsbetrag von 846.402 S zuzüglich 20 % Umsatzsteuer, somit von 1.015.662 S. Es sei mit einer Abwanderungsquote von 5 % pro Jahr ab Beendigung des Vertragsverhältnisses zu rechnen. Unter Berücksichtigung von vier Folgejahren und einer 5 %igen Abzinsung ergebe sich ein Rohausgleich von 3.309.580,90 S. Selbst bei Berücksichtigung nur jener intensivierten Altkunden, bei denen die Umsätze um mehr als 100 % erhöht worden seien, errechne sich auf diese Weise ein Gesamtbetrag von 2.404.063 S. Auch das liege weit über dem Durchschnitt der vom Kläger erzielten Provisionen von 1.762.100,60 S. Dieser Ausgleichsanspruch stehe dem Kläger gemäß § 24 Abs 4 HVertrG 1993 zu. Der Kläger begeht von der Beklagten gemäß Paragraph 24, HVertrG 1993 die Zahlung eines Ausgleichs in dieser Höhe. Er habe der Beklagten einen wesentlichen Anteil an Neukunden zugeführt und die Bestellung von Altkunden wesentlich gesteigert. In dem für die Berechnung des Rohausgleiches heranzuziehenden letzten Vertragsjahr habe der Kläger für Neukundenumsätze Provisionen von 299.750 S erzielt. Die Umsätze mit jenen Altkunden, bei denen eine deutliche Umsatzsteigerung eingetreten sei, hätten 10.933.934 S ergeben, woraus sich eine Provision von 546.652 S ergebe. Damit errechne sich ein Rohausgleichsbetrag von 846.402 S zuzüglich 20 % Umsatzsteuer, somit von 1.015.662 S. Es sei mit einer Abwanderungsquote von 5 % pro Jahr ab Beendigung des Vertragsverhältnisses zu rechnen. Unter Berücksichtigung von vier Folgejahren und einer 5 %igen Abzinsung ergebe sich ein Rohausgleich von 3.309.580,90 S. Selbst bei Berücksichtigung nur jener intensivierten

Altkunden, bei denen die Umsätze um mehr als 100 % erhöht worden seien, errechne sich auf diese Weise ein Gesamtbetrag von 2.404.063 S. Auch das liege weit über dem Durchschnitt der vom Kläger erzielten Provisionen von 1.762.100,60 S. Dieser Ausgleichsanspruch stehe dem Kläger gemäß Paragraph 24, Absatz 4, HVertrG 1993 zu.

Die Beklagte anerkannte das Begehren dem Grunde nach, bestritt es aber der Höhe nach. Sie habe bereits eine angemessene Ausgleichszahlung von 139.200 S geleistet, die jedoch der Kläger als unzulässige Teilzahlung nicht angenommen habe. Die Berechnung des Klägers sei nicht nachvollziehbar. Bei Altkunden bestehe ein Ausgleichsanspruch nur bei (hier nicht vorliegender) qualitativer Erweiterung der Geschäftsbeziehungen, nicht aber bei bloßer Umsatzausweitung. Die in den vorgelegten Listen des Klägers aufscheinenden Kunden Ing. Mag. Klaus H\*\*\*\*\*, TV R\*\*\*\*\* GmbH, S\*\*\*\*\*, K\*\*\*\*\* GmbH, Josef B\*\*\*\*\*, N\*\*\*\*\* und M\*\*\*\*\* OEG und Franz S\*\*\*\*\* seien keine Neu-, sondern Altkunden. Bei den Kunden Josef B\*\*\*\*\*, Georg E\*\*\*\*\*, Marktgemeinde N\*\*\*\*\* und Ing. Siegmund R\*\*\*\*\* sei, selbst wenn man von einer Ausgleichszahlung auch bei quantitativer Umsatzsteigerung ausginge - keine 100 %ige Umsatzsteigerung erreicht worden. Der Rohausgleich errechne sich bei Zugrundelegung der Angaben des Klägers für Neukunden nur mit 239.964,60 S und, wenn überhaupt, für Altkunden mit 478.062,15 S. Der fortdauernde Nutzen aus der vom Kläger aufgebauten Geschäftsbeziehung sei infolge der Fluktuation und der Umsatrückgänge nach Ausscheiden des Klägers wesentlich stärker abzuwerten. In den ersten drei Quartalen des Jahres 2000 sei der Umsatz mit Neukunden um 20,84 % und jener mit Altkunden um 17,27 % zurückgegangen. Der Anspruch des Klägers sei auch deshalb zu kürzen, weil ihm die Verkaufsorganisation der Beklagten zur Verfügung gestanden sei, die Marke der Beklagten aufgrund ihres erheblichen Werbeaufwandes bekannt gewesen sei und die Marke einen sehr guten Ruf genieße. Auch der nunmehrige Entfall der Spesen des Klägers sei anspruchsmindernd. Der Kundenstock des Klägers sei von den Gebietsvertretern mitbetreut worden, die Steigerung des Umsatzes daher auch auf diese zurückzuführen.

Das Erstgericht erkannte dem Kläger 1 Mio S (= 72.672,83 EUR) zu und

wies das Mehrbegehren von 762.100,60 S (= 55.384,01 EUR) ab. Es traf

noch folgende Feststellungen:

Die Bearbeitung der "Kleinkunden" war ausschließlich dem Kläger überlassen. Die betreffenden Gebietshändler erhielten zwar auch Provisionen von den vom Kläger abgeschlossenen Geschäften. Sie beteiligten sich aber an der Kundenbetreuung nicht. Der Kläger gewann während der Vertragszeit 39 Neukunden, die Belieferungsverträge schlossen. 12 dieser Kunden tätigten aber keine Bestellungen. Bei den Kunden N\*\*\*\*\* und M\*\*\*\*\* Radio S\*\*\*\*\* und Kurt W\*\*\*\*\* GmbH handle es sich um Altkunden, die bloß weitere Filialen eröffneten. Mit der R\*\*\*\*\* GmbH habe ebenfalls bereits ein Vertrag seit 1993 bestanden. Diese Gesellschaft habe von Anfang 1995 bis September 1998 keine Bestellungen getätigt. Die Kunden H\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* haben die Unternehmen von Vorgängern, die mit der Beklagten in einem Vertragsverhältnis gestanden und schon vor 1995 beliefert wurden, übernommen und eigene Verträge geschlossen. Der Gesamtumsatz der Neukunden ohne die soeben erwähnten Kunden betrug während der Vertragszeit des Klägers 11.138.528 S. Darin sind auch Waren um 171.651 S enthalten, die erst 2000 ausgeliefert wurden. 1999 hatten mit der Beklagten über 200 Kunden laufende Verträge. Hieron haben 184 Kunden Bestellungen aufgegeben. 66 Kunden haben im Jahr vor dem Tätigwerden des Klägers keine Bestellungen aufgegeben. 49 Kunden, die 1994 und 1995 nichts bestellt hatten, tätigten 1999 Bestellungen über insgesamt 5.820.051,74 S und um 208.949 S, wobei letztere Bestellungen erst im Jahr 2000 ausgeliefert wurden. Bei 24 Kunden erzielte der Kläger 1999 mehr als den doppelten Umsatz wie 1995. Die diesbezügliche Umsatzerhöhung betrug gegenüber 1995 ca 5 Mio S. Bei 13 Kunden erhöhte sich der Umfang um mehr als das Vierfache. Von einem geringen auf einen sehr großen Umfang steigerte sich der Umsatz bei drei Kunden. Bei weiteren 14 Kunden trat eine nicht so gravierende Steigerung ein. Bei 30 Kunden war der Umsatz während der Vertragsdauer des Klägers gegenüber 1995 stark rückläufig, bei zehn Kunden entwickelte sich der Umsatz gegen null. Es kann nicht festgestellt werden, dass der vom Kläger gewonnene Kundenstock durch die Umstellung des Betriebssystems der Beklagten messbar zurückging. Das Erstgericht vertrat die Rechtsansicht, dass als Neukunden auch jene zu werten seien, die 1994 und 1995 wegen mangelnder Betreuung bei der Beklagten nicht bestellt hätten und vom Kläger wieder zurückgewonnen worden seien. Bei der zu berücksichtigenden Erweiterung bereits bestehender Geschäftsbeziehungen komme nicht bloß eine qualitative, sondern auch eine quantitative Umsatzsteigerung in Betracht. Doch seien als intensivierte Altkunden nur jene einzubeziehen, bei denen durch die Tätigkeit des Klägers eine kontinuierliche Steigerung von einem sehr geringen Umsatz auf ein Vielfaches des Umsatzes errechnet werden könne, weil, wie sich aus den starken Schwankungen der Kontenbewegungen aufgrund der vorgelegten Liste zeige, die Kundenintensivierung nicht unbedingt von Dauer sein müsse. Aus den Kundenumsumsätzen

