
Datum: 31.05.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 148/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0531.18U148.05.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 22 O 204/00

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung seines Rechtsmittels im Übrigen das am 29. August 2002 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster – 22 O 205/00 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 17.221,17 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % p.a. seit dem 01.02.1995 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich des Revisionsverfahrens VIII ZR 335/04 Bundesgerichtshof tragen zu 89 % der Kläger und zu 11 % der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung der Gegenpartei jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Das Urteil beschwert beide Parteien mit mehr als 20.000 €.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

Der Kläger begehrt von dem Beklagten die Zahlung eines restlichen Ausgleichsanspruchs nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses der Parteien. 2

I. 3

Der Kläger war aufgrund eines Agenturvertrages vom 11.10.1990 (K 1, GA I 22 – 25) in der Zeit vom 01.10.1990 bis zum 31.01.1995 in der Funktion eines sogenannten Vertrauensmannes als selbständiger Versicherungsvertreter für den Beklagten in S/Brandenburg tätig. Der nach Kündigung des Beklagten vom 12.12.1994 zum 31.03.1995 (K 2, GA I 26) mit Wirkung zum 31.01.1995 einvernehmlich aufgehobene Agenturvertrag enthält zu den Provisionsansprüchen des Klägers sowie seinen Ansprüchen nach Vertragsbeendigung u.a. folgende Regelungen: 4

„IV. Vergütung des Vertrauensmannes 5

Für seine Tätigkeit nach Ziffer II. erhält der VM Provisionen, die sich grundsätzlich aus allen von ihm vermittelten oder ihm übertragenen Versicherungen errechnen. Einzelheiten über die Vergütung der Provision sind in den Provisionsbestimmungen aufgeführt. (...) 6

IX. Ansprüche des Vertrauensmannes nach Beendigung des Vertragsverhältnisses 7

1. Mit Beendigung des Vertragsverhältnisses erlischt jeder Anspruch des VM gegen den [Beklagten] auf jegliche Provisionen und Vergütungen mit Ausnahme der noch fällig werdenden Abschlußprovisionen aus eingereichten, aber noch nicht dokumentierten Anträgen. 8

2. Ein dem VM nach Beendigung des Vertragsverhältnisses gemäß § 89 b HGB zustehender Ausgleichsanspruch wird durch die vorstehende Bestimmung nicht berührt. Die vertragsschließenden Parteien sind sich darüber einig, daß der Ausgleichsanspruch in der Höhe entsteht, wie er sich aufgrund der vom Gesamtverband der Versicherungswirtschaft e.V. und den Versicherungsvermittlerverbänden erarbeiteten „Grundsätze zur Errechnung der Höhe des Ausgleichsanspruches“ (§ 89 b HGB) ergibt.“ 9

Die Provisionsvereinbarungen zu dem Agenturvertrag (K 15, GA I 226 ff.) sehen mit wenigen Ausnahmen für die Sachversicherungen wie Allgemeine Haftpflicht-, Rechtsschutz-, Unfallversicherung etc. zunächst die Zahlung einer von der Dauer des vermittelten Vertrages abhängigen Abschlussprovision vor, die sich aus dem Jahresnettobeitrag bzw. bei wesentlichen Vertragserweiterungen aus dem Jahresnettomehrbeitrag errechnet und unabhängig von der in dem Versicherungsvertrag vereinbarten Zahlungsweise dem Vertrauensmann bei Dokumentierung des Vertrages gutgeschrieben wird. Dabei ist zum Teil die Zahlung einer Abschlussprovision erst ab der Vermittlung eines Versicherungsvertrages mit einer vereinbarten Mindestlaufzeit des Versicherungsvertrages von fünf Jahren vorgesehen. Des Weiteren sehen sie für diese die Zahlung sogenannter „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ in – nach Versicherungsart – teils unterschiedlicher, jedoch gleichbleibender Höhe vor, wobei diese bereits für das erste Versicherungsjahr zu zahlen sind, sich aus dem jeweils fällig werdenden Nettobeitrag errechnen und verdient sind, sobald der Beitrag gezahlt ist, aus dem sich diese Provisionen errechnen. Nur zu einem geringen Teil sehen sie für bestimmte Sachversicherungen lediglich die Zahlung einer – stets gleichbleibenden - „Folgeprovision ab 1. Jahr“ ohne zusätzliche Zahlung einer Abschlussprovision vor. 10

Für die Vermittlung von Kfz-Versicherungen hingegen sehen sie keine Abschlussprovision, sondern nur die Zahlung einer unbenannten Provision in gleichbleibender Höhe vor.

Des Weiteren enthalten die Provisionsbestimmungen (GA I 229a) unter Ziffer II. u.a. folgende Regelungen: 12

„1. 13

Abschlußprovisionen werden nur zu Versicherungen gezahlt, mit deren Abschluß die [Beklagten]-Versicherungen ein neues, bei ihnen innerhalb des letzten Jahres seit Vertragsbeginn nicht versichertes Risiko (Neuversicherung) in Deckung nehmen. Dem Abschluß einer Neuversicherung wird eine mit einer Beitragserhöhung verbundene Vertragsneuordnung oder -ergänzung gleichgestellt. (...) 14

2. 15

Folgeprovisionen werden bereits für das erste Versicherungsjahr vergütet. Sie werden aus dem jeweils fälligen Nettobeitrag errechnet. Die Folgeprovision ist verdient, sobald der Beitrag bezahlt ist, aus dem sich die Provision errechnet 16

5. 17

Wird ein Versicherungsvertrag, aus dessen Jahresnettobeitrag bzw. -nettomehrbeitrag der VM eine Abschlußprovision erhalten hat, aufgehoben, bevor **mindestens ein voller Jahresbeitrag** bzw. Jahresmehrbeitrag bei den [Beklagten]-Versicherungen eingegangen ist, so wird das Konto des VM mit der **Abschlußprovision** belastet. Entsprechend wird verfahren, wenn sich Beiträge ermäßigen bzw. erstattet werden.“ 18

Für Lebensversicherungen erhielt der Kläger auch Dynamikprovisionen, deren Fortbezug nach Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien gleichfalls nach Ziffer IX. 1. des Agenturvertrages ausgeschlossen ist. 19

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Agenturvertrages nebst Provisionsbestimmungen wird auf die Anlagen K 1 (GA I 22) und K 15 (GA I 226 ff.) verwiesen. 20

Während der Zeit des Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten erhielt der Kläger von diesem von Oktober 1990 bis einschließlich Januar 1991 eine Abschlussprovisionsgarantie von monatlich 2.000 DM sowie eine Folgeprovisionsgarantie, die von Oktober 1990 bis einschließlich Juli 1992 monatlich 3.000 DM und von August 1992 bis Dezember 1993 monatlich 3.500 DM betrug (GA I 134). 21

Im Januar 1995 zahlte der Beklagte dem Kläger die für das gesamte Jahr 1995 zu dieser Zeit fällig gewordenen „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ und unbenannten Provisionen aus, wobei ein Gesamtbetrag von 27.770,70 DM auf den Zeitraum Februar bis einschließlich Dezember 1995 entfiel. Von diesen entfielen wiederum 3.228,40 DM auf „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ für vermittelte Sachversicherungen und weitere 24.542,30 DM auf unbenannte Provisionen für vermittelte Kfz-Versicherungen (GA I 136 f.). 22

Nach der von dem Beklagten ausgesprochenen Kündigung und noch vor der einvernehmlichen Vertragsaufhebung meldete der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 02.01.1995 (Anlageband [AB] 2) einen Ausgleichsanspruch an und forderte den Beklagten unter Bezugnahme auf Ziffer VIII des Agenturvertrages auf, den Ausgleichsanspruch zu berechnen. Der Beklagte bezifferte den von ihm nach den vom Gesamtverband der 23

Versicherungswirtschaft e.V. und den Versicherungsvermittlerverbänden erarbeiteten „Grundsätze zur Errechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs (§ 89 b HGB)“ (im Weiteren: „Grundsätze“) ermittelten Ausgleichsanspruch des Klägers mit Schreiben vom 09.02.1995 mit 20.296,11 DM und kündigte dessen Zahlung nach Rücksendung einer vom Kläger unterzeichneten, zugleich übermittelten Abfindungserklärung an, der zufolge mit der Zahlung sämtliche Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten abgegolten sein sollten (AB 2). Diese unterschrieb der Kläger nicht und sandte sie auch nicht zurück, sondern erwiderte vielmehr fünf Monate später mit Schreiben vom 07.07.1995, eine von ihm vorgenommene Überprüfung habe ergeben, dass die Berechnung nach den „Grundsätzen“ zum Teil nicht richtig erfolgt sei. Er unterbreitete den Vorschlag einer Einigung auf einen Betrag von 35.000 DM und bot weiter an, mit einer zusätzlichen Zahlung von 15.000 DM sollten auch weitere von ihm geltend gemachte Ansprüche mit abgegolten sein (AB 2). Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.09.1995 führte er sodann an, er vermöge den Verträgen der Parteien eine Vereinbarung der Art der von dem Beklagten vorgenommenen Berechnung nicht zu entnehmen. Die von ihm daher nach § 89 b HGB vorgenommene Berechnung ergebe den deutlich höheren Betrag von 50.000 DM. Im Übrigen sei auch der von dem Beklagten nach den „Grundsätzen“ ermittelte Betrag nicht zutreffend, vielmehr dürfte der sich auf 25.474,92 DM belaufen, womit sich auch der nach § 89 b HGB zu errechnende Betrag noch einmal erhöhe. Er bat nunmehr um Rückäußerung hinsichtlich des Vergleichsvorschlages vom 07.07.1995 (AB 2). Hierauf erwiderte der Beklagte mit Schreiben vom 18.12.1995, dem Kläger stehe ein über den nach den „Grundsätzen“ hinausgehender Ausgleichsanspruch nicht zu und die vom Kläger insoweit vorgenommene Berechnung sei unzutreffend. Der Kläger möge bei seinen Überlegungen berücksichtigen, dass eine Berechnung des Anspruchs nach § 89 b HGB hochgradig kompliziert sei und eine gerichtliche Auseinandersetzungen für den klagenden Versicherungsvertreter erfahrungsgemäß außer unnötigen Kosten keine Vorteile mit sich bringe (AB 2). Der Kläger verwies nochmals mit anwaltlichem Schreiben vom 27.02.1996 unter Hinweis auf § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB darauf, dass eine wirksame Vereinbarung einer Abrechnung nach den „Grundsätzen“ nicht vorliege. Des Weiteren forderte er den Beklagten auf, zur Klaglosstellung insoweit zumindest die Beträge zu zahlen, die er nach seiner eigenen Auffassung ohne weiteres anerkenne (AB 2).

Daraufhin überwies der Beklagte am 26.03.1996 an den Kläger den von ihm – dem Beklagten – ermittelten Ausgleichsbetrag in Höhe von 20.296,11 DM. 24

Knapp drei Jahre später teilte der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 16.12.1999 dem Beklagten mit, den Ausgleichsanspruch überprüfen zu wollen (K 31, GA II 563). Auf seine Bitte hin erklärte der Beklagte insoweit mit Schreiben vom 29.12.1999 und 14.06.2000 (K 3 + 32 bzw. K 5 + 33, GA I 27 + II 565 bzw. GA I 42 + II 566) einen letztlich bis zum 31.12.2000 befristeten Verzicht auf die Einrede der Verjährung. Den zwischenzeitlich mit anwaltlichem Schreiben des Klägers vom 28.02.2000 geltend gemachten Ausgleichsanspruch in Höhe von 270.747,16 DM (K 4, GA I 28 ff.) wies der Beklagte mit Schreiben vom 24.08.2000 (K 34, GA II 567 f.) als wesentlich überhöht, unzutreffend berechnet sowie auch unter Hinweis auf eine Vereinbarung einer Abrechnung nach den „Grundsätzen“ zurück (K 6, GA II 568 f.). 25

Mit seiner Ende Dezember 2000 bei Gericht eingegangenen Klage begehrt der Kläger von dem Beklagten die Zahlung eines restlichen, nach § 89 b HGB berechneten Ausgleichsanspruchs in Höhe von 281.941,13 DM (144.154,21 €) nebst Verzugszinsen. 26

Er hat gemeint, die in Ziffer IX.2 des Agenturvertrages enthaltene Vereinbarung der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ hindere ihn nicht an der Geltendmachung eines nach § 89 b HGB berechneten Ausgleichsanspruchs, da diese 27

Vereinbarung nach § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB unwirksam sei (GA I 4).

Die Geltendmachung des Anspruchs sei auch nicht nach § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB 28
ausgeschlossen, da er den Ausgleichsanspruch bereits mit Schreiben vom 02.01.1995
erstmalig geltend gemacht habe. Jedenfalls aber sei eine Berufung des Beklagten auf die
Ausschlussfrist im Hinblick auf den von ihm mehrfach erklärten Verzicht auf die Erhebung der
Einrede der Verjährung rechtsmissbräuchlich (GA II 559).

Ebenso könne sich der Beklagte auch nicht auf eine Verwirkung dieses Anspruchs berufen. 29
Es fehle insoweit angesichts dessen, dass er die von dem Beklagten vorgelegte
Abfindungserklärung (K 35, GA II 569) nicht unterzeichnet habe, schon an einem
Vertrauenstatbestand (GA II 561). Jedenfalls aber habe der Beklagte auch nicht dargelegt, im
Hinblick auf sein vorgebliches Vertrauen entsprechende Dispositionen getroffen zu haben
(GA II 560).

Der somit nicht ausgeschlossene und nach § 89 b HGB zu berechnende Ausgleichsanspruch 30
betrage, so hat der Kläger behauptet, 323.601,31 DM (GA I 181), so dass nach Abzug der
gezahlten 20.296,11 DM noch 303.305,20 DM verblieben.

Die Höchstgrenze des Anspruchs betrage gemäß § 89 b Abs. 5 Satz 2 HGB 323.601, 31 DM 31
(GA I 181). Nach den von dem Beklagten selbst vorgelegten Verdienstbescheinigungen (A
13, AB 1) habe der Kläger in dem Zeitraum von Oktober 1990 bis einschließlich März 1995
insgesamt 485.401,97 DM und damit durchschnittlich jährlich 107.867,10 DM verdient. Soweit
der Beklagte demgegenüber lediglich die gezahlten Provisionen zugrunde lege, sei dies – so
hat der Kläger gemeint – unzutreffend, da bei der Berechnung des Höchstbetrages alle
Vergütungen einzubeziehen seien (GA I 181).

Diese Höchstgrenze sei vorliegend maßgeblich, da der nach § 89 b Abs. 1 HGB zu 32
ermittelnde Rohausgleich diese überschreite. Er betrage nämlich, so hat der Kläger zunächst
behauptet, für die Sachversicherungen 159.431 DM und für die Kfz-Versicherungen 221.118
DM (GA I 16). Nach Abzinsung nach Gillardon mit einem Abzinsungsfaktor von 4 % p.a. (GA I
16) verblieben hinsichtlich dieser Versicherungen somit zusammen 316.483,37 DM (GA I 17).
Hinzu kämen abgezinste Provisionsverluste hinsichtlich der dem Kläger aus
Lebensversicherungen entgehenden Dynamikprovisionen in Höhe weiterer 17.613,65 DM
(GA I 19), so dass die prognostizierten Provisionsverluste des Klägers insgesamt sich auf
334.097,02 DM beliefen (GA I 20). Diesen angegebenen Werten hat der Kläger folgende
Prämissen zugrunde gelegt:

1. Sachversicherungen und Kfz-Versicherungen 33

Der Kläger hat behauptet, die „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ und die unbenannten 34
Provisionen hätten – auch in den Fällen, in denen zusätzlich eine Abschlussprovision gezahlt
worden sei – einen Anteil von Vermittlungsprovisionen in Höhe von 95 % enthalten. Insoweit
hat er gemeint, ihm stehe diesbezüglich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
gemäß § 315 BGB ein Leistungsbestimmungsrecht zu, da der Agenturvertrag der Parteien
selbst keine Angaben darüber enthalte, inwieweit diese Provisionen auf die von ihm
ausgeübte vermittelnde Tätigkeit und inwieweit sie auf eine verwaltende Tätigkeit entfielen
(GA II 316). Jedenfalls aber dürfe er insoweit aufgrund der fehlenden Bestimmung in dem
Agenturvertrag einen Anteil von 95 % Abschlussprovision behaupten, und sei es dann Sache
des Beklagten, diesen Vortrag zu widerlegen.

Tatsächlich sei, so hat der Kläger weiter behauptet, in diesen Provisionen auch eine Vergütung für den Abschluss von Versicherungsverträgen in Höhe von zumindest 95 % enthalten.

Dies ergebe sich zunächst aus Ziffer II des Agenturvertrages, der die ihm vertraglich obliegenden Aufgaben beschreibe. Mit Ausnahme dessen Nummer 5 handele es sich nämlich sämtlich um Tätigkeiten mit werbenden Charakter, die letztlich der Gewinnung oder Erhaltung von Versicherungsverträgen und mithin der Steigerung des Umsatzes des Beklagten dienten. Alle solche werbenden Tätigkeiten, zu denen z.B. auch das Sauberhalten des Versicherungsbüros gehörten (GA II 531), würden mit der Folgeprovision abgegolten. Da diese Tätigkeiten zumindest 95 % der Arbeit des Versicherungsvermittlers ausmachten, stellten die Folgeprovisionen zumindest in dieser Höhe eine Vergütung für die Vermittlungstätigkeit dar. 36

Demgegenüber vermöge der Beklagte auch nicht mit Erfolg auf eine von ihm erstellte Zeitanalyse zu verweisen. Denn abgesehen davon, dass deren Richtigkeit bestritten werde, sei sie jedenfalls hinsichtlich der vom Kläger betriebenen Agentur nicht zutreffend (GA II 523). So berücksichtige sie schon nicht, dass er keinen Versicherungsbestand übernommen und mithin insbesondere zu Beginn seiner Tätigkeit für den Beklagten praktisch ausschließlich vermittelnde Leistungen erbracht habe. Weiter ließe sie auch unberücksichtigt, dass der Kläger in einer Kreisstadt in ländlicher Umgebung tätig geworden sei, so dass tatsächlich erheblich mehr Zeiten für die Fahrten zu den Kunden erforderlich gewesen und auch angefallen seien, als sie in der Zeitanalyse zugrunde gelegt würden (GA II 524). Überdies könne die Zeitanalyse aber auch deshalb nicht maßgeblich sein, da sich aus dem Agenturvertrag nicht ergebe, dass die Provisionen nach dem Zeitanteil der Tätigkeit des Versicherungsvermittlers zu bestimmen seien. Der Kläger habe kein Zeithonorar erhalten (GA II 523 + 532). 37

Weiter spreche für die Richtigkeit der klägerischen Behauptung aber auch, so hat der Kläger gemeint, die begriffliche Verwendung der Folgeprovision. Denn diese beinhalte ein Indizmerkmal, dass die mit der Verlängerung des Versicherungsvertrages begehrte Folgeprovision den Charakter der erstjährigen Vermittlungsprovision teile (GA I 162). 38

Gleichfalls ergebe sich dies daraus, dass die Folgeprovisionen nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien erfolgsbezogen vergütet werden, da sie erst nach Zahlung der Versicherungsprämie durch den Kunden verdient und gemäß Ziffer II. 6 der Provisionsbestimmungen (GA I 229 a) zurückzuzahlen seien, sofern Versicherungsprämien von dem Beklagten rückzuvergüten seien (GA I 164 f.). Denn der maßgebliche Unterschied zwischen Vermittlungs- und Verwaltungsprovisionen bestehe darin, dass die Vermittlungsprovision erfolgsbedingt, die Verwaltungsprovision hingegen nur von der erbrachten Tätigkeit abhängig sei (GA I 165). 39

Auch aus § 87 b III 2 2. HS HGB ergebe sich dies. Diese Vorschrift sei nämlich die Grundlage für die Provisionspflicht im Falle der Verlängerung von Versicherungsverträgen. Daraus folge sodann, dass es sich bei diesen Provisionen um weitere Vermittlungsprovisionen handele (GA I 162 f.). Denn das Gesetz unterscheide damit eindeutig zwischen dem Anspruch auf Provision für die erstmalige Vertragsperiode bis zum nächst möglichen ordentlichen Kündigungstermin und dem Anspruch aus weiteren Vertragsperioden (GA II 407). 40

Schließlich spreche für eine solche Beurteilung auch die steuerrechtliche Wertung der Vergütungen. 41

Dass die Folgeprovision bereits im ersten Vertragsjahr zu zahlen sei, stehe dem hingegen nicht entgegen. Denn damit werde lediglich eine höhere Vergütung gezahlt, wenn der Versicherungsnehmer für eine längere als einjährige Versicherungsperiode gebunden worden sei (GA II 317).

2. Sachversicherungen 43

Der Kläger, der in dem Vertragszeitraum – unstreitig – die in der Anlage K 7 (GA I 45 ff.) aufgeführten Sachversicherungsverträge dem Beklagten vermittelt und im letzten Vertragsjahr (von Februar 1994 bis einschließlich Januar 1995) – ebenso unstreitig (GA I 107 und I 174 sowie A 7) – für diese Folgeprovisionen in Höhe von 21.382,78 DM erhalten hat, hat behauptet, aus einem von ihm vorgenommenen Vergleich (K 9, GA I 71 ff.) ergebe sich, dass von den von ihm 1991 vermittelten 119 Versicherungsverträgen 1994 noch 84 bestanden hätten (GA I 14). Die auf diese Verträge bezogenen Provisionen hätten 1991 insgesamt 28.103,27 DM betragen, 1994 insgesamt 26.298,38 DM. Demnach ergebe sich bei den Sachversicherungen eine jährliche Abwanderungsquote von 10,96 % gemessen an der Anzahl der Verträge und von 1,84 % gemessen an der Jahresprämie, so dass die durchschnittliche maßgebliche Abwanderungsquote hier mit 6,4 % zu bemessen sei (GA I 15).

Unter Berücksichtigung dessen sei für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs ein Prognosezeitraum von 15 Jahren anzusetzen (GA I 16). 45

Denn die Abwanderung sei degressiv zu berechnen, da die Abwanderungsquote laufend größer werde, wenn man nicht immer gleich bleibend vom Ergebnis des Vorjahres den Abzug vornehmen würde (GA I 178). 46

Selbst wenn man aber die von dem Beklagten angeführten Zahlen (A 10, AB 1) betreffend die Sachversicherungen zugrunde legen würde, wonach von den im Januar 1995 noch bestehenden 119 vom Kläger vermittelten Sachversicherungsverträgen im Februar 2001 insgesamt 73 storniert seien (vgl. GA I 122), ergebe sich eine jährliche Abwanderungsquote von etwa 6,4 %, da nach 10 Jahren immerhin ja noch 39 % der Verträge vorhanden gewesen seien (GA I 176). 47

3. Kfz-Versicherungen 48

Hinsichtlich der von ihm in dem Vertragszeitraum – unstreitig – dem Beklagten vermittelten, in der Anlage K 8 (GA I 58 ff.) aufgeführten Kfz-Versicherungsverträge, für die er im letzten Vertragsjahr (von Februar 1994 bis einschließlich Januar 1995) – ebenso unstreitig (GA I 107 und I 174 sowie A 7) – unbenannte Provisionen in Höhe von 39.590,40 DM erhalten hat, hat der Kläger behauptet, aus einem von ihm vorgenommenen Vergleich (K 10, GA I 75 ff.) ergebe sich, dass von den von ihm 1991 vermittelten 475 Versicherungsverträgen 1994 noch 215 bestanden hätten (K 8 GA I 86). Die auf diese Verträge bezogenen Provisionen hätten 1991 insgesamt 129.507,13 DM betragen, 1994 insgesamt 134.701,32 DM (K 8 GA I 86). Demnach ergebe sich bei den Kfz-Versicherungen eine jährliche Abwanderungsquote von 23 % gemessen an der Anzahl der Verträge, während hinsichtlich der Jahresprämie sogar ein durchschnittlicher jährlicher Anstieg von 1,72 % zu verzeichnen sei. Hieraus ergebe sich eine durchschnittliche maßgebliche Abwanderungsquote 10,64 % (GA I 15). 49

Unter Berücksichtigung dessen sowie einer vorzunehmenden degressiven Berechnung sei für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs ein Prognosezeitraum von 9 Jahren anzusetzen (GA I 16). 50

Soweit demgegenüber der Beklagte meine, er – der Kläger – habe zu Unrecht Fahrzeugwechsel oder Wiederinkraftsetzungen von Kfz-Versicherungsverträgen unberücksichtigt gelassen und sei so zu einer zu geringen Abwanderungsquote und einem zu langen Prognosezeitraum gelangt, sei seine – des Klägers – Berechnung zutreffend. Denn zwischen Versicherungsverträgen für ein altes und ein neues Fahrzeug bestehe ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang, da der „neue“ Vertrag demselben Versicherungsbedürfnis diene. Diese Fälle seien mithin nicht als stornierte Verträge anzusehen (GA I 177).	51
4. Lebensversicherungen / Dynamikerhöhungen	52
Den ihm vermeintlich zustehenden Ausgleichsanspruch hinsichtlich dynamischer Erhöhungen der Lebensversicherungen hat der Kläger zunächst – nach Abzinsung – mit 17.613,65 DM angegeben (GA I 19). Hierzu hat er – unbestritten – angeführt, in der Zeit 1991 bis einschließlich Januar 1995 seien Summenerhöhungen der Lebensversicherungen infolge Dynamik in Höhe von insgesamt 220.360 DM erfolgt, für die er 2,5 % Provisionen in Höhe insgesamt 5.509,02 DM erhalten habe (K 11, GA I 87 f.). Von diesen entfielen 3.731,18 DM auf das Jahr 1994 und weitere 92,83 DM auf Januar 1995. Dies ergebe eine durchschnittliche Dynamikprovision 1994/1995 (K 11, GA I 88) in Höhe von 3.529,85 DM (3.731,18 DM + 92,83 DM = 3.824,01 DM / 13 Monate x 12 Monate) (GA I 18).	53
Die Abwanderungsquote bei diesen Versicherungen sei, so hat der Kläger zunächst behauptet, mit 10,05 % zu bemessen. Die vom Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen für die Jahre 1992-1997 errechnete durchschnittliche Stornoquote von Lebensversicherungen betrage – unstreitig – 5,4 %. Auf diese sei der prozentuale Anteil der Fälle aufzuschlagen, in denen Versicherungsnehmer einer dynamischen Erhöhung widersprächen. Ausweislich der Anlage K 11 habe er – der Kläger – dem Beklagten 41 Lebensversicherungsverträge vermittelt, in denen in 86 Fällen Dynamikerhöhungen stattgefunden hätten, von denen wiederum 4 aufgrund von Widersprüchen der Versicherungsnehmer storniert worden seien. Dies entspreche einem Anteil von 4,65 %.	54
Hieraus ergebe sich sodann ein Prognosezeitraum von 10 Jahren (GA I 18 f.).	55
Nachdem der Beklagte darauf verwiesen hat, dass das Jahr 1994 ein Ausreißerjahr mit weit überdurchschnittlichen dynamischen Erhöhungen gewesen sei und daher nicht der Berechnung zugrunde gelegt werden könne (GA I 120), hat der Kläger dies zugestanden (GA I 175) und eine Neuberechnung vorgenommen:	56
Er hat nunmehr gemeint, ausgehend von den vom Beklagten angeführten Zahlen (GA I 121) betrage der jährliche Dynamiksatzz bei Außerachtlassung des Jahres 1994 durchschnittlich 6,5 % (GA I 175). Folglich sei der von ihm – dem Kläger – ermittelte Wert der durchschnittlichen Dynamikprovision 1994/1995 in Höhe von 3.529,85 DM um den Wert 15,8 (der Prozentsatz, in dem 1994 Dynamikerhöhungen eingetreten sind) zu dividieren und anschließend mit dem Faktor 6,51 (dem durchschnittlichen Zinssatz von dynamischen Erhöhungen) zu multiplizieren. Dies ergebe einen (neuen) Basisbetrag von 1.389,17 DM.	57
Soweit der Beklagte hingegen meine, das Jahr 1994 könne der Berechnung gar nicht zugrunde gelegt werden, verkenne dieser, dass das letzte Vertragsjahr für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs maßgeblich sei (GA I 175 f.).	58
Unter Berücksichtigung der von dem Beklagten vorgelegten Anlage 9 (AB 1) sei von einem durchschnittlichen jährlichen Dynamikwiderspruch von 10 % auszugehen. Rechne man zu dieser die durchschnittliche jährliche Stornoquote im Bereich von Lebensversicherungen von	59

5,5 % hinzu, ergebe sich mithin eine Abwanderungsquote von 15,5 % und folglich ein Prognosezeitraum von 6 Jahren (GA I 175).

Unter Berücksichtigung dieser Werte ergebe sich – bei einem Abzinsungsfaktor von 4 % - mithin ein prognostizierter Provisionsverlust aus den Lebensversicherungen in Höhe von 4.266,92 DM (GA I 175 mit Tabelle).

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 144.154,21 € nebst 5 % Zinsen sei dem 01.02.1995 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat gemeint, ein Anspruch nach der Berechnung gemäß § 89 b HGB stehe dem Kläger schon dem Grunde nach nicht zu.

Er sei schon aufgrund der Vereinbarungen in Ziffer IX.2 des Agenturvertrages (GA I 25) ausgeschlossen, wonach die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ zu erfolgen habe. Diese Abrechnung ergebe gemäß seiner – neuen – Berechnung (A 24, GA II 371 f.) einen Betrag von 20.830,30 DM (GA II 355).

Die Vereinbarung einer Abrechnung nach den „Grundsätzen“ sei auch wirksam. Denn mit ihr werde der Anspruch nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr nur eine nähere inhaltliche Bestimmung der Berechnungsmethode des Ausgleichsanspruchs innerhalb des gesetzlichen Rahmens vorgenommen (GA I 99 f.), die auch keine Nachteile für den Versicherungsvertreter beinhalte (GA I 101).

Zumindest aber seien die „Grundsätze“ als Handelsbrauch maßgeblich (GA I 101) und gebiete auch der Grundsatz der Gleichbehandlung ihre Anwendung (GA I 104).

Des Weiteren sei die Geltendmachung des Anspruchs aber auch nach § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB ausgeschlossen. Die in dieser Vorschrift geregelte einjährige Ausschlussfrist habe der Kläger nicht eingehalten. Zwar habe dieser am 02.01.1995 den Ausgleichsanspruch geltend gemacht und damit zunächst die Ausschlussfrist gewahrt. Indes habe sich der Beklagte mit Schreiben vom 20.03.1996 auf die Vereinbarung der „Grundsätze“ berufen und am 26.03.1996 den danach (zunächst) ermittelten Betrag überwiesen. Mit der daraufhin erfolgten vorbehaltlosen Annahme dieses Betrages durch den Kläger sei die Anmeldung des Ausgleichsanspruchs vom 02.01.1995 „verbraucht“ gewesen. Da der Kläger anschließend erstmals mit Schreiben vom 16.12.1999 wieder den Ausgleichsanspruch geltend gemacht habe, habe er die Einjahresfrist nicht eingehalten (GA II 486).

Schließlich sei der Anspruch aber jedenfalls aufgrund des zuvor dargestellten zeitlichen Ablaufs verwirkt. Er – der Beklagte – habe aufgrund der vorbehaltlosen Entgegennahme seiner Zahlung sowie dessen, dass der Kläger sodann mehr als drei Jahre auf diesen Anspruch nicht mehr zurückgekommen sei, darauf vertraut, dass der Kläger ihn auch nicht mehr geltend machen werde (GA II 486 f.).

Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch sei, so hat der Beklagte behauptet, aber auch der Höhe nach nicht gegeben.

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

Unrichtig sei bereits die vom Kläger angegebene Höchstgrenze nach § 89 b Abs. 5 Satz 3 HGB. Ausweislich der Verdienstbescheinigungen (A 13, AB 1) habe der Kläger lediglich durchschnittliche jährliche Provisionseinnahmen von 65.358,26 DM erzielt (GA I 132).	
Aber auch den Ausgleichsanspruch nach § 89 b Abs. 1 HGB habe der Kläger unzutreffend ermittelt.	73
Zunächst sei – allgemein – die Berechnung der Abwanderung nicht degressiv, sondern linear vorzunehmen (GA I 130). Des Weiteren sei sie entgegen der Berechnung des Klägers nicht (auch) anhand der Anzahl der Verträge, sondern ausschließlich mittels des Umsatzes zu bestimmen (GA I 127).	74
Ferner habe der Kläger bei dem von ihm zugrunde gelegten Prognosezeitraum fehlerhaft auf den Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien statt auf die Zeitpunkte der Abschlüsse der Versicherungsverträge abgestellt, was dazu führe, dass nach seiner Berechnung alle Versicherungsverträge unabhängig vom Zeitpunkt ihres jeweiligen Abschlusses noch dieselbe Restlaufzeit aufwiesen (GA I 122 + I 126). Schließlich sei bei der Abzinsung nicht ein Faktor von 4 %, sondern von 5,5 % zugrunde zu legen (GA I 133).	75
Unrichtig seien aber auch die weiteren vom Kläger zugrunde gelegten Berechnungsfaktoren.	76
1. Sachversicherungen + Kfz-Versicherungen	77
Entgegen der Behauptung des Klägers enthielten die „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ keine Abschlussvergütung von 95 %.	78
Unrichtig sei schon, dass die in Ziffer II des Agenturvertrages beschriebenen Aufgaben des Klägers im Wesentlichen Vermittlungstätigkeiten enthielten. Bei ihnen handele es sich vielmehr gegenteilig überwiegend, nämlich zu 80 % (GA I 116) um bestandserhaltende verwaltende Tätigkeiten (siehe auch GA II 475 ff.).	79
Soweit der Kläger diesbezüglich auf die „Erfolgsabhängigkeit“ der Folgeprovisionen verweise, verkenne er, dass diese Provisionen ohne weiteres Zutun des Versicherungsvermittlers gezahlt würden (GA I 268).	80
Vielmehr sei es so, dass dem Kläger im Bereich der <u>Sachversicherungen</u> überhaupt keine Provisionen entgingen, da die vermittelnde Tätigkeit bei ihnen bereits mit der Abschlussprovision abgegolten worden sei (GA I 111). Mit den Folgeprovisionen habe hier der Beklagte (lediglich) die vom Versicherungsvermittler zu erbringende verwaltende Tätigkeit abgelden wollen (GA II 469). Dies ergebe sich schon daraus, dass eine erhöhte Abschlussprovision und die Folgeprovision schon im 1. Versicherungsjahr gezahlt worden sei. Weiter entspreche dem auch die Verrechnung der dem Kläger gewährten Abschlussprovisionsgarantie von monatlich 2.000 DM, die vereinbarungsgemäß nur mit den verdienten Provisionen verrechnet worden sei, die ausdrücklich als Abschlussprovisionen bezeichnet worden seien. Gleiches gelte hinsichtlich der Provisionshaftungen im Sachversicherungsbereich (GA II 470). Auch aus Ziffer II.1. der Provisionsvereinbarungen der Parteien (GA II 229 a) ergebe sich dies. Denn das dort für die Zahlung einer Abschlussprovision aufgestellte Erfordernis der Neuversicherung eines Risikos sei nicht Voraussetzung für die Zahlung einer Folgeprovision gewesen. Folglich könnten Abschlussprovisionsanteile in den Folgeprovisionen nicht enthalten gewesen sein (GA II 471). Grundlage der Zahlungen der Folgeprovisionen im Sachversicherungsbereich sei vielmehr der dort aufgrund von Beitragsänderungen, Änderungen der versicherten Risiken,	81

Schadenhäufigkeit, Kündigungsrechte des Versicherungsnehmers etc. bestehende
Betreuungsbedarf (GA II 471).