mit Neukunden (das seien insgesamt 49 Kunden, die 1994 und 1995 nichts bestellt hätten) ergebe sich eine Bemessungsgrundlage von 6,029.000 S, aus jenen mit stark intensivierten Kunden eine solche von 1,800.000 S. 5 % der Summe ergebe 391.450 S. Als Beobachtungszeitraum für eine künftige Entwicklung seien vier Jahre angemessen. Von diesem Zeitraum seien die Parteien selbst ausgegangen. Nach dem während der Vertragsdauer festgestellten Abwanderungen, die etwa 20 % der Gesamtkunden betroffen hätten (bei 10 Kunden Rückgang gegen null, bei weiteren 30 Rückgang auf weniger als 50 % der Anfangsbestellmenge) erscheine eine Abwanderungsquote von 15 % angemessen. Bei der Abzinsung von 5 % ergebe sich folgende Berechnung:

$$\begin{aligned} & \text{S } 391.450,00; \\ 391.450 - 15 \% : 1,05 &= \text{S } 316.888,10; \\ 316.888,10 - 15 \% : 1,05 &= \text{S } 244.312,82; \\ 244.312,82 - 15 \% : 1,05 : 1,05 &= \text{S } 179.389,61 \\ & \quad \text{S } 1,132.040,58. \end{aligned}$$

Im Zuge der Billigkeitserwägungen seien noch der - allerdings im Hinblick auf die weiters vom Kläger übernommene Vertretung geringfügige - Wegfall der Reisekosten und die Investitionen der Beklagten für Werbung und Markenpflege sowie die dadurch ausgelöste Zugkraft der Marke zu berücksichtigen. Insgesamt erscheine die Festsetzung eines Bruttoausgleichsbetrages gemäß § 273 Abs 1 ZPO mit 1 Mio S angemessen. Im Zuge der Billigkeitserwägungen seien noch der - allerdings im Hinblick auf die weiters vom Kläger übernommene Vertretung geringfügige - Wegfall der Reisekosten und die Investitionen der Beklagten für Werbung und Markenpflege sowie die dadurch ausgelöste Zugkraft der Marke zu berücksichtigen. Insgesamt erscheine die Festsetzung eines Bruttoausgleichsbetrages gemäß Paragraph 273, Absatz eins, ZPO mit 1 Mio S angemessen.

Dieses Urteil bekämpften beide Parteien jeweils in dem für sie nachteiligen Teil mit Berufung.

Das Berufungsgericht gab beiden Berufungen Folge, hob das Ersturteil zur Gänze auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof erklärte es für zulässig. Bis zum Inkrafttreten des HVertrG 1993 sei der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach Auflösung des Vertragsverhältnisses mit dem Geschäftsherrn in § 25 HVG geregelt gewesen. Aus der geänderten Fassung des § 24 Abs 1 HVertrG 1993, wonach der Ausgleichsanspruch auch für jene Kunden zustehe, hinsichtlich derer bestehende Geschäftsverbindungen wesentlich erweitert worden seien, ergebe sich, dass nunmehr auch - entgegen der Rechtsprechung zum ehemaligen § 25 HVG - eine bloß quantitative Umsatzsteigerung genüge. Für die im Gesetz geforderte wesentliche Erweiterung sei insoweit eine starre (fixe) Grenze von 100 % anzunehmen, weil der Ausgleichsanspruch der Höhe nach vorhersehbar sein solle. Für die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs seien daher die Umsätze der Neukunden (im letzten Geschäftsjahr) zuzüglich der Umsätze jener Altkunden heranzuziehen, bei denen der Handelsvertreter eine Umsatzsteigerung von 100 % oder mehr erreicht habe. Die im letzten Geschäftsjahr getätigten Umsätze der intensivierten Altkunden seien jedoch um jene Umsätze zu kürzen, die diese Kunden im Jahr vor ihrer Betreuung durch den Handelsvertreter getätigten hätten. Ansonsten würden Umsätze im Ausgleichsanspruch berücksichtigt werden, für die der Handelsvertreter überhaupt keine Leistung erbracht habe. Der Ausgleichsanspruch sei daher im vorliegenden Fall wie folgt zu berechnen: Ausgangspunkt sei die Summe der Umsätze der Neukunden im Geschäftsjahr 1999 zuzüglich der Umsätze all jener intensivierten Altkunden im Jahr 1999, die mindestens doppelt so hoch wie jener im Jahr 1995 gewesen seien. Die Umsätze dieser Kunden aus dem Jahr 1995 seien hiebei von den Umsätzen 1999 abzuziehen. Umsätze, die wegen verspäteter Auslieferung von Waren erst im Jahr 2000 entstanden seien, seien entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichtes nicht zu berücksichtigen, weil zweifellos in den Umsätzen des Jahres 1999 auch Umsätze enthalten seien, bei welchen der Vertrag bereits vor Jahresende 1998 abgeschlossen worden sei, hinsichtlich derer die Lieferung oder Fakturierung aber erst 1999 erfolgt sei. Das auf diese Weise ermittelte Provisionsaufkommen mit Neukunden und intensivierten Altkunden sei um die jährliche Abwanderungsquote solange zu vermindern, bis sich der Kundenstock aufgelöst habe. Maßgebend sei die auf die Neukunden und intensivierten Altkunden bezogene Umsatzminderung in den Folgejahren. Dabei sei die Provision in voller Höhe nicht noch einmal hinzuzurechnen, weil der Kläger diese ohnehin bereits 1999 erhalten habe. Die Zeitspanne, bis sich der Kundenstock aufgelöst habe, könne durchaus mehr als vier Jahre betragen. Die danach ermittelten Quoten seien um den hier unstrittigen Abzinsungsfaktor von 5 % abzuzinsen. Der so ermittelte Rohausgleich sei nach Billigkeitserwägungen zu kürzen. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei eine Kürzung von 40 %