Im Bereich der Kfz-Versicherungen hingegen, in dem keine Abschlussprovision, sondern 82
laufend gleichbleibende unbenannte Provisionen vereinbart und gezahlt worden seien, seien
in den laufenden Provisionen grundsätzlich anteilig Abschlussvergütungen enthalten und
müssten es auch sein (GA I 112). Denn bei diesen Versicherungen handele es sich um wenig
bestandsfeste Verträge mit relativ hohen und unkalkulierbaren Risiken, weshalb der
Versicherer die Provisionsbelastung auf die gesamte Vertragsdauer verteilen müsse (GA I
112). Indes betrügen die Anteile der Abschlussvergütungen in diesen Provisionen
keineswegs 95 %.

Der Kläger verkenne, dass mit den Folgeprovisionen in beiden Versicherungsbereichen seine 83
Bestandspflege Tätigkeit abgegolten worden sei, wie die Mitwirkung bei der
Schadensaufstellung und -regulierung, Beratung des Kunden bezüglich neuer Tarife und
Rabatte, insbesondere bei Kfz-Versicherungen, das Anhalten säumiger Kunden zur Zahlung
etc.. Ein erheblicher Anteil der Tätigkeit eines Versicherungsvermittlers entfiel nämlich auf
die Bestandspflege, wie eine von dem Beklagten unabhängig vom vorliegenden Rechtsstreit
mithilfe von 13 Agenturen mit insgesamt 33 Mitarbeitern etwa 2001 erstellte Zeitanalyse (A
25, GA II 490-493) belege, deren Ergebnis repräsentativ sei (GA II 462-467). Selbst aus dem
daraus sich ergebenden prozentualen Anteil der verwaltenden und der vermittelnden
Tätigkeit ergebe sich indes noch nicht die Aufteilung der Provisionen. Denn bei dieser sei
auch noch die Zahlung der erhöhten Abschlussprovision zu berücksichtigen, womit die
vermittelnde Tätigkeit dort, wo diese Provision gezahlt werde, abgegolten sei. Etwas anderes
gelte allein bei den Kfz-Versicherungen, bei denen in den gleichbleibenden (Folge-
)Provisionen eine dem Zeitaufwand entsprechende Vergütung für Vermittlungstätigkeit
enthalten sei (GA II 468). Bei ihnen sei schon wegen häufiger Beitragsänderungen innerhalb
eines Jahres aufgrund von Fahrzeugwechseln, Änderungen der Regionalklassen und
Typenklassen, Wegfalls oder Gewährung von Rabatten sowie auch Schadensfällen die
Zahlung einer hohen Abschlussprovision nicht sinnvoll (GA II 472). Hinzu trete, dass bei
ihnen der Akquisitionsaufwand wegen der bestehenden Versicherungspflicht, die dazu führe,
dass der erste Schritt in der Regel vom Kunden ausgehe, sehr gering sei, der Aufklärungs-
und Betreuungsbedarf hingegen sehr hoch wegen der Jahresfrist der Verträge sowie auch
des Kündigungsrechts des Versicherungsnehmers in Schadensfällen (GA II 473).

Dass tatsächlich auch der Kläger eine erhebliche verwaltende Tätigkeit erbracht habe, belege 84
auch der Umstand, dass er ab März 1992 die Mitarbeiterin T mit 40 Stunden je Woche
beschäftigt habe, die über keinerlei Kenntnisse bezüglich Versicherungsvermittlungen verfügt
und reine verwaltende Tätigkeiten ausgeübt habe (GA I 117).

Hinsichtlich des von ihm angenommenen Prognosezeitraums verkenne der Kläger, dass der 85
Fortbestand der Versicherungsverträge mit zunehmender Dauer auch auf der weiteren
Tätigkeit der Agentur beruhe, die der Kläger selbst nicht mehr erbringe; daher könne nur auf
den nächstmöglichen Kündigungstermin abgestellt werden (GA I 126). Denn entgegen der
Ansicht des Klägers werde bei der Prognose der dem Versicherungsvertreter entgehenden
Provisionen – anders als beim Warenvertreter – eine weitere Tätigkeit des
Versicherungsvertreters nicht fiktiv unterstellt (GA I 263).

2. Sachversicherungen 86

In dem Bereich der Sachversicherungen hätten die Folgeprovisionen, so hat der Beklagte 87
behauptet, keinerlei Vergütung für eine Vermittlungstätigkeit beinhaltet. Hilfsweise hat er

behauptet, der Anteil der Abschlussvergütung in diesen Folgeprovisionen habe allenfalls 6,5 % betragen (GA II 483).

Insoweit sei hinsichtlich des zu bestimmenden Anteils der verwaltenden Tätigkeit des Klägers auch noch zu berücksichtigen, dass ihm bei den Hausrats- und Gebäudeversicherungen bis Ende Juni 1994 (GA I 268 + II 527) eine bedeutende Regulierungstätigkeit, nämlich die Aufnahme und Sofortregulierung von Schäden bis zu – unstreitig (GA 171 + I 268) – 999,- DM oblegen habe (GA I 116 + 268). Dass der Kläger hierfür eine gesonderte Tätigkeitsvergütung von 40 DM je Schadensfall erhalten, stehe dem nicht entgegen. 88

Die Berechnung des Klägers der Abwanderungsquote im Bereich der Sachversicherungen gehe weiterhin auch schon von unrichtigen Zahlen aus. Entgegen der Anlage K 7 hätten bereits bei Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien – wie sich aus der Anlage A 3 (AB 1) ergebe – 82 der dort aufgeführten Versicherungsverträge nicht mehr zum Bestand des Klägers gehört (GA I 105 f.). Ferner seien entsprechend der Anlage A 10 (AB 1) von den vom Kläger insoweit vermittelten insgesamt 119 Sachversicherungsverträgen bis Januar 2001 schon 73 storniert worden. 61 % hätten mithin nach weniger als 10 Jahren geendet, so dass nicht ein Prognosezeitraum von 15 Jahren zugrunde gelegt werden könne (GA I 122 f.). 89
Weiter sei hier zu berücksichtigen, dass die Verträge mit fortschreitender Zeit stornogefährdeter würden, insbesondere nach Erreichen der Ablaufdaten (GA I 269). Folglich sei hier von einer durchschnittlichen Vertragslaufzeit von maximal 10 Jahren auszugehen (GA II 483).

3. Kfz-Versicherungen 90

Auch bei den Kfz-Versicherungen lägen der Berechnung des Rohausgleichs durch den Kläger unzutreffende Zahlen zugrunde. Entgegen der Anlage K 8 seien gemäß der Anlage A 6 (AB 1) bereits bei Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien weitere 190 Verträge in diesem Bereich storniert und zusätzlich 19 Verträge aus anderen Gründen nicht mehr im Bestand des Klägers gewesen (GA I 107). 91

Entgegen der Behauptung des Klägers seien auch hier in den Folgeprovisionen nicht 95 %, sondern maximal 6,5 % (GA II 483) Abschlussvergütungen enthalten gewesen. Dies ergebe sich in diesem Versicherungsbereich weiter auch daraus, dass hier häufig Bestandsübertragungen auf andere Agenturen stattfänden und die übernehmende Agentur dann, so hat der Beklagte zunächst behauptet, ab Übernahme sofort zu den jeweiligen Prämienfälligkeitsdaten die laufende Provision in voller Höhe erhalte (GA I 113). Ferner fielen in diesem Versicherungsbereich erhebliche notwendige Tätigkeiten an, die nicht vermittelnder Art seien (GA II 468). 92

Unzutreffend sei auch die vom Kläger angenommene **Abwanderungsquote**. Wie schon dargelegt, seien schon bei Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien 209 weitere Verträge aus dem Bestand des Klägers ausgeschieden. Bis Januar 2001 seien – unstreitig – weitere 357 Verträge storniert worden, so dass zu diesem Zeitpunkt schon 75 % der vom Kläger vermittelten Verträge nicht mehr im Bestand vorhanden gewesen seien (GA I 123 f.). Ferner ließe die Aufstellung des Klägers – unstreitig – Fahrzeugwechsel und/oder Wiederinkraftsetzungen von Kfz-Versicherungsverträgen unberücksichtigt. Auch in diesen Fällen handele es sich jedoch juristisch jeweils um neue Versicherungsverträge (GA I 123 f.). Bei entsprechender Korrektur ergäben sich bis Januar 2001 – unstreitig – weitere 64 stornierte Verträge, so dass zu dieser Zeit von den 1991 vom Kläger vermittelten Kfz-Versicherungsverträgen 421 storniert gewesen und nur noch 42 fortbestanden hätten (GA I 124). Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass je älter ein Kraftfahrzeug sei, desto häufiger 93

und eher ein Fahrzeugwechsel stattfindet (GA I 269).

Hinzu trete, dass in diesem Versicherungsbereich die Jahre 1991 bis 1994 ohnehin keine reale Basis für die Zukunftsprognose böten (GA I 128). Denn insoweit sei die mit Wirkung zu 1994 erfolgte Umsetzung der EG-Richtlinie in diesem Versicherungsbereich zu berücksichtigen, die zu einem erheblich höheren Wettbewerb und 1994 zu einer noch nie zuvor erlebten Abwanderung geführt habe (GA I 127 f.). Seit 1994 seien infolge dessen die Prämieinnahmen des Beklagten in diesem Bereich ständig gesunken (GA I 128). Ferner müsse auch die Änderung des § 8 Abs. 3 VVG (Einführung eines Kündigungsrechts bei auf mehr als 5 Jahren befristeten Verträgen) und § 31 VVG (Einführung eines Kündigungsrechts bei Prämien erhöhungen) zum 24.07.1994 Berücksichtigung finden (GA I 129). Dies alles habe in der Folgezeit zu generell kürzeren Vertragslaufzeiten geführt. Diese nachvertragliche Entwicklung müsse – ausnahmsweise – Berücksichtigung finden, da sie bei Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien vorhersehbar gewesen sei (GA I 128). 94

Nach allem sei in diesem Versicherungsbereich eine Vertragsrestlaufzeit von allenfalls 5 Jahren anzunehmen (GA II 483). 95

4. Lebensversicherungen / Dynamikerhöhungen 96

Auch hinsichtlich der dem Kläger aus dynamischen Erhöhungen der Lebensversicherungen entgehenden Provisionen hat der Beklagte eine fehlerhafte Berechnung gerügt. 97

Fehlerhaft sei bereits, 1994 als Basisjahr zugrunde zu legen. Denn bei diesem handele es sich – unstreitig – um ein Ausreißerjahr (GA I 120), da – ebenso unstreitig – 1994 die durchschnittlichen dynamischen Erhöhungen 15,8 %, in den Jahren zuvor und danach jedoch lediglich ca. 5 % betragen hätten (GA 121). Ausgehend von einer durchschnittlichen jährlichen Erhöhung von 5 % ergäben sich indes insoweit nur jährliche dem Kläger entgehende Provisionseinnahmen von durchschnittlich 1.060,92 DM (GA I 130). 98

Unzutreffend sei ferner die vom Kläger zugrunde gelegte Abwanderungsquote sowie der von ihm angenommene Prognosezeitraum. So betrage die Quote der Fälle, in denen ein Widerspruch des Versicherungsnehmers gegen die dynamische Erhöhung erfolgt seien, nicht nur 4,65 %, sondern 36,8 %. Denn in 125 Fällen, in denen 1991 bis einschließlich Januar 1995 Dynamikanpassungen hätten vorgenommen werden können, hätten in 46 Fällen die Versicherungsnehmer dem widersprochen (GA I 121). Zu dem sich daraus ergebenden Wert seien dann noch – wie auch vom Kläger vorgenommen – die durchschnittliche Stornierungsquote von 5,4 % hinzuzurechnen (GA I 130). Weiter sei zu berücksichtigen, dass von den in der Anlage des Klägers K 11 aufgeführten Lebensversicherungsverträgen im Januar 2001 weitere 18 bereits storniert gewesen seien (GA I 130). 99

Nach allem ergebe sich in diesem Bereich lediglich ein Ausgleichsanspruch des Klägers von 3.829,56 DM (GA II 438). 100

Des Weiteren ergebe sich für den Bereich der Krankenversicherungen ein Ausgleichsanspruch des Klägers in Höhe von 391,32 DM (GA II 483). 101

5. Billigkeit 102

Zu berücksichtigen sei ferner, dass der Anspruch des Klägers nach Billigkeitsgesichtspunkten zu reduzieren sei (GA I 133). So habe der Kläger feste Zuzahlungen während der Vertragslaufzeit erhalten, nämlich 103

· von Oktober 1992 bis Juli 1992 eine Provisionsgarantie von monatlich 3.000 DM und von August 1992 bis einschließlich Dezember 1993 eine Provisionsgarantie von monatlich 3.500 DM, hinsichtlich derer sein Unterverdienst in diesen Zeiten insgesamt 51.026,30 DM betragen habe (GA I 134),	104
· von Oktober 1990 bis einschließlich Juli 1992 ein Betreuungsgeld für die Einstellung von Untervertretern in Höhe von insgesamt 22.000 DM,	105
· Spesenzahlungen in Höhe von insgesamt 13.200 DM,	106
· von Oktober 1993 bis einschließlich Januar 1995 einen Zuschuss für die Beschäftigung der Mitarbeiterin T von 16.000 DM,	107
· 1992 Zuschüsse für Werbung und Anzeigen in Höhe von 5.482,80 DM (GA I 134), 1994 in Höhe von 1.117,20 DM (GA I 135), wobei die Werbung für das Unternehmen des Klägers gewesen sei (GA I 275),	108
· 1990 bis 1994 Zahlungen von 2.117,60 DM für die Teilnahme an Seminaren und Preisträgerveranstaltungen (GA I 135).	109
Zu berücksichtigen sei auch, dass dem Kläger vom 22.10.1990 bis 29.04.1991 auf Kosten des Beklagten ein Wohnwagen (Nr. 6031) als örtliches Versicherungsbüro sowie auch der Innendienstmitarbeiter H als sog. Pate zur Verfügung gestanden habe (GA I 135). Allein der Wohnwagen habe für den Beklagten Kosten in Höhe von 30.000 DM je 3 Monate verursacht (GA I 136).	110
Schließlich müsse ein – unstreitig – dem Kläger vom Beklagten 1992 gewährtes zinsloses Darlehn über 21.801,74 DM (A 20, GA I 303) Berücksichtigung finden (GA I 275).	111
6. Hilfsaufrechnung	112
Der Beklagte hat ferner hilfsweise die Aufrechnung mit den dem Kläger für die Zeit Februar bis einschließlich Dezember 1995 gezahlten „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ und unbenannten Provisionen in Höhe von 27.770,70 DM erklärt (GA I 137).	113
Der Kläger wiederum hat gemeint, ein Abzug nach Billigkeitsgesichtspunkten sei nicht vorzunehmen (GA I 184). So seien die gezahlten Provisionsgarantien wegen des Neuaufbaus der Agentur erforderlich gewesen (GA I 184) und seien die Betreuungsgelder für die Einstellung von Untervertretern ein Entgelt für die Ausbildung und Betreuung der Untervertreter durch den Kläger gewesen (GA I 187). Die Spesen seien ausschließlich für die Teilnahme an Veranstaltungen des Beklagten gezahlt worden, so dass diese Zahlungen ihre Rechtsgrundlage in den §§ 675, 670 BGB fänden (GA I 187). Die Werbung und Anzeigen seien Leistungen des Klägers für den Beklagten gewesen (GA I 187), denn die Produktwerbung obliege nicht dem Handelsvertreter (GA I 188). Der sog. Pate habe überwiegend den Nebenberuflern/Untervertretern zur Verfügung gestanden; im Übrigen habe es sich hier um eine dem Unternehmer nach § 86 a Abs. 2 Satz 1 HGB obliegende allgemeine Unterstützungspflicht gehandelt (GA I 188).	114
Schließlich könne im Rahmen der Billigkeit nicht unbeachtet gelassen werden, dass der Kläger dem Beklagten neue spätere Handelsvertreter zugeführt habe (GA I 185), der Beklagte von dem Kläger zu Unrecht Hard- und Softwarekosten von 3.000 DM vereinnahmt und insoweit gleichfalls zu Unrecht 1.961,67 DM Wartungskosten einbehalten habe (GA I 185). Auch Provisionen habe der Beklagte in Höhe von 3.000 DM dem Kläger zu Unrecht	115

vorenthalten bzw. in Höhe weitere ca. 9.000 DM nicht gezahlt (GA I 186).

Auch die Hilfsaufrechnung des Beklagten greife nicht, da die Provisionen zum Zahlungszeitpunkt fällig gewesen seien (GA I 188). 116

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, 117 ein etwaiger Anspruch des Klägers nach § 89 b HGB sei jedenfalls verwirkt. Die von dem Beklagten nach den „Grundsätzen“ vorgenommene Berechnung des Ausgleichsanspruchs sei die seinerzeitige und auch noch heutige Art, nach der ganz überwiegend der Ausgleichsanspruch des Versicherungsvermittlers abgerechnet werde. Auch in gerichtlichen Verfahren werde sie zumindest im Rahmen der vorzunehmenden Schätzung nach § 287 ZPO durchweg als Anhaltspunkt für die Berechnung des Ausgleichsanspruch angewandt. Unter Berücksichtigung der Umstände, dass die Parteien bis März 1996 allein darum gestritten hätten, wie der Handelsvertreterausgleich dementsprechend zu berechnen gewesen sei, und der Beklagte sodann eine abschließende Berechnung vorgenommen sowie auch den daraus sich ergebenden Betrag gezahlt habe, habe der Beklagte mangels zeitnahen Widerspruchs und zeitnaher Klarstellung des Klägers, einen darüber hinausgehenden Ausgleichsanspruch geltend zu machen, darauf vertrauen dürfen, dass der Kläger insoweit keinen weiteren Anspruch mehr geltend machen werde. Dies insbesondere unter weiterer Berücksichtigung dessen, dass der Kläger im vorliegenden Fall nach der Zahlung mehr als drei Jahre und mithin einen die Jahresfrist des § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB um das mehrfache überschreitenden Zeitraum mit der Geltendmachung eines weitergehenden Anspruchs zugewartet habe. Dem stehe die unterbliebene Unterzeichnung der Abfindungserklärung nicht entgegen, da diese sich nicht allein auf den Ausgleichsanspruch, sondern auf sämtliche vom Kläger noch geltend gemachte Ansprüche bezogen habe. Auch aus dem von dem Beklagten erklärten Verzicht der Einrede der Verjährung ergebe sich schon deshalb nichts anderes, da es sich bei der Verwirkung nicht um eine Einrede, sondern eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung handele.

Der Beklagte habe auch entsprechende Dispositionen getroffen, da ein nach § 89 b HGB 118 berechneter Ausgleichsanspruch einen nach den Grundsätzen berechneten deutlich übersteigen könne und mithin entsprechende Rückstellungen, Prämienkalkulationen und Vertragsgestaltungen mit den Versicherungsvertretern erfordere. Dem stehe gleichfalls der Verzicht des Beklagten auf die Verjährungseinrede nicht entgegen, da ihm keine weitergehende Bedeutung zukäme, als den Handelsvertreter nicht angesichts des drohenden Fristablaufes in eine voreilige Klage zu drängen, er somit keine Rückschlüsse darauf zulasse, ob sich der Unternehmer wegen des Zeitablaufs tatsächlich eingerichtet habe.

Schließlich sei die Berufung auf die Verwirkung seitens des Beklagten auch nicht treuwidrig. 119 Denn selbst für die nicht von Amts wegen zu berücksichtigende Einrede der Verjährung sei anerkannt, dass sie auch erst in zweiter Instanz geltend gemacht werden dürfe.

Die hiergegen gerichtet Berufung des Klägers, mit der dieser sein erstinstanzliches Klageziel 120 in vollem Umfang weiterverfolgt und eine neue Berechnung seines Anspruchs vorgelegt hat (GA III 698 f.), hat der 35. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm durch Urteil vom 1. Oktober 2003 – 35 U 48/02 – zurückgewiesen (GA III 744 ff.).

Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger sei zwar nicht gehindert, 121 einen nach • 89 b HGB berechneten Ausgleichsanspruch geltend zu machen.

Ein solcher sei nämlich nicht verwirkt. Selbst unterstellt, dass das für eine Verwirkung 122 erforderliche Zeitmoment gegeben sei, so fehle es doch an dem hierfür ebenso notwendigen

Umstandsmoment. Die Zahlung des Beklagten sei ohne Beifügung einer (erneuten) Abfindungserklärung und erst erfolgt, nachdem der Kläger die zuvor vorgelegte Abfindungserklärung nicht unterzeichnet und dessen Prozessbevollmächtigter den Beklagten aufgefordert habe, zur Klaglosstellung insoweit zumindest den von ihm – dem Beklagten – selbst anerkannten Betrag zu zahlen. Dem zufolge habe der Beklagte erkennbar selbst seine geleistete Zahlung nicht als streitbeendend angesehen, womit es an dem erforderlichen Vertrauenstatbestand fehle.

Auch stehe der Geltendmachung des Anspruchs nicht die Ausschlussfrist des § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB entgegen. Denn diese Frist habe der Kläger bereits dadurch eingehalten, dass er mit Schreiben vom 02.01.1995 den Anspruch gegenüber dem Beklagten geltend gemacht habe. Dem stehe die Entgegennahme der Zahlung des Beklagten durch den Kläger ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass er seinen Anspruch im gerichtlichen Verfahren in von seinem früheren Vorbringen völlig abweichender Form begründe. Denn Sinn und Zweck des § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB sei allein, dem Unternehmer alsbald Gewissheit darüber zu verschaffen, ob der Handelsvertreter einen Ausgleich für sich beanspruche. Das Gesetz verlange insoweit weder eine bestimmte Form der Geltendmachung durch den Handelsvertreter noch eine Bezifferung des Anspruchs, da der Unternehmer zu einer solchen Berechnung zumindest ebenso gut in der Lage sei wie der Handelsvertreter. Angesichts dessen genüge es, wenn der Ausgleichsanspruch – wie vorliegend – einmal fristgerecht geltend gemacht worden sei. 123

Schließlich sei der Anspruch auch nicht aufgrund einer verbindlichen Einigung der Parteien der Berechnung des Ausgleichs nach den „Grundsätzen“ ausgeschlossen. Die Grundsätze schlossen schon ihrer Rechtsnatur nach eine Berechnung des Ausgleichs nach § 89 b HGB nicht aus, sondern erleichterten dem Versicherungsvertreter lediglich die Darlegung seiner Provisionsverluste, ohne ihn zu binden. Vorliegend entfalteten sie auch nicht aufgrund einer entsprechenden Einigung nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses Bindungswirkung. Denn allein die Aufforderung des Klägers mit Schreiben vom 02.01.1995 zur Abrechnung des Ausgleichsanspruchs nach den Grundsätzen und seine spätere sachliche Auseinandersetzung mit der ihm von dem Beklagten zugeleiteten Anspruchsberechnung begründeten eine solche nachvertragliche Einigung noch nicht. 124

Indes sei die Klage deshalb unschlüssig, weil der Kläger einen Anspruch nach § 89 b HGB nicht substantiiert dargelegt habe. Einen Ausgleich könne ein Versicherungsvertreter nur für ihm entgehende Abschlussprovisionen beanspruchen. Da der Agenturvertrag der Parteien zwischen Abschluss – und Folgeprovisionen unterscheide und sich daraus schon begrifflich ergebe, dass erstere (ausschließlich) die Vergütung für die Vermittlung eines Vertrages und letztere jedenfalls vorrangig die für sonstige Tätigkeiten bezwecke, habe dem Kläger obliegen, nachvollziehbar darzulegen, in welchem Umfang seine durch Zahlung einer Folgeprovision (mit-)vergütete Tätigkeit gleichwohl dem Abschluss von Versicherungen gedient habe und damit vermittelnder Natur gewesen sei oder aber bloße Verwaltungstätigkeit beinhaltet habe. Dies gelte umso mehr, nachdem der Beklagte die Zeitanalyse vorgelegt habe, denen der Kläger indes keine greifbaren und überprüfbaren Angaben entgegen gesetzt habe, welchen zeitlichen Aufwand er für die Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben im Einzelnen habe aufbringen müssen. Auf die Erfolgsbezogenheit der Vergütungen hingegen vermöge der Kläger nicht mit Erfolg zu verweisen, da mit den Folgeprovisionen zumindest auch verwaltende Tätigkeiten abgegolten worden seien, wie Stornoabwehr, Schadensaufnahmen und -regulierungen, Kontaktpflege, Kundenbetreuung und -beratung etc.. Die Vergütung auch solcher Tätigkeiten mit den Folgeprovisionen ergebe sich im Übrigen auch daraus, dass diese in gleicher Höhe auch für nicht selbst vermittelte Verträge gezahlt worden seien. Der 125

Hinweis des Klägers auf § 87 b Abs. 3 HGB greife ebenfalls nicht, weil diese Vorschrift unabhängig davon, ob sie auch auf Versicherungsverträge anwendbar sei, jedenfalls keine Aussagekraft dafür beinhalte, inwieweit in den Folgeprovisionen auch eine Vergütung für verwaltende Tätigkeit enthalten seien.

Demgegenüber vermöge sich der Kläger auch nicht mit Erfolg darauf zu berufen, dass die Darlegungslast nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausnahmsweise dem Unternehmer obliege, wenn der Vertrag insoweit selbst keine Anhaltspunkte enthalte. Denn diese zu einem sog. Tankstellengeschäft ergangene Rechtsprechung habe der – hier nicht gegebenen – Besonderheit Rechnung getragen, dass in ihrem zugrunde liegenden Fall nur eine einheitliche Provision und keine gesonderte Abschlussprovision gezahlt worden sei, was die Darlegung des ausgleichsrelevanten Provisionsanteils für den Handelsvertreter besonders erschwert habe. 126

Mit Urteil vom 1. Juni 2005 (VIII ZR 335/04, veröffentlicht in NJW-RR 2005, 1274 ff. = WM 2005, 1866 ff. = VersR 2005, 1283 ff. = DB 2005, 2131 ff.) hat der Bundesgerichtshof dieses Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. 127

Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, zutreffend habe zwar das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass der Ausgleichsberechnung allein die Provisionen und Provisionsanteile zugrunde zu legen seien, die dem Versicherungsvertreter für seine vermittelnde, auf den Neuabschluss von Versicherungsverträgen oder deren Erweiterung gerichtete Tätigkeit gezahlt würden, die Vergütungen und Vergütungsanteile für die Verwaltung des Versicherungsbestandes bei der Berechnung der Provisionsverluste hingegen unberücksichtigt blieben. Nicht zu beanstanden sei ferner, dass es die dem Kläger übertragenen Aufgaben der Bestandspflege, der Stornoabwehr, der Bearbeitung von Schadensfällen, der Kontaktpflege und der Kundenbetreuung – anders als dieser selbst – nicht der vermittelnde Tätigkeit zugeordnet und auch der steuerlichen Behandlung von Bestandspflegeprovisionen keine Bedeutung beigemessen habe. Frei von Rechtsfehlern sei weiterhin die Annahme des Berufungsgerichts, dass sich § 87 b Abs. 3 HGB entgegen der Ansicht des Klägers nichts dazu entnehmen lasse, ob und gegebenenfalls zu welchem Anteil die nach dem Agenturvertrag zu zahlenden „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ ein weiteres Entgelt für die Vermittlung eines Versicherungsvertrages oder eine Vergütung für die Pflege des Bestands der vermittelten Verträge darstellen sollen. Schließlich seien, anders als der Kläger meine, in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht auch nicht deshalb die Folgeprovisionen in vollem Umfang der Ausgleichsberechnung zugrunde zu legen, weil den mit ihnen vergüteten Tätigkeiten zumindest auch eine werbende Funktion zukäme. Denn da einem Versicherungsvertreter anders als einem Warenvertreter ein Ausgleichsanspruch nach § 89 b Abs. 5 HGB mit Ausnahme von Verlängerungen oder Summenerhöhungen nicht für die Verträge zustehe, die nach seinem Ausscheiden mit von ihm geworbenen Kunden voraussichtlich zu Stande kommen werden, sondern allein für noch nicht (vollständig) ausgezahlte Provisionen aus bestehenden, von ihm vermittelten Versicherungsverträgen, sofern seine Provisionsansprüche – wie vorliegend – insoweit entfielen, seien werbende Tätigkeiten des Versicherungsvertreters im Hinblick auf das Zustandekommen künftiger Folgeverträge mit von ihm geworbenen Kunden für den ihm zustehenden Ausgleichsanspruch grundsätzlich ohne Bedeutung. 128

Rechtsfehlerhaft sei hingegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe seinen Ausgleichsanspruch nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Denn die Darlegungs- und Beweislast, inwieweit die Folgeprovisionen eine Vergütung für vermittelnde und inwieweit sie 129

eine für verwaltende Tätigkeit beinhalteten, obliege im vorliegenden Fall dem Beklagten und nicht dem Kläger.

Die Voraussetzungen, von deren Erfüllung die Entstehung des Provisionsanspruchs abhängen und die dadurch eine Zuordnung der Provision zur vermittelnde oder verwaltende Tätigkeit ermöglichen, seien in den Provisionsbestimmungen allein hinsichtlich der Abschlussprovisionen festgelegt. In Bezug auf die Folgeprovisionen sowie der – in den Provisionsbestimmungen nicht erwähnten – unbenannten Provisionen für Kraftfahrtversicherungen fehle es hingegen an einer entsprechenden Regelung. Damit bliebe offen, ob auch in den Folgeprovisionen ein (weiteres) Vermittlungsentgelt enthalten sei. 130

Dann aber habe hinsichtlich der Folgeprovisionen entgegen der Annahme des Berufungsgerichts dem Beklagten die Darlegungs- und Beweislast dafür obliegen, ob und in welchem Umfang mit ihnen eine vermittelnde oder aber eine verwaltende Tätigkeit des Versicherungsvertreters vergütet werde. 131

Dies gelte jedenfalls für die Versicherungssparten, für die lediglich die Zahlung einer „Folgeprovision ab 1. Jahr“ bzw. einer unbenannten Provision und nicht auch die einer Abschlussprovision vorgesehen sei. Denn bei ihnen ergebe sich zwingend, dass bei ihnen die Folgeprovisionen auch die Vergütung für die Vermittlung des Versicherungsvertrages enthielten. Enthalte in solchen Fällen der Versicherungsvertragsvertrag weder eine vertragliche Festlegung einer Zweckbestimmung der Provision noch eine Zuordnung derselben zu bestimmten Aufgaben oder Tätigkeiten des Versicherungsvertreters, obliege ausnahmsweise dem Versicherungsunternehmen und nicht dem Versicherungsvertreter die Darlegung, inwieweit mit ihnen die Vermittlungsleistung vergütet werde. Denn diesem sei – anders als dem Versicherungsvertreter – möglich, auf der Grundlage von Erfahrungswerten anzugeben, zu welchen Anteilen die einheitliche Provision zur Abgeltung einerseits der Vertragsvermittlung, andererseits vermittlungsfremder Tätigkeiten bestimmt sein soll, zumal es in der Regel den Vertragsinhalt vorgebe. 132

Gleiches sei revisionsrechtlich aber auch für die Versicherungssparten zu unterstellen, in denen die Vergütungsvereinbarungen sowohl die Zahlung einer Abschluss- als auch einer Folgeprovision vorsähen. Denn da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auszuschließen sei, dass auch hier in den Folgeprovisionen ein weiteres Entgelt für die vermittelnde Tätigkeit des Vertreters enthalten sei, sie dies im Revisionsverfahren zugunsten des Klägers zu unterstellen. 133

Der Kläger hält auch im Anschluss an das Revisionsurteil an seiner Behauptung fest, in den Folgeprovisionen und unbenannten Provisionen seien unabhängig davon, ob neben ihnen eine gesonderte Abschlussprovision vereinbart und gezahlt worden sei, eine Vergütung für Vermittlungstätigkeiten zu 95 % enthalten. 134

Er meint zunächst weiterhin, mit der Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs über den nach den „Grundsätzen“ errechneten Betrag nicht ausgeschlossen zu sein. 135

Eine rechtswirksame Einigung der Parteien auf eine Berechnung nach den „Grundsätzen“ liege nicht vor. Insbesondere habe er sich nicht nach Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien mit dem Beklagten auf eine solche Berechnung geeinigt. Dem Hinweis in seinem Schreiben vom 02.01.1995 auf den nach dem Agenturvertrag gegebenen Ausgleichsanspruch nach den „Grundsätzen“ sowie der darin enthaltenen Aufforderung zur Berechnung desselben könne der Erklärungswert eines Einverständnisses mit einer Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ nicht entnommen werden 136

(GA IV 852).