wegen der Sogwirkung der Marke nicht berechtigt. Hingegen liege der vom Erstgericht vorgenommene Abschlag von rund 11 % im Rahmen pflichtgebundenen Ermessens. Der ermittelte Ausgleichsanspruch sei dem gemäß § 24 Abs 4 HVertrG 1993 ermittelten höchstmöglichen Ausgleichsanspruch gegenüber zu stellen und allenfalls auf diesen zu kürzen. Dabei sei auch noch die Frage der Umsatzsteuer zu beachten. Bis 1998 sei ausdrücklich vereinbart gewesen, dass dem Kläger die Umsatzsteuer gebühre. Sein Vertrag für das Jahr 1999 sehe dies nicht mehr vor. Die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Umsatzsteuer an den Kläger sei im Verfahren zwar nicht substantiiert bestritten worden, werde aber im fortgesetzten Verfahren zu erörtern sein. Das Berufungsgericht gab beiden Berufungen Folge, hob das Ersturteil zur Gänze auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof erklärte es für zulässig. Bis zum Inkrafttreten des HVertrG 1993 sei der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach Auflösung des Vertragsverhältnisses mit dem Geschäftsherrn in Paragraph 25, HVG geregelt gewesen. Aus der geänderten Fassung des Paragraph 24, Absatz eins, HVertrG 1993, wonach der Ausgleichsanspruch auch für jene Kunden zustehe, hinsichtlich derer bestehende Geschäftsverbindungen wesentlich erweitert worden seien, ergebe sich, dass nunmehr auch - entgegen der Rechtsprechung zum ehemaligen Paragraph 25, HVG - eine bloß quantitative Umsatzsteigerung genüge. Für die im Gesetz geforderte wesentliche Erweiterung sei insoweit eine starre (fixe) Grenze von 100 % anzunehmen, weil der Ausgleichsanspruch der Höhe nach vorhersehbar sein solle. Für die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs seien daher die Umsätze der Neukunden (im letzten Geschäftsjahr) zuzüglich der Umsätze jener Altkunden heranziehen, bei denen der Handelsvertreter eine Umsatzsteigerung von 100 % oder mehr erreicht habe. Die im letzten Geschäftsjahr getätigten Umsätze der intensivierten Altkunden seien jedoch um jene Umsätze zu kürzen, die diese Kunden im Jahr vor ihrer Betreuung durch den Handelsvertreter getätigt hätten. Ansonsten würden Umsätze im Ausgleichsanspruch berücksichtigt werden, für die der Handelsvertreter überhaupt keine Leistung erbracht habe. Der Ausgleichsanspruch sei daher im vorliegenden Fall wie folgt zu berechnen: Ausgangspunkt sei die Summe der Umsätze der Neukunden im Geschäftsjahr 1999 zuzüglich der Umsätze all jener intensivierten Altkunden im Jahr 1999, die mindestens doppelt so hoch wie jener im Jahr 1995 gewesen seien. Die Umsätze dieser Kunden aus dem Jahr 1995 seien hiebei von den Umsätzen 1999 abzuziehen. Umsätze, die wegen verspäteter Auslieferung von Waren erst im Jahr 2000 entstanden seien, seien entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichtes nicht zu berücksichtigen, weil zweifellos in den Umsätzen des Jahres 1999 auch Umsätze enthalten seien, bei welchen der Vertrag bereits vor Jahresende 1998 abgeschlossen worden sei, hinsichtlich derer die Lieferung oder Fakturierung aber erst 1999 erfolgt sei. Das auf diese Weise ermittelte Provisionsaufkommen mit Neukunden und intensivierten Altkunden sei um die jährliche Abwanderungsquote solange zu vermindern, bis sich der Kundenstock aufgelöst habe. Maßgebend sei die auf die Neukunden und intensivierten Altkunden bezogene Umsatzminderung in den Folgejahren. Dabei sei die Provision in voller Höhe nicht noch einmal hinzuzurechnen, weil der Kläger diese ohnehin bereits 1999 erhalten habe. Die Zeitspanne, bis sich der Kundenstock aufgelöst habe, könne durchaus mehr als vier Jahre betragen. Die danach ermittelten Quoten seien um den hier unstrittigen Abzinsungsfaktor von 5 % abzuzinsen. Der so ermittelte Rohausgleich sei nach Billigkeitserwägungen zu kürzen. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei eine Kürzung von 40 % wegen der Sogwirkung der Marke nicht berechtigt. Hingegen liege der vom Erstgericht vorgenommene Abschlag von rund 11 % im Rahmen pflichtgebundenen Ermessens. Der ermittelte Ausgleichsanspruch sei dem gemäß Paragraph 24, Absatz 4, HVertrG 1993 ermittelten höchstmöglichen Ausgleichsanspruch gegenüber zu stellen und allenfalls auf diesen zu kürzen. Dabei sei auch noch die Frage der Umsatzsteuer zu beachten. Bis 1998 sei ausdrücklich vereinbart gewesen, dass dem Kläger die Umsatzsteuer gebühre. Sein Vertrag für das Jahr 1999 sehe dies nicht mehr vor. Die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Umsatzsteuer an den Kläger sei im Verfahren zwar nicht substantiiert bestritten worden, werde aber im fortgesetzten Verfahren zu erörtern sein.

Die teils pauschalen Feststellungen des Erstgerichtes reichten für die rechtliche Beurteilung des Ausgleichsanspruchs des Klägers nicht aus. Es sei nicht nachvollziehbar, welche 49 Kunden den festgestellten Umsatz im Jahr 1999 getätigt hätten, wobei das Berufungsgericht allerdings an die Feststellungen des Umsatzes dieser 49 Kunden mit jedenfalls 5.727.287,27 S gebunden sei, weil die Beklagte die entsprechende Feststellung des Erstgerichtes (Umsatz von 5.820.051,74 S im Jahr 1999) nur im darüber hinausgehenden Ausmaß bekämpft habe. Vom Kläger werde eine Aufstellung über die von ihm erworbenen Neukunden und die intensivierten Altkunden, deren Umsatz im Jahr 1999 doppelt so hoch wie jener im Jahr 1995 gewesen sei, zu erstellen sein. Die auf die intensivierten Altkunden entfallenden Umsätze des Jahres 1995 seien von den Umsätzen im Jahr 1999 abzuziehen. Es seien auch die nachfolgenden Umsätze im Jahr 2000 und eventuell 2001 auszuwerfen, woraus die Abwanderungsquote berechnet

werden könne. Für die Frage, ob die Umsätze mit Altkunden um 100 % gestiegen seien, sei nicht das Jahr 1994, sondern nur das Jahr 1995 heranzuziehen, weil davon auszugehen sei, dass die Umsatzsteigerung zumindest mitursächlich auf die Tätigkeit des Klägers hinsichtlich aller Kunden, die 1995 entsprechend wenig bestellt hätten, zurückzuführen sei. Der Rekurs sei zulässig, weil die hier anstehenden Berechnungsfragen noch nicht Gegenstand einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes gewesen seien. Diese Entscheidung bekämpft (nur) der Kläger mit Rekurs und beantragt, in der Sache selbst eine Entscheidung im Sinn einer gänzlichen Klagsstattgebung zu fällen, hilfsweise den angefochtenen Beschluss aufzuheben. Die Beklagte hat keine Rekursbeantwortung erstattet.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen zulässig. Er ist teilweise auch berechtigt.

Gemäß § 24 Abs 1 HVertrG 1993 gebührt dem Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ein angemessener Ausgleichsanspruch, wenn und soweit 1. er dem Unternehmer neue Kunden zugeführt oder bereits bestehende Geschäftsverbindungen wesentlich erweitert hat, 2. zu erwarten ist, dass der Unternehmer oder dessen Rechtsnachfolger aus diesen Geschäftsverbindungen auch noch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile ziehen kann, und 3. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit den betreffenden Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht. Gemäß § 24 Abs 4 HVertrG 1993 beträgt der Ausgleichsanspruch mangels einer für den Handelsvertreter günstigeren Vereinbarung höchstens eine Jahresvergütung, die aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre errechnet wird. Hat das Vertragsverhältnis weniger als fünf Jahre gedauert, so ist der Durchschnitt der gesamten Vertragsdauer maßgeblich. Gemäß Paragraph 24, Absatz eins, HVertrG 1993 gebührt dem Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ein angemessener Ausgleichsanspruch, wenn und soweit 1. er dem Unternehmer neue Kunden zugeführt oder bereits bestehende Geschäftsverbindungen wesentlich erweitert hat, 2. zu erwarten ist, dass der Unternehmer oder dessen Rechtsnachfolger aus diesen Geschäftsverbindungen auch noch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile ziehen kann, und 3. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit den betreffenden Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht. Gemäß Paragraph 24, Absatz 4, HVertrG 1993 beträgt der Ausgleichsanspruch mangels einer für den Handelsvertreter günstigeren Vereinbarung höchstens eine Jahresvergütung, die aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre errechnet wird. Hat das Vertragsverhältnis weniger als fünf Jahre gedauert, so ist der Durchschnitt der gesamten Vertragsdauer maßgeblich.