Der Anspruch sei auch nicht nach § 89 b Abs. 4 S. 2 HGB verspätet geltend gemacht oder verwirkt. 137

Den Ausgleichsanspruch hat er im Berufungsverfahren sodann mit 324.086,94 DM berechnet, ausgehend von Provisionszuflüssen im letzten Vertragsjahr von 39.590,40 DM (Kfz-Versicherungen) und 21.382,78 DM (Sachversicherungen), einer Abwanderungsquote von 10,63 % (Kfz-Versicherungen) und 6,4 % (Sachversicherungen), einem Prognosezeitraum von 8 Jahren (Kfz-Versicherung) und 15 Jahren (Sachversicherungen) sowie einem Abzinsungsfaktor von 4 % (GA III 698 f.), womit er hinsichtlich dieser beiden Sparten zu einem Ausgleichsanspruch von 319.820,02 DM gelangt (GA III 699). Hinzu käme ein abgezinster Ausgleichsanspruch für Dynamikerhöhungen von 4.266,92 DM (GA III 700). Damit übersteige der Ausgleichsanspruch noch immer die Höchstgrenze, die 323.601,31 DM betrage. Denn die Gesamtvergütung des Klägers habe in der gesamten Vertragslaufzeit insgesamt 485.401,97 DM betragen (GA I 181 und A13), so dass sich eine durchschnittliche jährliche Vergütung von 107.867,10 DM ergebe (GA I 181). Diese mit 3 multipliziert ergebe 323.601,31 DM, so dass nach Abzug der erhaltenen 20.296,11 DM ein Ausgleichsanspruch von 303.305,20 DM verbleibe (GA III 700). 138

1. Sachversicherungen 139

Die Behauptung des Beklagten, dessen Kalkulation liege hinsichtlich der Sachversicherungen, für deren Vermittlung auch die Zahlung einer Abschlussprovision vereinbart sei, eine vollständige Abgeltung der Vermittlungsleistung durch die Abschlussprovision und eine ausschließliche Vergütung der Verwaltungstätigkeit des Klägers mit den Folgeprovisionen zugrunde, bestreitet der Kläger (GA III 829). Insoweit vermöge der Beklagte, so meint der Kläger, auch nicht mit Erfolg auf die von ihm vorgelegte Zeitanalyse zu verweisen, da diese erst nachträglich erstellt worden sei. Maßgeblich seien jedoch die Zweckbestimmungen bei Schaffung des Provisionssystems (GA IV 853). Im Übrigen ergebe sich aus dem ihm vom Beklagten gezahlten monatlichen Zuschuss für die Mitarbeiterin T in Höhe von monatlich 1.000 DM, dass die in der Agentur anfallenden Tätigkeiten außerhalb des Provisionssystems vergütet worden seien (GA IV 1083). 140

Bezüglich der Sachversicherungen, für die nach den Provisionsvereinbarungen eine Abschlussprovision nicht vereinbart sei, habe er in dem letzten Vertragsjahr – unstreitig – 14,60 DM Folgeprovisionen für Jagdhaftpflichtversicherungen, 11,30 DM für Verkehrsserviceversicherungen und 134,60 DM für Tierversicherungen erhalten (GA IV 882). Hinsichtlich Rechtsschutzversicherungen, für die nach den Provisionsvereinbarungen zum Teil eine Abschlussprovision vereinbart sei und zum Teil nicht, vermöge er den entsprechenden Anteil mangels Aufschlüsselung in den Provisionsabrechnungen nicht anzugeben. Insgesamt habe er für Rechtsschutzversicherungen, so behauptet der Kläger, im letzten Vertragsjahr Provisionen in Höhe von 1.083,82 DM erhalten, von denen schätzungsweise die Hälfte auf solche entfallen seien, für die die Zahlung einer Abschlussprovision nicht vereinbart sei (GA IV 905). 141

Weiter behauptet der Kläger hinsichtlich der Jagdhaftpflicht-, Tier- und Rechtsschutzversicherungen eine Abwanderungsquote von 3,95 % und meint, somit sei ein Prognosezeitraum von 20 Jahren hier anzusetzen (GA IV 882 + 905). Bezüglich der Verkehrsserviceversicherung behauptet er eine Abwanderungsquote von 10,63 % und erachtet einen Prognosezeitraum von 9 Jahren als zutreffend (GA IV 882). 142

2. Kfz-Versicherung

Hinsichtlich der Kraftfahrtversicherungen bestreitet der Kläger, dass ein Vermittlungsvergütungsanteil lediglich in der Erstprämie enthalten sei und behauptet, dies sei auch in den weiteren unbenannten Provisionen in gleichbleibender Höhe der Fall (GA III 827). Hierfür spreche schon, dass auch im ersten Vertragsjahr nicht geringere Verwaltungstätigkeiten zu erbringen seien, da Schadensfälle oder Prämienrückstände auch schon in diesem auftreten (GA III 827). Unergiebig sei, so meint er, für die Bestimmung der Vergütungsanteile in den unbenannten Provisionen der Hinweis des Beklagten auf § 31 Abs. 1 der Verordnung über die Tarife in der Kraftfahrzeug- und Haftpflichtversicherung vom 05.12.1984 (nachfolgend: Tarifverordnung) (GA III 826). Unrichtig sei auch, so behauptet er, dass bei diesen Versicherungen nur eine geringe Akquisitionsleistung erforderlich sei. Denn bei ihnen handele es sich um einen heiß umkämpften Markt, da er ein „Türöffner“ für weitere Versicherungen sei (GA III 827). Der Beklagte vermöge insoweit auch nicht mit Erfolg auf eine besondere Verwaltungsintensität dieser Versicherungsverträge zu verweisen; abgesehen davon, dass dies unzutreffend sei, sei die Schadensaufnahme und -regulierung vom Beklagten gesondert mit der Pauschale von 40 DM je Schadensfall vergütet worden (GA III 826), was belege, dass diese nicht mit den Folgeprovisionen vergütet worden seien (GA IV 1082).

3. Billigkeitsgrundsätze 145

Ferner ist der Kläger der Ansicht, dass nach Billigkeitsgrundsätzen eine Reduzierung des Ausgleichsanspruchs nicht in Betracht komme, allenfalls eine Erhöhung desselben. Denn es müsse Berücksichtigung finden, dass er in den neuen Bundesländern Pionierarbeit geleistet, die Vorgaben des Beklagten jährlich um mehr als 30 % übertroffen sowie für den Beklagten Mitarbeiter in den neuen Bundesländern geworben und ausgebildet habe (GA IV 1149). Schließlich sei auch sein nachvertragliches Verhalten zu beachten, nämlich die unterbliebene legitime Bestandsumdeckung auf einen anderen Versicherer (GA V 1150).

4. Hilfsaufrechnung 147

Hinsichtlich der von dem Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung beruft sich der Kläger auf Verwirkung. 148

Mit Schriftsätzen vom 02.11.2009 (GA V 1132) und 09.03.2010 (GA V 1190) macht der Kläger schließlich geltend, aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 26.03.2009 (C-348/07) sowie der nachfolgenden, dem Rechnung tragenden Änderung des § 89 b HGB seien seine voraussichtlichen Provisionsverluste ohnehin nicht mehr von Belang, sondern die von ihm bereits mit Schriftsatz vom 23.10.2001 dargelegten (GA II 320 f.), dem Beklagten verbleibenden Vorteile, die in seinen Einnahmen der Versicherungsprämien bestünden und für den Prognosezeitraum insgesamt 4.313.343,74 DM betrügen. Jedenfalls aber dürfe hinsichtlich der ihm – dem Kläger – entgehenden Provisionen eine Unterscheidung zwischen solchen für vermittelnde und solche für verwaltende Tätigkeit nicht mehr vorgenommen werden, sondern seien die Provisionen insgesamt zugrunde zu legen. 149

Der Kläger beantragt, 150

in Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an ihn 144.154,21 € in Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an ihn 144.154,21 € nebst 5 % Zinsen seit dem 01.02.1995 bis 31.12.2001 und 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2002 zu zahlen (GA III 665). 151

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

153

Er ist zunächst weiterhin der Auffassung, der geltend gemachte Anspruch stehe dem Kläger schon dem Grunde nach nicht zu.

154

Die Vereinbarung der Abrechnung des Ausgleichsanspruchs in den „Grundsätzen“ in dem Agenturvertrag sei nicht nach § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB unwirksam, da eine solche für einen Versicherungsvertreter im Vergleich zu einer Berechnung nach § 89 b HGB im Allgemeinen (GA III 775, 778 ff.) und auch für den Kläger selbst (GA III 792 f.) nicht nachteilig sei. Selbst wenn man diese aber als unwirksam erachten wollte, liege jedenfalls eine wirksame nachvertragliche Einigung der Parteien auf die Abrechnung nach den „Grundsätzen“ vor. Denn der Kläger habe mit Schreiben vom 02.01.1995 selbst um die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach den Grundsätzen gebeten. Das darin liegende Angebot auf Vereinbarung einer entsprechenden Berechnung habe der Beklagte mit Schreiben vom 09.02.1995 angenommen, mit dem er die Höhe des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ mitgeteilt habe (GA III 728 ff.).

155

Des Weiteren habe aber auch der Kläger die Ausschlussfrist des § 89 b Abs. 4 S. 2 HGB nicht gewahrt. Nach der Rechtsprechung sei eine (rechtzeitige) Anmeldung des Ausgleichsanspruchs durch den Versicherungsvertreter verbraucht, wenn dieser nachfolgend vorbehaltlos eine Zahlung des Unternehmers entgegen nehme. Der Versicherungsvertreter müsse dann innerhalb eines Jahres nach der Zahlung deutlich machen, einen darüber hinausgehenden Ausgleichsanspruch geltend machen zu wollen, um die – mit der Zahlung erneut in Lauf gesetzte – einjährige Ausschlussfrist zu wahren. Dem gleichzustellen sei der – vorliegende – Fall, in dem der Versicherungsvertreter zwar noch innerhalb der (ursprünglichen) Jahresfrist einer Abrechnung nach den „Grundsätzen“ widerspreche, diesen Widerspruch aber auf völlig unzutreffende Erwägungen stütze, die er im späteren Rechtsstreit selbst nicht mehr zur Grundlage seiner Anspruchsbeurteilung mache (GA III 773).

156

Jedenfalls aber sei – wie vom Landgericht zu Recht angenommen – der Anspruch verwirkt. Auch hier müsse Berücksichtigung finden, dass der Kläger zunächst selbst mit Schreiben vom 02.01.1995 um eine Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ gebeten und erstmals mit Schreiben vom 18.09.1995 die Ansicht vertreten habe, eine solche Berechnung sei nicht wirksam vereinbart (GA III 728 f.). Erwecke ein Versicherungsvertreter aber selbst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses den Eindruck, nach den „Grundsätzen“ abrechnen zu wollen, könne er nach der Rechtsprechung später nicht mehr mit Erfolg geltend machen, dass ihm stattdessen ein nach den gesetzlichen Vorgaben zu berechnender Ausgleichsanspruch zustehe (GA III 730). Auch das für eine Verwirkung erforderliche Umstandsmoment sei erfüllt. Da der Kläger im Jahre 1996 außer Stande gewesen sei, stichhaltige Argumente gegen die vom Beklagten vorgelegte Berechnung vorzubringen, habe der Beklagte den Eindruck einer Einsicht des Klägers gewinnen müssen, dass ein höherer Ausgleichsanspruch nicht bestehe (GA III 732). Die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts in seinem im vorliegenden Rechtsstreit ergangenen Berufungsurteil vom 01.10.2003 überzeuge nicht. Dieses verkenne, dass die vom Kläger seinerzeit aufgestellte Forderung in Höhe von 50.000 DM derart hoffnungslos unsubstanziert gewesen sei, dass der Beklagte nicht damit habe rechnen können und müssen, der Kläger werde ihn über den gezahlten Betrag hinaus noch in Anspruch nehmen. Dies gelte erst Recht vor dem Hintergrund, dass der Kläger-Vertreter in seinem Schreiben vom 13.12.1996 nicht auf den Ausgleichsanspruch zurückgekommen sei (GA III 772). Jedenfalls aber habe das Berufungsgericht die gebotene Prüfung verabsäumt, ob eine Verwirkung nicht zumindest

157

hinsichtlich der den Betrag von 50.000 DM hinausgehenden Klageforderung vorliege (GA III 773).

1. Sachversicherungen

158

Hinsichtlich der Sachversicherungen hat der Beklagte zunächst weiter behauptet, die Folgeprovisionen stellten ausschließlich eine Vergütung für verwaltende Tätigkeit des Versicherungsvermittlers dar (GA III 782). Dies ergebe sich schon aus Ziffer A II.1 Satz 2 der Provisionsbestimmungen, der zufolge die Vertragsverlängerung von mehreren Jahren zusätzlich vergütet werde. Weiterhin folge dies daraus, dass sich die Abschluss- und die Folgeprovisionen der Höhe nach deutlich unterschieden. Denn bei diesen Versicherungsverträgen handele es sich um relativ bestandsfeste und nur zu einem geringen Teil schadensanfällig, was innerhalb des von einem Versicherer vorzunehmenden Gefahrenausgleichs zu einer größeren Gewinnchance führe (GA III 782 f.). Die Höhe der Folgeprovisionen richte sich hier nach dem Umfang der vom Versicherungsvermittler vorzunehmenden Verwaltungstätigkeit. Der Kalkulation des Beklagten liege zugrunde, dass durch die Folgeprovisionen ausschließlich diese Tätigkeit abgegolten werde (GA III 783). Grund für die Zahlung der Folgeprovisionen sei nämlich der erhebliche Betreuungsbedarf, der sich aus dem Aufklärungsbedarf bezüglich Beitragsänderungen und -anpassungen sowie dem Beratungs- und Unterstützungsbedarf in Schadensfällen ergebe, wobei die Schadenshäufigkeit sehr hoch sei (GA III 784). Belegt werde dies auch durch den Umstand, dass, so hat der Beklagte zunächst behauptet, die Folgeprovisionen im Falle einer Bestandsübertragung in gleicher Höhe an den übernehmenden Versicherungsvermittler fortgezahlt würden (GA III 784) und nach Ziffer II 2 der Provisionsbestimmungen ihre Zahlung zum Einen schon für das erste Versicherungsjahr und zum Anderen die Fortzahlung in den Folgejahren in unveränderter Höhe vereinbart sei (GA III 784 f.). Später hat er sodann angeführt, die „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ und die unbenannten Provisionen seien an die Nachfolger des Klägers ab dem dritten Jahr nach der Bestandsübernahme voll ausgezahlt worden, hingegen in den ersten beiden Jahren nur zur Hälfte. Diese Kürzung sei aber wirtschaftlich dergestalt kompensiert worden, dass vereinbart worden sei, dass diese übernommenen Versicherungen ausgleichsrechtlich als von dem Bestandsübernehmer vermittelt anzusehen seien (GA V 1316 f.). Die ausschließliche Vergütung der Vermittlungstätigkeit des Klägers durch die Abschlussprovisionen finde ihren Ausdruck auch in Ziffer II 5 der Provisionsbestimmungen, wonach bei Stornierungen von Versicherungsverträgen eine Rückforderung nur der erhöhten Abschlussprovision erfolge (GA III 785), sowie in den Ziffern II 1 und 2 der Provisionsbestimmungen, denen zufolge die Versicherung eines neuen oder wesentlich erweiterten Risikos Voraussetzung nur für die Zahlung der Abschluss-, nicht aber für die der Folgeprovision sei (GA III 786). Gleichfalls ergebe sich diese Zweckbestimmung auch aus der Vereinbarung der Parteien über die Zahlung einer monatlichen Abschluss-Provisionsgarantie über 2.000 DM vom 11./17.10.1990 (GA III 799). Denn nach ihrer Ziffer 2 finde eine Verrechnung dieser garantierten Provision allein mit den vom Kläger verdienten Abschlussprovisionen statt, was anders wäre, wenn auch die Folgeprovisionen eine Vergütung für vermittelnde Tätigkeit enthielten (GA III 786).

Entgegen der Behauptung des Klägers seien die in der Agentur anfallenden Tätigkeiten auch nicht außerhalb des Provisionssystems vergütet worden. Der Kläger verkenne, dass der Zuschuss für die bereits seit März 1992 vom Kläger beschäftigte (GA IV 1099) Mitarbeiterin T, der im Übrigen erst ab Oktober 1993 gezahlt worden sei, nach den Vereinbarungen der Parteien zweckgebunden für eine Tätigkeit der Mitarbeiterin als Außendienstmitarbeiterin gewesen sei (GA IV 1098). So habe der Kläger den Zuschuss auch mit Schreiben vom 16.10.1993 mit einem Bestandszuwachs von 200.000 DM in den letzten 9 Monaten

160

begründet, woraus folge, dass die Mitarbeiterin intensiv mit der Vermittlung beschäftigt gewesen sei (GA IV 1099). Auch der Mitarbeitervertrag des Klägers mit ihr bestimme nach Ziffer 2 deren Aufgabe insbesondere mit der Vermittlung neuer Versicherungs- und Bausparkassenverträge (GA IV 1098).

Nachdem der Kläger darauf hingewiesen hat, dass auch bei einigen Sachversicherungen die Zahlung einer Abschlussprovision nicht vereinbart sei, stellt der Beklagte insoweit unstreitig, dass in diesen Fällen die Folgeprovision auch eine Vergütung für eine vermittelnde Tätigkeit enthalte. Dies gelte indes nur für die erstjährige. Insoweit sei in der Vergangenheit ein Abschlussanteil nicht exakt kalkuliert worden (GA IV 921). 161

Bezüglich der Verkehrsservice- und Tierversicherungen behauptet der Beklagte, dass lediglich 20 % der erstjährigen Folgeprovision eine Vergütung für die Vermittlungstätigkeit darstellten, was sich hinsichtlich ersterer daraus ergebe, dass sie lediglich eine Zusatzversicherung zur Kfz-Versicherung sei und bezüglich letzterer aus dem erforderlichen Umfang der Betreuung der Verträge (GA IV 922). 162

Hinsichtlich der Jagdhaftpflichtversicherungen behauptet der Beklagte einen Anteil von 5,8 % in der erstjährigen Folgeprovision, was sich schon daraus ergebe, dass hier im Gegensatz zur Allgemeinen Haftpflichtversicherung 15 % statt 9,2 % Folgeprovisionen vereinbart seien (GA IV 921). 163

In Bezug auf die Rechtsschutzversicherungen behauptet der Beklagte, der Kläger habe entgegen seinen Angaben im letzten Vertragsjahr überhaupt nur 20 insgesamt vermittelt, von denen auch nur für eine Abschlussprovision nicht zu zahlen gewesen und auch nicht gezahlt worden sei. Diese mit der Vertragsnr. #####/8 aus der Risikogruppe 35, für die die Versicherungsprämie 693 DM betragen habe, sei aber schon im ersten Versicherungsjahr ins Storno gegangen (GA IV 920). 164

Hinsichtlich sämtlicher dieser angeführten Versicherungen erachtet der Beklagte die vom Kläger behaupteten Abwanderungsquoten als zu gering und die von ihm angenommenen Prognosezeiträume als zu lang. 165

2. Kfz-Versicherungen 166

Auch in Bezug auf die Kfz-Versicherungen behauptet der Beklagte, die Vergütung für die Vermittlungstätigkeit sei allein in der erstjährigen unbenannten Provision und dies auch nur zu einem geringen Anteil enthalten (GA III 788). Dies ergebe sich schon aus § 31 Abs. 1 der Tarifverordnung (GA III 801-807), wonach für die hauptberufliche Vermittlertätigkeit höchstens 11 % des Versicherungsbeitrages ohne Versicherungssteuer jährlich als Abschluss- oder Folgeprovision vereinbart und gewährt werden darf (GA III 788). Aufgrund dieser gesetzlichen Regelung sei auch eine nähere Aufteilung der unbenannten Provisionen auf vermittelnde und verwaltende Tätigkeit in den Provisionsbestimmungen unterblieben (GA III 789). Weiter ergebe sich dies aber auch aus den Umständen, dass diese Versicherungsverträge wenig bestandsfest und daher mit einem hohen Risiko belastet sowie zur Akquise aufgrund ihrer Natur als Pflichtversicherung keine wesentlichen Tätigkeiten erforderlich seien. Denn daraus folge, dass schon von Beginn an der Anteil an verwaltender Tätigkeit überwiege (GA III 789). Tatsächlich seien diese Versicherungsverträge schon im ersten Jahr äußerst verwaltungsintensiv, wobei im Schnitt der Verwaltungsanteil mit 80 % anzusetzen sei (GA III 790). Im Übrigen sei auch hier zu berücksichtigen, dass im Falle von Bestandsübertragungen dem übernehmenden Versicherungsvertreter von Beginn an die vollen Folgeprovisionen gezahlt würden und im Rahmen der Berechnung des 167

Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ der Abschlussanteil mit 12,5 % vergütet werde (GA III 790 f.).	
Soweit der Kläger auf die Regulierungspauschale verweise, ergebe sich daraus nichts anderes. Er erkenne, dass es mit ihr nicht um die Entlohnung der Versicherungsvermittlers für verwaltende Tätigkeit gegangen sei (GA IV 1098). Vielmehr sei die Sofortregulierung im Bereich der Kfz-Kaskoversicherung dem Versicherungsvermittler, dem schon zuvor die im Bereich der Sachversicherungen oblegen habe, 1991 mit dem Ziel übertragen worden, seine Bereitschaft zu erhöhen, die bei ihm vorhandenen Kundendaten im LAS-System dem Beklagten zur Verfügung zu stellen (GA IV 1097).	168
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf das angefochtene Urteil, das Berufungsurteil vom 1. Oktober 2003 – 35 U 48/02 OLG Hamm – sowie auf die eingereichten Schriftsätze verwiesen.	169
Der Senat hat Beweis durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens sowie ergänzender Anhörung des Sachverständigen über die Abwanderungsquoten sowie darüber erhoben, ob und inwieweit eine anteilige Vermittlungsvergütung bei den Sachversicherungen in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ und in den unbenannten Provisionen für Kfz-Versicherungsverträge enthalten ist. Bezüglich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dipl. oec. M vom 07.03.2011, die schriftlichen Ergänzungsgutachten des Sachverständigen vom 06.02.2012 und 14.02.2012, das Sitzungsprotokoll vom 15.03.2012 sowie den Berichterstattevermerk vom 16.03.2012 verwiesen.	170
II.	171
Die zulässige Berufung ist in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang begründet, im Übrigen hat sie keinen Erfolg.	172
Dem Kläger steht – unter Berücksichtigung der bereits seitens des Beklagten geleisteten Zahlungen – noch ein Ausgleichsanspruch aus §§ 89 b Abs. 1 und 5, 92 Abs. 2 HGB in der bis zum 04.08.2009 geltenden Fassung gegen den Beklagten in Höhe von 17.221,17 € (33.681,69 DM) nebst 5 % Zinsen p.a. seit dem 01.02.1995 zu, so dass insoweit seine Klage und Berufung begründet, im Übrigen indes unbegründet sind.	173
1.	174
Maßgebliche Rechtsgrundlage für den Anspruch des Klägers ist § 89 b HGB a.F.. Entgegen seiner Ansicht ist § 89 b HGB n.F. nicht anwendbar und auch keine richtlinienkonforme Auslegung des § 89 b HGB a.F. geboten.	175
a.	176
Eine rückwirkende Anwendung des am 05.08.2009 in Kraft getretenen § 89 b HGB n.F. auf den am 01.02.1995 entstandenen Ausgleichsanspruch des Klägers kommt nicht in Betracht. Einem Gesetz kommt nur dann rückwirkende Kraft zu, wenn das Gesetz sie in bestimmter Weise gebietet oder wenn besondere Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der Gesetzeswille auf sie gerichtet ist. Anderenfalls bleiben für Rechte und Rechtsverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes entstanden sind, die bisherigen Gesetze maßgebend, sofern nicht eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot der Rückwirkung aus dem neuen Gesetz, insbesondere aus seinen Übergangsvorschriften, zu entnehmen ist (BGH, Urt.	177

vom 23. November 2011 – VIII ZR 203/10 – Tz. 22 m.w.N.). Das Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung, durch das der § 89 b HGB geändert worden ist, enthält indes keine Rückwirkungsbestimmung (vgl. zum Inkrafttreten Art. 8). Auch ein auf Rückwirkung gerichteter Gesetzeswille ist insoweit nicht hinreichend sicher feststellbar. Daher gilt für Ausgleichsansprüche, die vor dem 5. August 2009 entstanden sind, grundsätzlich altes Recht (BGH aaO Tz. 20 und 23).

b. 178

Auch eine europarechtskonforme Auslegung des § 89 b HGB a.F. ist für die Fälle, in denen es – wie vorliegend – um einen Ausgleichsanspruch aus einem Versicherungsverhältnissen geht, anders der Kläger meint, nicht möglich (BGH aaO Tz. 24). Eine solche könnte angesichts dessen, dass der Versicherungsvertreter von der Handelsvertreterrichtlinie selbst nicht erfasst wird, nur erfolgen, wenn der nationale Gesetzgeber die der Richtlinie unterfallenden Ausgleichsansprüche des Warenvertreters sowie die von ihr nicht erfassten Ausgleichsansprüche des Versicherungsvertreters parallel regeln wollte. Dies ist indes nicht der Fall (BGH aaO Tz. 25 ff.). 179

Eine vom Gesetzgeber bewusst unterschiedliche Regelung der beiden Ausgleichsansprüche folgt schon aus der dogmatischen Konzeption des § 89 b Abs. 1 HGB einerseits sowie des § 89 b Abs. 5 HGB andererseits. Denn ihnen zufolge dient der Ausgleichsanspruch des Versicherungs- oder Bausparkassenvertreters im Gegensatz zu dem des Warenhandelsvertreters nicht dem Ausgleich für Folgeschäfte, die der Unternehmer nach dem Ausscheiden des Vertreters mit den von diesem geworbenen Stammkunden schließt, sondern allein dem Ausgleich für noch nicht vollständig ausgezahlte Provisionen aus bestehenden, vom Versicherungsvertreter vermittelten Verträgen, soweit diese Provisionsansprüche infolge der Beendigung des Vertretervertrages entfallen (BGH NJW 1959, 1430, 1432; NJW-RR 2005, 1274, 1276; BGH, Urt. vom 23. November 2011 – VIII ZR 203/10 – Tz. 27; Senatsurteil vom 18. September 2008 – 18 U 104/05 – Tz. 62 f.). 180

Des Weiteren spricht aber auch ein historischer Rückblick gegen einen gesetzgeberischen Willen zur Gleichbehandlung der Ausgleichsansprüche von Handelsvertretern und Versicherungs- oder Bausparkassenvertretern. Die nunmehr erfolgte Anpassung des § 89 b Abs. 1 HGB an die Handelsvertreterrichtlinie war in den Jahren 1988/1989 bereits einmal Gegenstand eines Gesetzgebungsvorhabens (vgl. BT-Drucks. 11/3077). Die Bundesregierung wollte damals § 89 b Abs. 1 HGB – wie nunmehr geschehen – dergestalt ändern, dass die Provisionsverluste als eigenständiges Tatbestandsmerkmal entfallen und nur noch im Rahmen einer Billigkeitsprüfung zu berücksichtigen sein sollten. Der damalige Gesetzentwurf sah für § 89 b Abs. 5 HGB jedoch eine ausdrücklich von der Neufassung des Abs. 1 abweichende Formulierung vor, nach der ein Ausgleichsanspruch eines Versicherungsvertreters weiterhin voraussetzte, dass "dem Versicherungsvertreter infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Provisionen aus von ihm vermittelten Versicherungsverträgen entgehen" (BT-Drucks. 11/3077, S. 4). Dieser Sonderweg wurde mit den schon zuvor angeführten Besonderheiten des Ausgleichsanspruchs des Versicherungsvertreters im Vergleich zum Warenvertreter begründet (BT-Drucks. 11/3077, S. 9 f.). Diese geplante eigenständige Regelung des § 89 b Abs. 5 HGB hat sich im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens nur deshalb nicht durchgesetzt, weil der Gesetzgeber der Auffassung des Rechtsausschusses gefolgt ist, der damals geltende § 89 b Abs. 1 HGB mit seinen drei Tatbestandsmerkmalen entspreche bereits der EG-Richtlinie, weswegen der bisherige Verweis in Abs. 5 ausreichend sei (vgl. BT-Drucks. 11/4559, S. 9; zum Ganzen 181

siehe auch BGH, Urt. vom 23. November 2011 – VIII ZR 203/10 – Tz. 28).

2.	182
Den nach § 89 b Abs. 1 und 5 HGB a.F. aufgrund der Vereinbarung der Parteien in Ziffer IX.1. des Agenturvertrages zunächst entstandenen Ausgleichsanspruch des Klägers bezüglich der von ihm vermittelten <u>Sachversicherungen</u> schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO auf 29.684,32 DM.	183
a.	184
Der Ausgleichsanspruch eines Versicherungsvertreeters bemisst sich gemäß § 89 b Abs. 1 und 5 HGB a.F., wie bereits ausgeführt, anhand der ihm aufgrund der Vertragsbeendigung voraussichtlich entgehenden Provisionen für von ihm vermittelte Versicherungsverträge. Einen Ausgleich erhält er nach diesen Vorschriften aber nur für den Verlust von Vermittlungsprovisionen, die ihm für die von ihm erfolgte Vermittlung oder den Abschluss neuer Versicherungsverträge entgehen.	185
Denn zum Einen hat der Versicherungsvertreter, wie gleichfalls schon dargelegt wurde, - anders als der Warenhandelsvertreter, bei dem es auf Provisionsverluste aus Folgegeschäften mit von ihm geworbenen Kunden ankommt - nach § 89 b Abs. 5 HGB a.F. keinen Anspruch für Folgegeschäfte – ausgenommen Verlängerungen und Summenerhöhungen -, die nach seinem Ausscheiden mit vom ihm geworbenen Versicherungskunden voraussichtlich zustande kommen werden, sondern allein für noch nicht (vollständig) ausgezahlte Provisionen aus bestehenden, von ihm vermittelten Versicherungsverträgen, soweit Provisionsansprüche infolge der Beendigung des Versicherungsvertretervertrages entfallen (Senatsurteil vom 18.09.2008 – 18 U 104/05, Tz. 63 m.w.N.).	186
Zum Anderen bleiben Vergütungen und Vergütungsanteile für die Verwaltung des Versicherungsbestands bei der Berechnung der Provisionsverluste außer Betracht, da der Ausgleichsanspruch nach dem Gesetz nur für die für den Handelsvertreterbegriff wesentliche Tätigkeit, also die Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit, nicht jedoch auch für solche Aufgaben gewährt wird, die an sich dem Unternehmer selbst obliegen und für den Handelsvertreter zusätzliche Aufgaben darstellen (st. Rspr.: BGH NJW 1959, 1430, 1431 f.; NJW-RR 2005, 1274, 1275; BGH, Urt. vom 23.11.2011 – VIII ZR 203/10 – Tz. 30; Senatsurteil vom 18.09.2008 – 18 U 104/05, Tz. 65 m.w.N.).	187
b.	188
Die dem Kläger im Bereich der Sachversicherungen aufgrund der Vertragsbeendigung entgehenden <u>Vermittlungsprovisionen</u> bemisst der Senat gemäß § 287 ZPO mit 34.420,59 DM.	189
Dem liegt zugrunde, dass der Kläger im letzten Vertragsjahr für diese Versicherungen „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ – unstreitig – in Höhe von 21.382,78 DM verdient hat (aa.), nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für <u>sämtliche</u> Versicherungsarten in diesem Bereich von einer in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ <u>durchgehend</u> enthaltenen anteiligen Vermittlungsvergütung von 40 % auszugehen ist (bb.), der Senat die Abwanderungsquote in diesem Bereich auf 10,28 % schätzt (cc.) und von einer degressiven Abwanderung ausgeht (dd.), der Senat weiter den Prognosezeitraum mit 6 Jahren (ee.) und den Abzinsungsfaktor der – unstreitig – nach Gillardon vorzunehmenden Abzinsung mit 5 % p.a. bemisst (ff.) sowie	190

schließlich der Senat berücksichtigt hat, dass der Kläger für den Zeitraum Februar bis einschließlich Dezember 1995 noch anteilige Vermittlungsprovisionen in Höhe von 1.291,36 DM erhalten hat (ff.).

aa. 191

Maßgeblich für die Berechnung des Rohausgleichs sind grundsätzlich die Verdienste des Versicherungsvermittlers im letzten Vertragsjahr, sofern – wie hier – das letzte Vertragsjahr nicht untypisch war, so dass die Prognose der dem Kläger entgehender Vermittlungsvergütungen anhand der in diesem letzten Vertragsjahr vom Kläger erhaltenen Abschlussvergütungen vorzunehmen ist (vgl. BGH, Urt. vom 23.11.2011 – VIII ZR 203/10 Tz. 47). 192

bb. 193

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass in den im Bereich der Sachversicherungen gezahlten „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ ein Anteil für eine Vermittlungsvergütung von nicht mehr als 40 % enthalten ist. Eine Feststellung eines geringeren Anteils einer Vermittlungsvergütung in diesen Provisionen oder gar einer vollständigen Vergütung der Vermittlungstätigkeit schon durch die Abschlussprovisionen ist dem Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hingegen ebenso wenig möglich wie eine solche, dass nur in den erstjährigen „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ noch ein Anteil einer Vermittlungsvergütung enthalten sei. Dies wirkt sich zu Lasten des insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten aus. 194

(1.) 195

Der Senat vermag insoweit zunächst nicht festzustellen, dass in diesen Versicherungsbereichen dort, wo die Zahlung einer gesonderten und explizit als solchen bezeichneten Abschlussprovision vorgesehen ist, die Vermittlungstätigkeit des Klägers mit dieser bereits vollständig hat abgegolten werden sollen. 196

(a.) 197

Derartige lässt sich nach der Auffassung des Senats den Provisionsregelungen des Beklagten nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen. 198

Der Senat verkennt dabei nicht, dass – wie schon der Sachverständige zutreffend in seinem Gutachten ausgeführt hat – nach der Rechtsprechung der Umstand, dass – wie in diesen Fällen (Sachverständigengutachten [nachfolgend: SVG] 93 ff., 97 f.) – eine die Folgeprovisionen deutlich übersteigende Abschluss- oder erhöhte Erstprovision gezahlt wird, ein Indiz für eine Einmalprovision zur Abgeltung der Vermittlungstätigkeit sein kann (BGH, Urt. vom 22. Dezember 2003 – VIII ZR 117/03 m.w.N.), und daher durchaus möglich ist, dass dem Provisionssystem des Beklagten die Zweckbestimmung zugrunde liegt, dass durch die Zahlung der Abschlussprovision die Vermittlungstätigkeit seines Versicherungsvermittlers vollständig abgegolten werden sollte. 199

Indes sieht das Provisionssystem des Beklagten dort, wo Zahlungen von Abschlussprovisionen für die Vermittlung von Sachversicherungen vorgesehen sind, für eine nicht unerhebliche Anzahl von Versicherungsarten die Zahlung einer solchen nur bei Vermittlung von Versicherungsverträgen mit einer vereinbarten Laufzeit von mindestens 5 Jahren vor. Hieraus folgt zwingend, dass jedenfalls bei diesen Versicherungsarten in den 200

„Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ dann eine Vermittlungsvergütung enthalten sein muss, wenn der vermittelte Versicherungsvertrag eine vereinbarte Laufzeit von weniger als 5 Jahren hat. Da sich die Höhe der vereinbarten „Folgeprovision ab 1. Jahr“ für beide Fälle nicht unterscheidet, ist somit aber nicht auszuschließen, dass dann eine anteilige Vermittlungsvergütung auch noch bei den Versicherungsverträgen mit einer Laufzeit von mindestens 5 Jahren in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ enthalten ist. Dies gilt umso mehr, als der Beklagte selbst nicht dargelegt hat, dass er unterschiedliche Kalkulationen und Zweckbestimmungen den Zahlungen dieser gleich hohen Folgeprovisionen zugrunde gelegt hat.