Das HVertrG 1993 diente der Umsetzung der EG-Richtlinie des Rates vom 18. 12. 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABI Nr L 382/17. Der österreichische Gesetzgeber hat dabei von der in Art 17 und 18 der Richtlinie eingeräumten Wahlmöglichkeit Gebrauch gemacht und sich für die deutsche Regelung des Ausgleichsanspruchs nach § 89b dHGB entschieden. § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 HVertrG 1993 weicht im Wesentlichen nur insoweit von der deutschen Regelung ab, als der Eintritt von Provisionsverlusten des Handelsvertreters - anders als in § 89b Abs 1 dHGB - nicht als eigenständige Anspruchsvoraussetzung, sondern im Rahmen der Billigkeitserwägungen zu berücksichtigen ist. Bei Bemessung des Ausgleichs ist dieser Unterschied jedoch nicht entscheidend, weil die Billigkeitsüberlegungen nach § 24 Abs 1 Z 3 ohnehin von der Frage beherrscht werden, ob dem Handelsvertreter Provisionen entgehen. Der Anspruch des Handelsvertreters ist in einem zweistufigen Verfahren zu bemessen: Anhand der in § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 angeführten Kriterien ist zunächst ein der Billigkeit entsprechender "Rohausgleich" zu ermitteln. Dieser ist zum höchstzulässigen Ausgleich nach Abs 4 in Bezug zu setzen. Liegt der Rohausgleich über der Höchstgrenze, ist der Ausgleichsanspruch auf diese zu reduzieren. Ist er hingegen geringer, spielt die Höchstgrenze keine Rolle. Der Handelsvertreter hat dann Anspruch auf den Ausgleich in Höhe des errechneten Rohausgleichs (6 Ob 260/00d = RdW 2001, 279/309 unter Hinweis auf RV 578 BlgNR 18. GP und mwN aus dem Schrifttum). Das HVertrG 1993 diente der Umsetzung der EG-Richtlinie des Rates vom 18. 12. 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABI Nr L 382/17. Der österreichische Gesetzgeber hat dabei von der in Artikel 17 und 18 der Richtlinie eingeräumten Wahlmöglichkeit Gebrauch gemacht und sich für die deutsche Regelung des Ausgleichsanspruchs nach Paragraph 89 b, dHGB entschieden. Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 HVertrG 1993 weicht im Wesentlichen nur insoweit von der deutschen Regelung ab, als der Eintritt von Provisionsverlusten des Handelsvertreters - anders als in Paragraph 89 b, Absatz eins, dHGB - nicht als eigenständige Anspruchsvoraussetzung, sondern im Rahmen der Billigkeitserwägungen zu berücksichtigen ist. Bei Bemessung des Ausgleichs ist dieser

Unterschied jedoch nicht entscheidend, weil die Billigkeitsüberlegungen nach Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 3, ohnehin von der Frage beherrscht werden, ob dem Handelsvertreter Provisionen entgehen. Der Anspruch des Handelsvertreters ist in einem zweistufigen Verfahren zu bemessen: Anhand der in Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 angeführten Kriterien ist zunächst ein der Billigkeit entsprechender "Rohausgleich" zu ermitteln. Dieser ist zum höchstzulässigen Ausgleich nach Absatz 4, in Bezug zu setzen. Liegt der Rohausgleich über der Höchstgrenze, ist der Ausgleichsanspruch auf diese zu reduzieren. Ist er hingegen geringer, spielt die Höchstgrenze keine Rolle. Der Handelsvertreter hat dann Anspruch auf den Ausgleich in Höhe des errechneten Rohausgleichs (6 Ob 260/00d = RdW 2001, 279/309 unter Hinweis auf RV 578 BlgNR 18. GP und mwN aus dem Schrifttum).

Nach dieser Berechnungsmethode sind im vorliegenden Fall beide Parteien vorgegangen. In einer Reihe von Detailfragen bestehen aber Auffassungsunterschiede sowohl der Parteien als auch der Vorinstanzen.

Die Beklagte bekämpfte in ihrer Berufung das Ersturteil in folgenden Punkten:

Es sei unrichtig, dass die Gebietsvertreter keine Leistungen für die Kunden erbracht hätten. Diese hätten den Kläger vielmehr im Fall seiner Verhinderung vertreten. Der zu berücksichtigende Umsatz mit Neukunden habe 1999 nur 5.727.287,27 S (anstatt, wie vom Erstgericht festgestellt, 5.820.051,74 S) betragen. Noch nicht ausgelieferte Bestellungen aus 1999 (nach den Feststellungen des Erstgerichtes: 208.949 S) seien nicht hinzuzurechnen, weil im Umsatz 1999 auch Bestellungen aus 1998 enthalten seien. Es fehlten Feststellungen darüber, wie sich der Umsatz der Beklagten mit den dem Kläger übergebenen Kunden (Altkunden) entwickelt habe. Die Beklagte habe mit diesen Kunden im Jahr 1994 einen Umsatz von rund 18 Mio S erzielt, 1995 lediglich wegen der Großinsolvenz des damaligen Handelsvertreters nur 13,55 Mio S. Bezogen auf das Jahr 1994 ergebe sich, dass die Umsatzsteigerung keineswegs so groß gewesen sei wie vom Kläger behauptet. Es fehlten Feststellungen darüber, dass sich die Umsätze der Beklagten mit den vom Kläger betreuten Kunden in den ersten drei Quartalen des Jahres 2000 durchschnittlich um 16,5 % vermindert hätten, wobei der Verlust bei den vom Kläger angeführten intensivierten Altkunden 17,5 % und bei den vom Kläger neu geworbenen Kunden 20,8 % betragen habe. Die vom Kläger mit den Kunden B\*\*\*\*\* & Co, N\*\*\*\*\* und M\*\*\*\*\* OEG und M\*\*\*\*\* erzielten Umsatzsteigerungen seien nicht in die Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Ausgleichsanspruches einzubeziehen, weil es sich bei allen drei Kunden um Altkunden gehandelt habe. Wenn es auch richtig sei, dass der Kläger die Bestellungen dieser Kunden wesentlich gesteigert habe, seien die betreffenden Umsätze auszuscheiden, weil alle drei Kunden lediglich Produkte, die sie schon bisher bezogen hätten, vermehrt nachgefragt hätten. Eine bloß quantitative Intensivierung einer Altkundenbeziehung sei aber bereits mit den laufenden Provisionen abgegolten. Es sei daher von einer Bemessungsgrundlage von 5.727.287,27 S auszugehen. Der Rohausgleichsbetrag sei wie folgt zu errechnen: erstes Jahr = 286.364,36 S (5 % von 5.727.287,27 S), zweites Jahr 231.818,77 S, drittes Jahr 187.726,49 S und viertes Jahr 131.232,06 S, woraus sich die Zwischensumme von 837.141,68 S ergebe. Hievon sei aufgrund des großen Bekanntheitsgrads der Marke und des Umstandes, dass eine Umsatzsteigerung auf das 1994 erreichte Niveau nur zu einem geringen Teil dem Kläger zuzuschreiben sei, ein Billigkeitsabschlag von mindestens 40 % angemessen. Daraus ergibt sich zunächst, dass von der Beklagten die Feststellung des Erstgerichtes unbekämpft blieb, wonach der Umsatz bei drei Kunden, die 1994 und 1995 bereits Bestellungen getätigt hatten (B\*\*\*\*\* & Co, N\*\*\*\*\* & M\*\*\*\*\* OEG, M\*\*\*\*\*) von einem geringen auf einen sehr hohen Umsatz (worunter das Erstgericht, wie sich aus seinen damit zusammenhängenden Feststellungen ergibt, zumindest eine mehr als doppelte Umsatzsteigerung verstand) gestiegen ist. Hinsichtlich dieser Kunden betrug der Umsatz 1999 1,8 Mio S. Weiters ist nunmehr ein in die Bemessungsgrundlage für den Rohausgleich einzubeziehender Umsatz mit Neukunden von zumindest 5.727.287,27 S unstrittig. Die von der Beklagten behauptete Tatsache, dass auch die Gebietsvertreter die Kleinkunden betreut hätten, und zwar im Fall einer Verhinderung des Klägers, ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Einerseits genügt Mitursächlichkeit des Handelsvertreters für den ersten Geschäftsabschluss oder die wesentliche Geschäftserweiterung (8 ObA 290/01g = RdW 2003, 107/86); gleichzeitige oder zusätzliche Bemühungen des Unternehmers oder seiner Mitarbeiter schaden nicht (Nocker, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Vertragshändlers und Franchisenehmers [2001] Rz 292 mwN). Andererseits fällt die behauptete Mitwirkung der Gebietsvertreter bloß bei Verhinderung des Klägers auch nicht derart ins Gewicht, dass sie im Rahmen der Billigkeitserwägungen berücksichtigt werden müsste.