Aber auch für die Versicherungsverträge, für die eine Abschlussprovision schon für die Vermittlung eines Vertrages mit einer Laufzeit von einem Jahr gezahlt werden sollte, lässt sich danach nach den Provisionsregelungen des Beklagten nicht ausschließen, dass in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ noch eine anteilige Vermittlungsvergütung enthalten ist. Denn die Höhe der Folgeprovisionen unterscheidet sich hier zumeist nicht von der in den Fällen, in denen erst bei mindestens fünfjähriger vereinbarter Vertragslaufzeit eine Abschlussprovision gezahlt werden sollte. So beträgt sie z.B. sowohl bei den Versicherungsarten Allgemeine Haftpflicht ohne Jagdhaftpflicht, Allgemeine Unfall sowie Rechtsschutz bezüglich bestimmter Risiken jeweils 9,2 % als auch bei den Versicherungsarten Hausrat, Wohn- und Geschäftsgebäude nach VGB, Feuer, Einbruchdiebstahl, Leitungswasser, Glas und Sturm (K 15, GA 226 f.). Angesichts dessen würde die Zahlung einer Abschlussprovision auch für die Vermittlung eines Vertrages mit einer nur einjährigen Vertragsdauer eine dadurch erfolgte vollständige Vergütung der Vermittlungsleistung indes nur dann nahelegen, wenn bei diesen Versicherungen ein gegenüber den anderen Sachversicherungen, für deren Vermittlung mit einer vereinbarten Laufzeit von weniger als 5 Jahren eine Abschlussprovision nicht, wohl aber eine „Folgeprovision ab 1. Jahr“ in gleicher Höhe vorgesehen ist, erhöhter Verwaltungsaufwand bestünde. Für eine solche Annahme fehlt es jedoch an jeglichen Anhaltspunkten, insbesondere an einem entsprechenden Sachvortrag des Beklagten. 201

Auch die weiteren von dem Beklagten angeführten Umstände lassen eine Feststellung einer vollständigen Abgeltung der Vermittlungstätigkeit des Klägers schon durch die Abschlussprovisionen nicht zu. 202

Soweit der Beklagte angeführt hat, im Falle der Bestandsübertragungen würden schon nach zwei Jahren an den übernehmenden Versicherungsvermittler die Folgeprovisionen in voller Höhe gezahlt, in den ersten zwei Jahren nach Übernahme erhalte er 50 % derselben, wobei diese Kürzung in den ersten beiden Jahren wirtschaftlich dadurch kompensiert werde, dass der übernommene Bestand ausgleichsrechtlich als von ihm – dem übernehmenden Versicherungsnehmer – vermittelt behandelt werde, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Zwar ist ein Indiz für eine gewollte vollständige Abgeltung der Vermittlungstätigkeit durch die Zahlung gesonderter Abschlussprovisionen nach der Rechtsprechung der Umstand, dass im Falle einer Bestandsübertragung die Folgeprovisionen von Beginn an dem übernehmenden Versicherungsvermittler in voller Höhe gezahlt werden (BGH, Urt. vom 22. Dezember 2003 – VIII ZR 117/03 – m.w.N.). Indes kann diesem Umstand dann keine entsprechende Indizwirkung mehr zukommen, wenn – wie vorliegend, was schon zuvor ausgeführt wurde – jedenfalls zum Teil zwingend in den Folgeprovisionen eine anteilige Vermittlungsvergütung enthalten ist. Denn die von der Rechtsprechung angenommene Indizwirkung beruht allein darauf, dass nicht anzunehmen ist, dass der Versicherer einem Bestandsübernehmer die Vermittlungsleistung eines anderen Versicherungsvermittlers vergüten und diese damit doppelt zahlen will. Ein solcher Rückschluss ist jedoch nicht mehr gerechtfertigt, wenn nach dem eigenen Vortrag des Versicherers dem Bestandsübernehmer die vollen 203

Folgeprovisionen von Beginn an vergütet werden, obwohl feststeht, dass jedenfalls einige von ihnen auch eine Vermittlungsvergütung enthalten. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass der Beklagte vorliegend in den ersten beiden Jahren dem Bestandsübernehmer die Folgeprovisionen nur in hälftiger Höhe gezahlt hat. Denn seinem eigenen Vorbringen zufolge sollte dies durch die ausgleichsrechtliche Behandlung des übernommenen Bestandes wirtschaftlich kompensiert werden. Folglich lag der zunächst nur gekürzten Zahlung nicht zugrunde, dass dem Bestandsübernehmer nur die von ihm erbrachte nicht vermittelnde Tätigkeit vergütet und eine etwaige doppelte Vergütung der Vermittlungsleistung verhindert werden sollte.

Auch der Umstand, dass nach den Provisionsbestimmungen des Beklagten bei Vertragsverlängerungen oder mit Beitragserhöhungen verbundenen Vertragsneuordnungen oder -ergänzungen eine entsprechende erneute Abschlussprovision vorgesehen ist, erlaubt nicht den Schluss einer vollständigen Abgeltung der Vermittlungsleistung des Versicherungsvertreters durch die Abschlussprovision. Denn wie bereits der Sachverständige zutreffend ausgeführt hat (SVG 89), kommt diesem Umstand für die hier zu beurteilende Frage, ob auch in den Folgeprovisionen eine weitere Vermittlungsvergütung enthalten ist, keine Bedeutung zu. Dies gilt umso mehr, als in den Folgeprovisionen zumindest dann eine anteilige Vermittlungsvergütung enthalten sein muss, wenn keine gesonderte Abschlussvergütung zu zahlen ist, und sich die Höhe dieser Folgeprovisionen – wie überwiegend – nicht von denen unterscheidet, in denen die Zahlung einer ausdrücklichen Abschlussprovision erfolgt. 204

Keine Bedeutung kommt auch dem Umstand zu, dass eine Rückzahlungsverpflichtung bei Fortfall des Versicherungsvertrages nach den Provisionsbestimmungen des Beklagten nur für ausdrücklich als solche bezeichneten Abschlussprovisionen vorgesehen ist. Denn die Zahlung der Folgeprovisionen hing nach den Provisionsbestimmungen ohnehin von der Beitragszahlung des Versicherungsnehmers ab, so dass es insoweit der Regelung einer Rückzahlungsverpflichtung nicht bedurfte, auch wenn sie eine anteilige Vermittlungsvergütung enthielten. 205

Schließlich unergiebig ist auch der Umstand, dass nach den Vereinbarungen der Parteien die Abschlussprovisionsgarantiezahlungen des Beklagten nur mit ausdrücklich als Abschlussprovisionen bezeichneten, vom Kläger erwirtschafteten Vergütungen zu verrechnen waren. Denn wie der Sachverständige – von dem Beklagten unbeanstandet – ausgeführt hat, fand ausweislich der vorliegenden Abrechnungen auch eine Verrechnung der Folgeprovisionsgarantiezahlungen mit den vom Kläger erwirtschafteten Folgeprovisionen statt (SVG 107 ff.). Eine unterschiedliche Behandlung der dem Kläger zustehenden Vermittlungs- und Verwaltungsvergütungen fand nach diesen Vereinbarungen der Parteien somit gerade nicht statt. 206

(b.) 207

Lässt sich, wie dargelegt, anhand der Provisionsregelungen des Beklagten nicht ausschließen, dass in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ noch eine anteilige Vermittlungsvergütung enthalten ist, obliegt dem Beklagten nach dem in diesem Rechtsstreit ergangenen Revisionsurteil des Bundesgerichtshofs die Beweislast für seine gegenteilige Behauptung. Diesen Beweis hat er nicht zu führen vermocht. 208

Dabei verkennt der Senat nicht, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme einiges für die Richtigkeit der Behauptung des Beklagten spricht, mit den Folgeprovisionen habe jedenfalls in den Fällen allein eine verwaltende Tätigkeit des Klägers abgegolten werden sollen, in 209

denen zusätzlich eine Abschlussprovision vereinbart gewesen sei. So hat der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten ausgeführt, der Vortrag des Beklagten erscheine durchaus plausibel, dass er eine vollständige Abgeltung der Vermittlungsleistung durch die als solche ausdrücklich bezeichneten Abschlussprovisionen gewollt habe, sofern er – wie von ihm vorgetragen – sein Vergütungssystem anhand des durchschnittlichen Anteils an verwaltender und vermittelnder Tätigkeit eines Versicherungsvermittlers strukturiert habe. Denn unter Berücksichtigung der von dem Beklagten vorgelegten Zeitanalyse ergebe sich insoweit ein durchschnittlicher Anteil von 41,25 % vermittelnder zu 58,75 % verwaltender Tätigkeit. Mit diesem Verhältnis stünden die tatsächlichen Provisionseinnahmen des Klägers in Einklang, wenn man berücksichtige, dass er eine Vermittlungsagentur neu aufgebaut, also keinen Bestand übernommen habe, und daher zunächst eine entsprechende Umrechnung seiner tatsächlichen Einnahmen vornehme (SVG 233 ff.). Auch spiegele sich eine solche Gewichtung in den dem Kläger gezahlten Abschluss- und Folgeprovisionsgarantien wider (SVG 191 f.). Schließlich ergäbe sich auch im Mittel ein Verhältnis von 39,33 % Vermittlungs- zu 60,67 % Verwaltungsvergütung, wenn man die vereinbarten (ausdrücklichen) Abschlussprovisionen auf die Jahre der vereinbarten Mindestlaufzeit der Versicherungsverträge umlege und in Relation zu den in diesem Zeitraum zu zahlenden Folgeprovisionen setze (SVG 225 ff.).

Indes hat der Sachverständige schon in seinem schriftlichen Gutachten ausgeführt, dass er 210
letztlich eine entsprechende Feststellung nicht zu treffen vermöge. Auch im Rahmen seiner ergänzenden Anhörung hat er nochmals wiederholt, nicht ausschließen zu können, dass in den Folgeprovisionen auch dann eine anteilige Vermittlungsvergütung enthalten sei, wenn zusätzlich eine ausdrücklich als solche bezeichnete Abschlussprovision vereinbart sei. Um dies definitiv beurteilen zu können, hätten ihm weitere aussagekräftige Unterlagen, wie etwa die betriebskalkulatorische Grundlage des Beklagten, Unterlagen über seine unternehmensstrategischen Zielsetzungen, konkurrenzorientierte Aspekte sowie auch die zugrunde gelegte Tätigkeitsstruktur der Versicherungsvertreter und Kostenstruktur einer durchschnittlichen Versicherungsagentur des Beklagten gefehlt.

Auch der Senat vermag danach eine Feststellung dahingehend, dass mit der Zahlung einer 211
Abschlussprovision die Vermittlungsleistung des Klägers in den Fällen bereits vollständig entgolten sein sollte, in denen eine Abschlussprovision vereinbart war, nicht zu treffen. Abgesehen von den verbleibenden Unsicherheiten, die sich bereits nach den Ausführungen des Sachverständigen ergeben, ergeben sich verbleibende Zweifel des Senats auch daraus, dass die vereinbarten Abschlussprovisionen zum Teil erst ab einer bestimmten vereinbarten Vertragslaufzeit gezahlt werden sollten, die Folgeprovisionen in den Fällen, in denen die vereinbarte Vertragslaufzeit geringer war, somit zwingend eine Vermittlungsvergütung beinhalten müssen. Für die verbleibenden Fälle, in denen auch bei einer nur einjährigen vereinbarten Laufzeit des Versicherungsvertrages eine Abschlussprovision vereinbart war, vermag sich der Senat eine hinreichende Überzeugung, dass die Vermittlungstätigkeit vollständig durch die Abschlussprovision vergütet werden sollte, auch deshalb nicht zu bilden, weil sich die Höhe der Folgeprovision hier zumeist von der in den anderen Fällen nicht unterscheidet, ohne dass hierfür Gründe dergestalt dargetan oder ersichtlich sind, dass in diesen Fällen eine höhere Verwaltungsvergütung z.B. aufgrund eines höheren Verwaltungsaufwandes erfolgen sollte.

(2.) 212

Die in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ enthaltene anteilige Vermittlungsvergütung bemisst 213
der Senat für sämtliche Versicherungsarten im Bereich der Sachversicherungen gemäß §

287 ZPO mit 40 %.

- (a.) 214
- Entgegen der Ansicht des Klägers steht ihm zunächst insoweit kein 215
Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB deshalb zu, weil der Agenturvertrag und die
Provisionsregelungen des Beklagten selbst keine Angaben darüber enthalten, inwieweit diese
Provisionen auf die von ihm ausgeübte vermittelnde Tätigkeit und inwieweit sie auf seine
nicht vermittelnde Tätigkeit entfielen. Aus der von dem Kläger insoweit in Bezug
genommenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs ergibt sich ein solches
Leistungsbestimmungsrecht nicht, sondern allein, dass der Vertreter in solchen Fällen eine
bestimmte anteilige Vermittlungsvergütung behaupten darf, die zu widerlegen dann Sache
des Unternehmers ist (BGH NJW-RR 1988, 1061, 1062 f.).
- (b.) 216
- Anders als der Kläger meint, folgt auch nicht aus der Erfolgsbezogenheit der 217
Folgeprovisionen, der Vorschrift des § 87 b Abs. 3 Satz 2 2. HS HGB oder der steuerlichen
Behandlung der Folgeprovisionen, dass sie zu 95 % eine Vermittlungsvergütung enthielten.
Hierauf hat bereits der Bundesgerichtshof in seinem im vorliegenden Rechtsstreit
ergangenen Revisionsurteil hingewiesen. Diese Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs
ist zwar gemäß § 563 Abs. 3 ZPO für den Senat nicht bindend, da sie für die Aufhebung des
vorherigen Berufungsurteils nicht ursächlich geworden ist. Der Senat tritt ihr jedoch
uneingeschränkt bei und nimmt insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich
auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofs Bezug.
- (c.) 218
- Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vermag der Senat auszuschließen, dass in den 219
„Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ eine anteilige Vermittlungsvergütung von mehr als 40 %
enthalten ist.
- (aa.) 220
- Der Sachverständige hat in seinem Gutachten dargelegt, dass bei Zugrundelegung der von 221
dem Beklagten vorgelegten Zeitanalyse die durchschnittliche Tätigkeit eines
Versicherungsververtreters des Beklagten zu 41,25 % in Vermittlungsleistungen und zu 58,75 %
in nicht vermittelnder Tätigkeit besteht (zusammenfassende tabellarische Übersicht SVG
221).
- Hierbei ist er zunächst, anders als der Kläger meint, von einer zutreffenden rechtlichen 222
Bewertung ausgegangen, welche Tätigkeiten als vermittelnd und welche als nicht vermittelnd
anzusehen sind.
- Entgegen der vom Kläger vertretenen Ansicht sind dem Ausgleichsanspruch eines 223
Versicherungsvermittlers nach ständiger Rechtsprechung nur solche Provisionsanteile
zugrunde zu legen, die für seine vermittelnde, also auf den Neuabschluss von
Versicherungsverträgen oder deren Erweiterung gerichtete Tätigkeit gezahlt werden, nicht
hingegen auch Vergütungen für sonstige dem Versicherungsvertreter übertragene Aufgaben
wie der Bestandspflege, der Stornoabwehr, der Bearbeitung von Schadensfällen, der
Kontaktpflege und der Kundenbetreuung im Hinblick auf die Erhaltung und Erweiterung des
Versicherungsbestandes (BGH NJW 1959, 1430, 1432; NJW-RR 2005, 1274, 1275; BGH,

Urt. vom 23. November 2011 – VIII ZR 203/10 – Tz. 30). An dieser auch vom Senat geteilten Auffassung (Senatsurteil vom 18. September 2009 – 18 U 104/05 – Tz. 63) hält der Senat auch unter Berücksichtigung des Vorbringens des Prozessbevollmächtigten des Klägers in der mündlichen Verhandlung fest, der Schutzgedanke des § 89 b HGB gebiete auch eine Berücksichtigung der für die Verwaltungstätigkeit eines Versicherungsvermittlers gezahlten Provisionen. Sinn und Zweck des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB ist die Abgeltung solcher dem Unternehmer verbleibenden Vorteile, die ihm nach Vertragsbeendigung aus der handelsvertreter-spezifischen Tätigkeit des Versicherungsvermittlers verbleiben; hingegen soll ein Ausgleich nicht auch für solche Tätigkeiten erfolgen, die an sich dem Unternehmer selbst obliegen und die für den Handelsvertreter zusätzliche Aufgaben darstellen, für den Begriff des Handelsvertreters jedoch nicht wesentlich sind (so schon BGH NJW 1959, 1430, 1431). Die versicherungsvertreter-spezifische Tätigkeit besteht jedoch allein in der Vermittlung von Neuverträgen. Daher kann auch nur die unmittelbar hierauf gerichtete Tätigkeit des Versicherungsvertreter-s Grundlage der Bemessung seines Ausgleichsanspruchs sein.