In der Folge ist auf die in der Berufung der Beklagten aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

1. Zur Frage, ob bei Altkunden auch eine bloß quantitative Umsatzsteigerung genügt:

Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten ist diese Frage zu bejahen. Nach § 25 HVG war die Zuführung von Kunden Voraussetzung eines Ausgleichsanspruchs. Es war erforderlich, dass der Handelsvertreter damit "ausschließlich oder vorwiegend" beschäftigt war. Im Gegensatz zur deutschen Regelung fehlte die Bestimmung, dass auch eine Umsatzsteigerung wegen ihres Ausmaßes der Werbung eines neuen Kunden wirtschaftlich gleichzustellen sei. Daraus folgerte die österreichische Rechtsprechung zu § 25 HVG, dass die Erhöhung des Umsatzes allein nicht genüge, um von einer "Kundenzuführung" sprechen zu können. Eine solche sei vielmehr nur anzunehmen, wenn durch die Tätigkeit des Handelsvertreters Kunden gewonnen würden, mit denen bisher keine Geschäftsverbindung zum Geschäftsherrn bestanden habe oder deren Geschäftsverbindung abgebrochen sei oder wenn und soweit eine Geschäftsbeziehung dadurch ausgeweitet werde, dass der Altkunde andere als bisher vom Unternehmer bezogene Waren, welche dieser aber schon bisher angeboten habe, nun von ihm beziehe. Es sei also nicht das Ausmaß der Umsatzsteigerung, sondern die Ausdehnung des Geschäftes auf Waren außerhalb des bisher bestellten Sortiments oder eine sonstige nicht bloß quantitative Vertiefung der Geschäftsbeziehung für die Beurteilung maßgebend, ob und in welchem Umfang ein Kunde als neu erworben anzusehen sei (SZ 44/96 = ZAS 1972/10). Der Wortlaut des § 24 HVertrG 1993 vermag ein Fortschreiben dieser Rechtsprechung aber nicht zu rechtfertigen. Die deutsche Rechtsprechung und Lehre zu § 89 dHVG, der der Regelung des § 24 HVertrG 1993 als Vorbild diente, gehen einhellig davon aus, dass die wesentliche Erweiterung der Geschäftsbeziehung mit alten Kunden sowohl in einer qualitativen wie auch in einer quantitativen Umsatzsteigerung liegen kann, die jedenfalls dann auch als wesentlich angesehen wird, wenn sich der Umsatz ungefähr verdoppelt hat (Schlegelberger HGB5 § 89b Rn 5a; Brüggemann in Staub, Großkommentar HGB § 89b Rn 36; v. Hoyningen-Huene im Münchener Kommentar HGB § 89b Rn 64, 65; Küstner/Manteuffel/Evers, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters6, Rn 397; Hopt, Handelsvertreterrecht<sup>2</sup> § 89b Rn 13; Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten ist diese Frage zu bejahen. Nach Paragraph 25, HVG war die Zuführung von Kunden Voraussetzung eines Ausgleichsanspruchs. Es war erforderlich, dass der Handelsvertreter damit "ausschließlich oder vorwiegend" beschäftigt war. Im Gegensatz zur deutschen Regelung fehlte die Bestimmung, dass auch eine Umsatzsteigerung wegen ihres Ausmaßes der Werbung eines neuen Kunden wirtschaftlich gleichzustellen sei. Daraus folgerte die österreichische Rechtsprechung zu Paragraph 25, HVG, dass die Erhöhung des Umsatzes allein nicht genüge, um von einer "Kundenzuführung" sprechen zu können. Eine solche sei vielmehr nur anzunehmen, wenn durch die Tätigkeit des Handelsvertreters Kunden gewonnen würden, mit denen bisher keine Geschäftsverbindung zum Geschäftsherrn bestanden habe oder deren Geschäftsverbindung abgebrochen sei oder wenn und soweit eine Geschäftsbeziehung dadurch ausgeweitet werde, dass der Altkunde andere als bisher vom Unternehmer bezogene Waren, welche dieser aber schon bisher angeboten habe, nun von ihm beziehe. Es sei also nicht das Ausmaß der Umsatzsteigerung, sondern die Ausdehnung des Geschäftes auf Waren außerhalb des bisher bestellten Sortiments oder eine sonstige nicht bloß quantitative Vertiefung der Geschäftsbeziehung für die Beurteilung maßgebend, ob und in welchem Umfang ein Kunde als neu erworben anzusehen sei (SZ 44/96 = ZAS 1972/10). Der Wortlaut des Paragraph 24, HVertrG 1993 vermag ein Fortschreiben dieser Rechtsprechung aber nicht zu rechtfertigen. Die deutsche Rechtsprechung und Lehre zu Paragraph 89, dHVG, der der Regelung des Paragraph 24, HVertrG 1993 als Vorbild diente, gehen einhellig davon aus, dass die wesentliche Erweiterung der Geschäftsbeziehung mit alten Kunden sowohl in einer qualitativen wie auch in einer quantitativen Umsatzsteigerung liegen kann, die jedenfalls dann auch als wesentlich angesehen wird, wenn sich der Umsatz ungefähr verdoppelt hat (Schlegelberger HGB5 Paragraph 89 b, Rn 5a; Brüggemann in Staub, Großkommentar HGB Paragraph 89 b, Rn 36; v. Hoyningen-Huene im Münchener Kommentar HGB Paragraph 89 b, Rn 64, 65; Küstner/Manteuffel/Evers, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters6, Rn 397; Hopt, Handelsvertreterrecht<sup>2</sup> Paragraph 89 b, Rn 13);

Westphal, Neues Handelsvertreterrecht [1991] 149;

Ebenroth/Boujoung/Joost, HGB § 89b Rn 81 je mit Judikaturnachweisen). Dieser Ansicht ist auch das österreichische Schrifttum gefolgt (Tschuk, Der Ausgleichsanspruch bei Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses [1994] 37; Viehböck, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, ecolex 1993, 221 [224]). Sie wird jetzt auch von Nocker (Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Vertragshändlers und Franchisenehmers [2001] 81 Rz 310 ff) geteilt, der früher gemeint hatte, dass das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Erweiterung bereits bestehender Geschäftsverbindungen mit Altkunden auch weiterhin eine rein quantitative Umsatzausweitung nicht erfasse (Nocker, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters für die "wesentliche Erweiterung bereits bestehender Geschäftsverbindungen", ecolex 1998, 194 [196 f]). Ebenroth/Boujoung/Joost, HGB Paragraph 89 b, Rn 81 je mit Judikaturnachweisen). Dieser Ansicht ist auch das österreichische Schrifttum gefolgt (Tschuk, Der Ausgleichsanspruch

bei Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses [1994] 37; Viehböck, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, ecolex 1993, 221 [224]). Sie wird jetzt auch von Nocker (Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Vertragshändlers und Franchisenehmers [2001] 81 Rz 310 ff) geteilt, der früher gemeint hatte, dass das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Erweiterung bereits bestehender Geschäftsverbindungen mit Altkunden auch weiterhin eine rein quantitative Umsatzausweitung nicht erfasse (Nocker, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters für die "wesentliche Erweiterung bereits bestehender Geschäftsverbindungen", ecolex 1998, 194 [196 f]).

Selbst nach den Berufungsausführungen der Beklagten ist daher von einer Bemessungsgrundlage von zumindest 5,727.287,27 S plus 1,800.000

$S = 7.527.287,27 \text{ S}$  bei Berechnung des Rohausgleiches auszugehen. 5 % hievon ergeben einen Provisionsanspruch netto (ohne Umsatzsteuer) von 376.364,36 S für das Basisjahr 1999.

## 2. Zur Frage der "Überhangprovisionen":

Unstrittig ist, dass der Kläger im Jahr 2000 Provisionen für Geschäfte bezogen hat, die noch während des aufrechten Bestandes des Handelsvertreterverhältnisses abgeschlossen, aber erst nach dessen Ende ausgeführt worden sind. Da die Anwartschaft auf Provision bereits mit der Rechtswirksamkeit des Geschäftes begründet wird, steht dem Handelsvertreter auch für diese Geschäfte Provision zu. Der Unternehmer kann daher nicht durch Hinauszögern der Ausführung des bereits abgeschlossenen Geschäftes das Entstehen des Provisionsanspruches verhindern. Durch die Beendigung des Handelsvertretervertrages kann daher, wenn der Anspruch auf die Überhangprovision nicht vertraglich ausgeschlossen wurde (§ 8 Abs 2 HVertrG), aus solchen Geschäften kein Provisionsverlust und damit auch kein Ausgleichsanspruch entstehen. Die Überhangprovisionen aus Geschäften mit neu zugeführten Stammkunden bzw intensivierten Altkunden müssen jedoch in die Berechnungsgrundlage des Rohausgleichs einfließen (Nocker, Ausgleichsanspruch [2001] Rz 367-369). Hierbei ist entscheidend, dass in Lehre und Rechtsprechung als Basis für die Berechnung des Rohausgleichs auch deshalb auf das letzte Vertragsjahr - sofern dies aussagekräftig ist - zurückgegriffen wird, weil dieser Zeitraum Auskunft über den bestehenden Geschäftserfolg gibt und die Grundlage für die Prognose der künftigen Geschäftsentwicklung mit dem vom Handelsvertreter geschaffenen Kundenstamm darstellt. Der Geschäftsumfang und nicht die Provisionseinnahmen ist die maßgebende Grundlage für die zu erwartenden Vorteile des Unternehmers. Es kommt daher in erster Linie nicht auf den Provisionsumsatz, sondern auf die Entstehung der zumindest bedingten Provisionsansprüche innerhalb des letzten Vertragsjahres an. Deshalb sind Überhangprovisionen insoweit bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs zu berücksichtigen, als sie zunächst in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden. Der Provisionsverlust ist daraufhin unter Berücksichtigung der jährlich anzunehmenden Abwanderungsquote für den prognostizierten Zeitraum zu berechnen. Nach Abschluss der Berechnung ist jedoch der Betrag, der anfänglich bei der Berechnungsgrundlage als Überhangprovision eingestellt wurde, wieder abzuziehen, weil er an den Handelsvertreter ausbezahlt wird (Nocker aaO Rz 369, 477; Sellhorst, Überhangprovision bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters, BB 1997, 2019). Eine derartige Berücksichtigung der Überhangprovision des letzten Geschäftsjahres hat allerdings zur Konsequenz, dass Provisionen für Umsätze aus Lieferungen, die auf Geschäftsabschlüsse des vorletzten Geschäftsjahres zurückzuführen sind, vorweg von den im letzten Geschäftsjahr erzielten Provisionen abzuziehen sind, weil sie ansonsten die Bemessungsgrundlage zugunsten des Handelsvertreters verfälschen würden. Ob derartige Ansätze in dem vom Erstgericht festgestellten oder in dem von der Beklagten in ihrer Berufung zugestandenen Gesamtumsatz des Jahres 1999 enthalten sind, blieb bisher ungeprüft. Bei der vorläufig aufgrund der Berufungsausführungen der Beklagten vorzunehmenden Berechnung kann nur der von ihr zugestandene Betrag von 5,727.287,27 S plus 1,800.000 Unstrittig ist, dass der Kläger im Jahr 2000 Provisionen für Geschäfte bezogen hat, die noch während des aufrechten Bestandes des Handelsvertreterverhältnisses abgeschlossen, aber erst nach dessen Ende ausgeführt worden sind. Da die Anwartschaft auf Provision bereits mit der Rechtswirksamkeit des Geschäftes begründet wird, steht dem Handelsvertreter auch für diese Geschäfte Provision zu. Der Unternehmer kann daher nicht durch Hinauszögern der Ausführung des bereits abgeschlossenen Geschäftes das Entstehen des Provisionsanspruches verhindern. Durch die Beendigung des Handelsvertretervertrages kann daher, wenn der Anspruch auf die Überhangprovision nicht vertraglich ausgeschlossen wurde (Paragraph 8, Absatz 2, HVertrG), aus solchen Geschäften kein Provisionsverlust und damit auch kein Ausgleichsanspruch entstehen. Die Überhangprovisionen aus Geschäften mit neu zugeführten Stammkunden bzw intensivierten Altkunden müssen jedoch in die Berechnungsgrundlage des Rohausgleichs

einfließen (Nocker, Ausgleichsanspruch [2001] Rz 367-369). Hierbei ist entscheidend, dass in Lehre und Rechtsprechung als Basis für die Berechnung des Rohausgleichs auch deshalb auf das letzte Vertragsjahr - sofern dies aussagekräftig ist - zurückgegriffen wird, weil dieser Zeitraum Auskunft über den bestehenden Geschäftserfolg gibt und die Grundlage für die Prognose der künftigen Geschäftsentwicklung mit dem vom Handelsvertreter geschaffenen Kundenstamm darstellt. Der Geschäftsumfang und nicht die Provisionseinnahmen ist die maßgebende Grundlage für die zu erwartenden Vorteile des Unternehmers. Es kommt daher in erster Linie nicht auf den Provisionsumsatz, sondern auf die Entstehung der zumindest bedingten Provisionsansprüche innerhalb des letzten Vertragsjahres an. Deshalb sind Überhangprovisionen insoweit bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs zu berücksichtigen, als sie zunächst in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden. Der Provisionsverlust ist daraufhin unter Berücksichtigung der jährlich anzunehmenden Abwanderungsquote für den prognostizierten Zeitraum zu berechnen. Nach Abschluss der Berechnung ist jedoch der Betrag, der anfänglich bei der Berechnungsgrundlage als Überhangprovision eingestellt wurde, wieder abzuziehen, weil er an den Handelsvertreter ausbezahlt wird (Nocker aaO Rz 369, 477; Sellhorst, Überhangprovision bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters, BB 1997, 2019). Eine derartige Berücksichtigung der Überhangprovision des letzten Geschäftsjahrs hat allerdings zur Konsequenz, dass Provisionen für Umsätze aus Lieferungen, die auf Geschäftsabschlüsse des vorletzten Geschäftsjahrs zurückzuführen sind, vorweg von den im letzten Geschäftsjahr erzielten Provisionen abzuziehen sind, weil sie ansonsten die Bemessungsgrundlage zugunsten des Handelsvertreters verfälschen würden. Ob derartige Ansätze in dem vom Erstgericht festgestellten oder in dem von der Beklagten in ihrer Berufung zugestandenen Gesamtumsatz des Jahres 1999 enthalten sind, blieb bisher ungeprüft. Bei der vorläufig aufgrund der Berufungsausführungen der Beklagten vorzunehmenden Berechnung kann nur der von ihr zugestandene Betrag von 5.727.287,27 S plus 1.800.000

S zugrunde gelegt werden.

### 3. Zur zu erwartenden Abwanderungsquote:

Entgegen der bis dahin in der deutschen Rechtsprechung und Lehre vertretenen Auffassung, dass auch die nach Beendigung des Vertrages bis zur Entscheidung (Schluss der Verhandlung) erster Instanz eingetretene tatsächliche Entwicklung der Geschäftsbeziehung zu berücksichtigen sei, hat der deutsche Bundesgerichtshof in einem in NJW 1998, 71 und BB 1997, 2607 veröffentlichten Urteil vom 6. 8. 1997 überzeugend dargelegt, dass die Prognose auf den Zeitpunkt der Beendigung des Handelsvertretervertrages abzustellen ist: Die tatsächliche Entwicklung der Verhältnisse während des Prognosezeitraumes könne in diesem Zusammenhang nur insoweit berücksichtigt werden, als sie im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung bereits abzusehen gewesen sei. Denn der Ausgleichsanspruch entstehe und werde fällig mit der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses. Grundlage seiner Berechnung könne somit nur eine zu diesem Zeitpunkt zu stellende Prognose sein, die sich als richtig oder unrichtig erweisen, aber nicht durch später eintretende Umstände ändern könne. Von unvorhergesehenen tatsächlichen Entwicklungen könne die Höhe des bereits entstandenen Anspruchs dagegen nicht mehr beeinflusst werden. Andernfalls müsste auch die eine oder die andere Partei Rückzahlungs- bzw. Nachzahlungsansprüche geltend machen können, falls sich die Prognose nachträglich als unzutreffend erweise. Diese Konsequenz werde indes allgemein abgelehnt. Folgend dieser überzeugenden Auffassung (der sich in Österreich auch Nocker aaO [2001] Rz 337 angeschlossen hat) sind daher ergänzende Feststellungen über die tatsächliche Entwicklung der Umsätze der Beklagten in der Zeit nach Beendigung der Geschäftsbeziehung mit dem Kläger entbehrlich. Insoweit ist die Vorgangsweise des Erstgerichtes zu billigen, das im konkreten Fall aus der Kunden- und Umsatzentwicklung während der Geschäftstätigkeit des Klägers auf eine zu erwartende 15 %ige Abwanderungsquote geschlossen hat. Warum diese Prognose wesentlich verfehlt sein sollte, konnten weder die Beklagte noch der Kläger darlegen. Die Beklagte legt vielmehr in der in ihrer Berufung angestellten Berechnung des Rohausgleiches selbst eine 15 %ige Abwanderungsquote (einschließlich einer in diesem Verfahren unstrittig gebliebenen Abzinsung von 5 %) jährlich zugrunde.

Ausgehend von einem ebenfalls von der Beklagten in Übereinstimmung mit dem Erstgericht angenommenen Beobachtungszeitraum von vier Jahren ergibt sich daher folgende vorläufige Berechnung:

Provision des Basisjahres 1999: 376.364,36 S

erstes Jahr:  $376.364,36 \text{ S} - 15 \% : 1,05 = 304.675,91 \text{ S}$

zweites Jahr:  $304.675,91 \text{ S} - 15 \% : 1,05 : 1,05 = 234.897,52 \text{ S}$

drittes Jahr:  $234.897,52 \text{ S} - 15 \% : 1,05 : 1,05 : 1,05 = 172.476,31 \text{ S}$

viertes Jahr: 172.476,32 S - 15 % : 1,05 : 1,05 : 1,05 : 1,05 =

120.612,19 S.

Dies ergibt für einen vierjährigen Beobachtungszeitraum eine Summe von 832.661,93 S (jeweils netto, also ohne Umsatzsteuer), das sind 60.511,90 EUR.

Beide Vorinstanzen haben übereinstimmend einen Abschlag von 11 % aus Billigkeitserwägungen im Sinn des § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG 1993 für angemessen erachtet und hiefür den Bekanntheitsgrad der Marke und die (geringfügige) Kostenersparnis des Klägers angeführt. Dass sich insbesondere die "Sogwirkung einer Marke" (vgl zum Begriff Nocker, Ausgleichsanspruch [2001] Rz 293) als anspruchsmindernder Faktor auswirken kann, ist in Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannt (4 Ob 54/02y mwN; Naderhirn, Ausgleichsanspruch des Tankstellenverwalters, RdW 2003, 102 [104]). Wie hoch der diesbezügliche Abschlag anzusetzen ist, bleibt letztlich dem richterlichen Ermessen überlassen. Eine zu beanstandende Überschreitung des Ermessensspielraumes durch die Vorinstanzen ist hier nicht zu erblicken. Mit dem Autohandel, bei dem sich die "Sogwirkung der Marke" besonders auswirkt, ist der Handel mit elektronischen Unterhaltungsgeräten nicht ohne weiteres zu vergleichen. Die Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufung, ein höherer Abzug sei auch deshalb gerechtfertigt, weil die Umsatzsteigerungen während der Geschäftstätigkeit des Klägers überwiegend darauf zurückzuführen seien, dass Kunden im Jahr 1995 wegen der Insolvenz des Großhändlers brach gelegen seien, betreffen die Frage der vom Kläger zugeführten Neukunden und intensivierten Altkunden, nicht aber die nach Berechnung des Rohausgleichs anzustellenden Billigkeitserwägungen. Beide Vorinstanzen haben übereinstimmend einen Abschlag von 11 % aus Billigkeitserwägungen im Sinn des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 3, HVertrG 1993 für angemessen erachtet und hiefür den Bekanntheitsgrad der Marke und die (geringfügige) Kostenersparnis des Klägers angeführt. Dass sich insbesondere die "Sogwirkung einer Marke" vergleiche zum Begriff Nocker, Ausgleichsanspruch [2001] Rz 293) als anspruchsmindernder Faktor auswirken kann, ist in Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannt (4 Ob 54/02y mwN; Naderhirn, Ausgleichsanspruch des Tankstellenverwalters, RdW 2003, 102 [104]). Wie hoch der diesbezügliche Abschlag anzusetzen ist, bleibt letztlich dem richterlichen Ermessen überlassen. Eine zu beanstandende Überschreitung des Ermessensspielraumes durch die Vorinstanzen ist hier nicht zu erblicken. Mit dem Autohandel, bei dem sich die "Sogwirkung der Marke" besonders auswirkt, ist der Handel mit elektronischen Unterhaltungsgeräten nicht ohne weiteres zu vergleichen. Die Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufung, ein höherer Abzug sei auch deshalb gerechtfertigt, weil die Umsatzsteigerungen während der Geschäftstätigkeit des Klägers überwiegend darauf zurückzuführen seien, dass Kunden im Jahr 1995 wegen der Insolvenz des Großhändlers brach gelegen seien, betreffen die Frage der vom Kläger zugeführten Neukunden und intensivierten Altkunden, nicht aber die nach Berechnung des Rohausgleichs anzustellenden Billigkeitserwägungen.

Nach Abzug eines Billigkeitsabschlages von 11 % verbleibt ein Betrag von 741.069,12 S = (gerundet) 53.856 EUR, der dem Kläger jedenfalls als Ausgleichsanspruch zusteht und schon aufgrund der insoweit unstrittigen Sachverhaltsgrundlage samt den ebenfalls unstrittigen Verzugszinsen zuzerkennen ist. Die in § 24 Abs 4 HVertrG 1993 festgelegte Höchstgrenze für den Ausgleichsanspruch, die mit 1.762.100,60 S (128.056,84 EUR) außer Streit steht, wird damit jedenfalls nicht überschritten. Nach Abzug eines Billigkeitsabschlages von 11 % verbleibt ein Betrag von 741.069,12 S = (gerundet) 53.856 EUR, der dem Kläger jedenfalls als Ausgleichsanspruch zusteht und schon aufgrund der insoweit unstrittigen Sachverhaltsgrundlage samt den ebenfalls unstrittigen Verzugszinsen zuzerkennen ist. Die in Paragraph 24, Absatz 4, HVertrG 1993 festgelegte Höchstgrenze für den Ausgleichsanspruch, die mit 1.762.100,60 S (128.056,84 EUR) außer Streit steht, wird damit jedenfalls nicht überschritten.

Insoweit ist daher in teilweiser Stattgebung des Rekurses die Fällung eines Teilurteiles möglich (§ 519 Abs 2 letzter Satz ZPO iVm § 391 Abs 1 ZPO). Insoweit ist daher in teilweiser Stattgebung des Rekurses die Fällung eines Teilurteiles möglich (Paragraph 519, Absatz 2, letzter Satz ZPO in Verbindung mit Paragraph 391, Absatz eins, ZPO).

Das darüber hinausgehende strittige Klagebegehren ist jedoch entgegen der Ansicht des Klägers mangels ausreichender Sachverhaltsgrundlage noch nicht spruchreif. Seine Ausführungen im Rekurs, die Beklagte habe bereits im Verfahren erster Instanz Neukundenprovisionen von 239.964,40 S und Provisionen betreffend intensivierte Altkunden von 478.062,15 S je zuzüglich 20% Umsatzsteuer zugestanden, sind unrichtig. Vielmehr wollte die Beklagte nur zum Ausdruck bringen, dass selbst bei Richtigkeit der vom Kläger angeführten Kunden und Umsatzzahlen höchstens diese Beträge zugrunde zu legen seien. Die Beklagte hat aber das Begehren im Verfahren erster Instanz der Höhe nach zur Gänze bestritten und zu den vom Kläger errechneten Zahlen erklärt, diese seien insgesamt nicht

nachvollziehbar. Das Berufungsgericht hat zu Recht darauf verwiesen, dass die Feststellungen des Erstgerichtes hinsichtlich der vom Kläger zugeführten Neukunden und intensivierten Altkunden und zur Frage, welche Kunden als Stammkunden zu werten sind, unvollständig und teilweise widersprüchlich sind, sodass sich wesentliche Bemessungsgrundlagen für die abschließende Rohausgleichsberechnung nicht mit hinreichender Deutlichkeit ableiten lassen. Maßgebend ist die Umsatzentwicklung jedes einzelnen Kunden, der für die Berechnung des Ausgleichs in Frage kommt und nicht bloß die Zahl dieser Kunden und die Umsatzsteigerungen insgesamt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Neukunden jedenfalls diejenigen Kunden sind, mit denen der Unternehmer zu Beginn des Handelsvertreterverhältnisses noch nicht in Geschäftsbeziehung gestanden ist. Auch Unternehmer, die ein bereits bestehendes Unternehmen von einem Rechtsvorgänger übernommen haben, sind daher als Neukunden zu qualifizieren, nicht aber Kunden, die weitere Filialen eröffnet haben (bei ihnen kommt aber eine wesentliche Erweiterung der Geschäftsbeziehungen in Betracht). Zu den neuen Kunden zählen zudem auch solche, deren frühere Geschäftsverbindung mit dem Unternehmer zum Erliegen gekommen ist. Dafür genügt es aber noch nicht, dass ein früherer Kunde lediglich längere Zeit keine Bestellung aufgegeben hat, etwa wegen der für den Geschäftsgang typischen längeren Bestellintervalle. Entscheidend ist, ob die Geschäftsverbindung abgebrochen worden und aufgrund der Initiative des Handelsvertreters oder zumindest durch sein Mitwirken wieder aufgenommen wurde (Nocker, Ausgleichsanspruch [2001], Rz 280, 281 mwN). Im vorliegenden Fall räumt die Beklagte selbst ein, dass der Umsatz mit Kleinkunden von 18 Mio S im Jahr 1994 auf 13 Mio S im Jahr 1995, und zwar wegen der Insolvenz des Großhändlers, gesunken ist. Dies spricht dafür, dass sich im Jahr 1995 tatsächlich Kunden von der Beklagten abgewendet haben und erst aufgrund des Geschicks des Klägers wieder gewonnen werden konnten. Im Allgemeinen wird aber ein Beobachtungszeitraum von bloß einem Jahr für die Beurteilung des Neukundenerwerbes nicht ausreichen. Für eine ausgleichspflichtige Neukundenwerbung genügt es auch nicht, dass der Handelsvertreter dem Unternehmer neue Kunden zugeführt hat. Aus der Anspruchsvoraussetzung, dass dem Unternehmer auch nach der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses erhebliche Vorteile erwachsen müssen, folgt, dass mit den neu zugeführten Kunden eine Geschäftsverbindung entstanden sein muss, wobei Geschäftsverbindung die Aussicht auf weitere Geschäftsabschlüsse innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes bedeutet (Nocker, aaO Rz 311). Die "Stammkundschaft" ist von der übrigen "unzuverlässigen, nicht zu erfassenden Kundschaft" abzugrenzen. Stammkunden sind Mehrfachkunden, das heißt diejenigen Kunden, die in einem überschaubaren Zeitraum, in dem üblicherweise mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben oder - bei Wirtschaftsgütern mit einem längeren Bestellintervall - auch Einmalkunden, von denen unter den gegebenen Umständen innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes nach Vertragsende Wiederholungskäufe zu erwarten sind (Naderhirn aaO mwN; BGH in NJW 1998, 71 [73]). Da die mit dem Unternehmer nach Auflösung des Vertragsverhältnisses verbleibenden Vorteile erheblich sein müssen, muss das mit den neuen Stammkunden und ebenso das mit den intensivierten Altkunden zu erwartende Geschäft einen gewissen Umfang und eine gewisse Beständigkeit aufweisen. Diese Voraussetzung hat das Erstgericht bei einigen Kunden, die der Kläger teils als Neukunden, teils als intensivierte Altkunden berücksichtigt haben wollte, offenbar als nicht gegeben erachtet. Aufgrund der unpräzisen Feststellungen lässt sich jedoch nicht überprüfen, bei welchen Kunden mit welchen Umsätzen keine Stammkundeneigenschaft im aufgezeigten Sinn vorliegt. Ist allerdings die Stammkundeneigenschaft zu bejahen, ist - entgegen der Ansicht des Erstgerichtes - auch bereits eine Umsatzsteigerung von etwa 100 % im letzten Geschäftsjahr zu berücksichtigen. Die Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen trifft grundsätzlich den Handelsvertreter (6 Ob 260/00d), der daher auch die entsprechende Intensivierung der Altkunden nachzuweisen hat.

Die Ansicht des Berufung

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>