Unter Zugrundelegung dessen hat der Sachverständige zutreffend angenommen und bei der 224 Auswertung der Zeitanalyse berücksichtigt, dass nur solche Tätigkeiten des Versicherungsvermittlers ausgleichsrechtlich als vermittelnder Natur relevant sind, die auf den Abschluss von Neuverträgen und die Erweiterung bestehender Versicherungsverträge gerichtet sind, hingegen Tätigkeiten wie die Ausfertigung von Versicherungspolice-n, die Beratung und Betreuung von Versicherungsnehmern, die Mithilfe bei Schadensfällen, die Maßnahmen der Stornoabwehr sowie die Inkassotätigkeit als verwaltende Tätigkeit anzusehen sind (SVG 52 ff.). Gleichfalls zutreffend hat er sodann berücksichtigt, dass von den von dem Beklagten in der Zeitanalyse aufgeführten und auf GA 463 ff. näher beschriebenen Tätigkeiten lediglich die der „Verkaufsgespräche beim Kunden“, „Angebotsvorbereitung“ und „Werbeaktionen“ ausschließlich vermittelnder Natur sind, den dort angeführten Tätigkeiten der „Betreuungsgespräche beim Kunden“, „Schadenbearbeitung beim Kunden“, „Postein- und -ausgang“, „Antragsbearbeitung“, „Police-nkontrolle“, „Provisionsabrechnung“, „Schadenbearbeitung im Büro“, „Schriftverkehr“, „EDV-Eingaben und -Auswertungen“, „Datenpflege“, „Buchhaltung“, „Planung/Steuerung“, „Weiterbildung“, „Abstimmung mit dem Beklagten“, „Gespräche mit Direktionsbeauftragten“ und „Allgemeine Büroarbeiten“ hingegen keine Vermittlungsleistung zukommt und schließlich die weiteren Tätigkeiten „Kundengespräche im Büro“, „Telefonate mit Kunden“, „Terminierung“, „Besuchsvorbereitung“, „Fahrzeiten zum Kunden“ und „Materialverwaltung/Ablage“ sowohl teilweise auf die Vermittlung von Verträgen als auch zum Teil auf verwaltende Tätigkeiten entfallen. Das von dem Sachverständigen so ermittelte Verhältnis der Anteile von vermittelnder und verwaltender Tätigkeit in einer durchschnittlichen Agentur des Beklagten ist daher nicht zu beanstanden.

(bb.) 225

Demgegenüber ohne Erfolg bleibt zunächst der Einwand des Klägers, bestimmte vom 226 Sachverständigen angeführte Tätigkeiten, wie etwa die Police-nkontrolle, hätten ihm nicht obliegen, da die Police-n vom Beklagten direkt an die Versicherungsnehmer versandt worden seien, und die von ihm durchgeführte Schadensregulierung sei gesondert vergütet worden. Der Zeitanalyse liegt schon nicht die konkrete Tätigkeit des Klägers, sondern die einer durchschnittlichen Versicherungsagentur des Beklagten zugrunde. Wie sich aus der von dem Beklagten vorgelegten Zeitanalyse (A 25, GA II 490 ff.) ergibt, haben aber ungefähr die Hälfte der zu ihrer Erstellung herangezogenen Mitarbeiter der Agenturen des Beklagten angegeben, dass ein Teil ihrer Tätigkeit auch auf die Police-nkontrolle entfällt. Wäre eine Kontrolle von Police-n nicht Teil ihrer Tätigkeit, wäre indes davon auszugehen, dass keiner der Mitarbeiter

hier einen auf sie entfallenden Zeitanteil angegeben hätte. Die von dem Kläger angeführte gesonderte Vergütung schließlich bezog sich allein auf vom Versicherungsvertreter selbst vorgenommene Regulierungen von Schadensfällen, nicht aber auf deren Bearbeitung im Übrigen, wie etwa die dem Kläger nach Ziffern II.4. und V.2. des Agenturvertrages obliegenden Aufnahmen von Schadensfällen oder Mitwirkungen an der Ermittlung sowie Feststellung von Schäden.

(cc.)

227

Als unzutreffend hat sich auch der zunächst erfolgte Einwand des Klägers herausgestellt, die Zeitanalyse sei jedenfalls deshalb für die Anteile seiner Vergütungen nicht aussagekräftig, weil sie noch vor Einführung des LAS-Systems, durch das die Verwaltungstätigkeit des Versicherungsvermittlers nicht unerheblich erleichtert worden sei, erstellt worden sei. Denn der Vertreter des Beklagten, Herr y, hat in dem Verhandlungstermin ausgeführt, das LAS-System sei schon zu Beginn seiner Tätigkeit für den Beklagten im Jahre 1984 bei diesem – wenn auch nicht flächendeckend – vorhanden gewesen und genutzt worden, die Zeitanalyse sei hingegen erst ein Jahr vor ihrer Vorlage im hiesigen Rechtsstreit, also etwa 2001 (vgl. GA 461 f.) erstellt worden. Dem ist der Kläger in der mündlichen Verhandlung nicht entgegengetreten, sondern hat vielmehr selbst in Übereinstimmung hierzu vorgetragen, dass auch schon zu Beginn seiner Tätigkeit für den Beklagten das LAS-System vorhanden gewesen und genutzt worden sei. Überdies hat der Senat aber auch keinerlei Anlass, an der Richtigkeit der Angaben des Herrn y zu zweifeln, da dieser sie mit eigenen Erlebnissen zu verknüpfen und anschaulich sowie in jeder Hinsicht glaubhaft zu schildern vermochte.

(dd.)

229

Gleichfalls ohne Erfolg bleibt das Bestreiten des Klägers, dass es sich bei der vorgelegten Zeitanalyse tatsächlich um eine solche des Beklagten handelt, die er mit Hilfe seiner Agenturen erstellt hat. Der Senat hegt keinerlei Zweifel daran, dass die Zeitanalyse, wie von dem Beklagten angegeben, etwa ein Jahr vor ihrer Vorlage im hiesigen Rechtsstreit, also ca. 2001 anhand von Angaben von 13 Agenturen des Beklagten erstellt wurde. Hierfür spricht schon, dass der Beklagte nicht nur die Zeitanalyse vorzulegen, sondern auch die dort lediglich schlagwortartig angeführten Tätigkeiten im Einzelnen näher zu beschreiben vermochte. Weiter berücksichtigt die Zeitanalyse aber auch die – vom Kläger selbst mehrfach betonte – Besonderheit, dass einem Versicherungsvertreter des Beklagten eine Inkassotätigkeit nicht oblag. Ferner weist die Zeitanalyse nicht unerhebliche Abweichungen der Angaben der einzelnen einbezogenen Mitarbeiter auf, was gerade für ihre Authentizität spricht. Denn zum Einen entspricht es der Lebenserfahrung, dass je nach Zuschnitt und Lage einer Agentur unterschiedliche Gewichtungen der einzelnen Tätigkeiten auftreten. Zum Anderen liegt angesichts der nur schlagwortartigen Bezeichnung der einzelnen Tätigkeiten in der Zeitanalyse nahe, dass bei den bei ihr einbezogenen Mitarbeitern Unsicherheiten und unterschiedliche Einschätzungen aufgetreten sind, welche konkret erbrachten Tätigkeiten im Einzelnen welcher aufgeführten Tätigkeitsbeschreibung zuzuordnen ist.

(ee.)

231

Auch vermag der Kläger nicht geltend zu machen, die Zeitanalyse könne jedenfalls deshalb nicht zur Grundlage der Bestimmung der Anteile der von ihm erwirtschafteten Provisionen zugrunde gelegt werden, weil sich seine Tätigkeit schon aufgrund seiner besonderen Situation, nämlich des Neuaufbaus einer Vermittlungsagentur in den neuen Bundesländern unmittelbar nach der Wiedervereinigung, von den Gewichtungen nach der Zeitanalyse deutlich unterschieden habe. Maßgeblich für die Ermittlung der Anteile der Provisionen für

Vermittlungs- und Verwaltungsanteile ist die von dem Beklagten getroffene Zweckbestimmung. Zwischen den Parteien ist jedoch unstreitig, dass ihrem Agenturvertrag die allgemeinen Provisionsbestimmungen und nicht besonders auf die Situation des Klägers zugeschnittene zugrunde liegen.

(ff.) 233

Der Senat erachtet das vom Sachverständigen ermittelte, sich aus der Zeitanalyse ergebende Ergebnis des Verhältnisses von 40 % Vermittlungstätigkeit zu 60 % Verwaltungstätigkeit auch als zutreffend und repräsentativ für eine durchschnittliche Agentur des Beklagten. Der Sachverständige hat zunächst, wie schon ausgeführt, eine zutreffende Zuordnung der einzelnen Tätigkeiten zu den Vermittlungs- und Verwaltungsleistungen vorgenommen. Das danach von ihm gefundene Ergebnis stimmt mit dem Verhältnis der dem Kläger seitens des Beklagten gewährten Vermittlungs- und Verwaltungsprovisionsgaranziezahlungen überein, was dafür spricht, dass der Beklagte in der Tat von einem Verhältnis der vermittelnden Tätigkeit zu der der verwaltenden ausgegangen ist, wie es sich aus der Zeitanalyse ergibt. Es ist weiter mit dem vom Sachverständigen ermittelten Verhältnis der vom Kläger – nach den ersten Jahren – im Jahr 1994 tatsächlich erzielten Vergütungen in Einklang zu bringen, dem aufgrund der zunächst besonderen Situation des Klägers einzigen Jahr, in dem die Struktur seiner Agentur in etwa der einer durchschnittlichen, schon seit längerem bestehenden Agentur entsprach. Und schließlich ergibt sich auch aus den anderen von dem Sachverständigen angeführten Vergleichsstudien im Mittel ein Verhältnis von 40 % zu 60 % der vermittelnden und der verwaltenden Tätigkeit eines Versicherungsvermittlers. Dass diese vom Sachverständigen vergleichsweise angeführten Studien sich auf andere Versicherer beziehen und der Sachverständige die ihnen zugrunde liegenden Quellen nicht überprüft hat, steht der Heranziehung dieser Vergleichsstudien nicht entgegen. Zwar verkennt der Senat nicht, dass das konkrete Tätigkeitsbild eines Versicherungsvermittlers nach den ihm übertragenen Aufgaben sowie dem Umfang der einzelnen Tätigkeiten je nach Versicherer, für den er tätig wird, differieren kann. Indes betrifft dies nicht das Tätigkeitsfeld eines Versicherungsvertreeters insgesamt, sondern lediglich die genaue Gewichtung einzelner Tätigkeiten im Einzelfall, was wiederum durch die Bildung eines Mittelwertes ausgeglichen wird. Und der Umstand, dass drei weitere Studien zu im Mittel vergleichbaren Werten wie der Sachverständige anhand der Auswertung der Zeitanalyse gelangen, belegt, dass unabhängig von einer konkreten Überprüfung ihrer Quellen von einer Verlässlichkeit der Studien auszugehen ist. Denn anderenfalls müssten ihnen angesichts der vergleichbaren Ergebnisse, zu denen sie gelangt sind, in etwa gleichartige Erhebungs- oder Bewertungsfehler zugrunde liegen oder aber die Ermittlung in etwa übereinstimmender Ergebnisse auf reinem Zufall beruhen. Da es sich um insgesamt drei unabhängig voneinander erstellte Vergleichsstudien handelt und diese überdies im Mittel auch mit dem im vorliegenden Rechtsstreit von dem Sachverständigen – fehlerfrei – ermittelten Ergebnis übereinstimmen, vermag der Senat derartiges indes auszuschließen.

(gg.) 235

Aufgrund des vom Sachverständigen mit Hilfe der Zeitanalyse ermittelten Verhältnisses der Vermittlungstätigkeit eines durchschnittlichen Versicherungsvertreeters des Beklagten zu seiner verwaltenden Tätigkeit schätzt der Senat die in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ enthaltenen Anteile einer Vermittlungsvergütung auf maximal 40 %.

Einer solchen Schätzungsgrundlage steht nicht der Einwand des Klägers entgegen, dass die Zeitanalyse – unstreitig – nicht Grundlage bei Erstellung des Provisionssystems des Beklagten gewesen ist. Denn dies steht nicht der Annahme entgegen, dass der Beklagte –

wie von ihm vorgetragen – mit seinem Provisionssystem die vermittelnde und die verwaltende Tätigkeit seiner Versicherungsvertreter entsprechend den auf ihnen durchschnittlich entfallenden zeitlichen Arbeitsaufwand vergüten will. Der Senat erachtet diesen Vortrag nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vielmehr als glaubhaft und bewiesen. Der Sachverständige hat anhand der von ihm vorgenommenen, auch von den Parteien nicht in Zweifel gezogenen Vergleichsrechnungen anhand der tatsächlichen Provisionsverdienste des Klägers in 1994 ermittelt, dass sich die Anteile der Vermittlungs- und Verwaltungsvergütung einer durchschnittlichen Agentur des Beklagten tatsächlich mit dem sich aus der Zeitanalyse des Beklagten ergebenden Verhältnis der vermittelnden und nicht vermittelnden Tätigkeiten in Übereinstimmung bringen lassen. Schon dies spricht für einen Willen des Beklagten, die Vergütung seiner Versicherungsvermittler diesem Verhältnis anzupassen. Seine Bestätigung findet ein solcher Wille des Beklagten weiterhin auch in den dem Kläger gewährten Provisionsgarantien. Die Gewährung zweier unterschiedlicher Provisionsgarantien erschiene nicht verständlich, wenn der Beklagte mit beiden – wie es sich als Konsequenz aus der Behauptung des Klägers ergeben würde – nahezu ausschließlich eine Mindestvergütung für die Vermittlungstätigkeit des Versicherungsvermittlers hätte absichern wollen. Geht man somit davon aus, dass er die Vergütung unterschiedlicher Tätigkeiten damit absichern wollte, spricht der Umstand, dass die Folgeprovisionsgarantie die Abschlussprovisionsgarantie deutlich übersteigt, dafür, dass der Beklagte von einem Überwiegen der mit der Folgeprovisionen abgegoltenen Tätigkeit sowie davon ausgegangen ist, dass sich dies auch in den letztlichen – mit den Provisionsgarantien abgesicherten – Vergütungen widerspiegeln werde. Schließlich geht aber auch der Kläger selbst bei seiner Berechnung des Ausgleichsanspruchs davon aus, dass dem Provisionssystem des Beklagten eine den Anteilen von vermittelnder und nicht vermittelnder Tätigkeit entsprechende Vergütung zugrunde liege. Denn auch der Kläger begründet den von ihm behaupteten Anteil der Vermittlungsvergütung von 95 % in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ maßgeblich und in erster Linie damit, dass dies dem Verhältnis der von ihm erbrachten vermittelnden und nicht vermittelnden Tätigkeit entspreche. Hierbei nimmt er lediglich eine von dem Beklagten abweichende Zuordnung der konkreten einzelnen Aufgaben zur vermittelnden und nicht vermittelnden Tätigkeit eines Versicherungsvertreters vor.

(d.) 238

Hingegen vermag der Senat nicht – auch nicht für einzelne Versicherungsarten – 239
festzustellen, dass ein geringerer Anteil als 40 % als Vermittlungsvergütung in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ enthalten ist, was sich zu Lasten des insoweit beweispflichtigen Beklagten auswirkt.

Zwar liegt eine solche Annahme sehr nahe, da in den Fällen, in denen die Zahlung einer 240
zusätzlichen Abschlussvergütung vorgesehen ist, diese – wie der Sachverständige dargelegt hat – bereits im Mittel zumeist 40 % der unter Einbeziehung der in der vereinbarten Versicherungsvertragslaufzeit auf diese entfallende Gesamtvergütung ausmacht.

Indes ist bei einer nicht unerheblichen Anzahl von Arten der Sachversicherungen eine solche 241
zusätzliche Abschlussvergütung, wie schon angeführt, nur für den Fall der Vermittlung von Versicherungsverträgen mit einer vereinbarten Mindestlaufzeit von 5 Jahren vorgesehen. Dass und weshalb dann der hier zwingend in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ enthaltene Anteil der Vermittlungsvergütung weniger als 40 % betragen sollte, ist weder ersichtlich noch dargelegt. Geht man entsprechend dem Vortrag des Beklagten davon aus, dass der Anteil der vermittelnden zu der verwaltenden Tätigkeit einer durchschnittlichen für ihn arbeitenden Agentur 40 % zu 60 % beträgt und dies der Maßstab für die Vergütungsanteile sein soll,

kann, solange – wie hier – seitens des Versicherers nichts anderes dargelegt ist, zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass dann auch in den zwingend die Vermittlungsvergütung umfassenden Folgeprovisionen ein solches Vergütungsverhältnis enthalten ist. Gleiches gilt dann aufgrund der zumeist identischen Höhe der Folgeprovisionen auch für die Fälle, in denen schon bei Vermittlung eines nur einjährigen Versicherungsvertrages die zusätzliche Zahlung einer Abschlussprovision vorgesehen ist. Für eine hiervon abweichende Feststellung wäre zunächst ein konkreter Vortrag des Beklagten erforderlich gewesen, der zwischen den einzelnen Sachversicherungssparten differenziert hätte, der indes nicht vorliegt.

Der Senat vermag auch nicht für die Fälle, für die der Beklagte konkret geringere Vermittlungsvergütungsanteile in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ behauptet hat, nämlich Verkehrsserviceversicherungen, bestimmte Tierversicherungen, Jagdhaftpflichtversicherungen und Rechtsschutzversicherungen bezüglich bestimmter Risiken, eine entsprechende Feststellung zu treffen. Zwar hat der Beklagte hier konkrete Umstände vorgetragen, aus denen sich ein von dem sich aus der Zeitanalyse ergebendes Ergebnis abweichendes Verhältnis der Vermittlungstätigkeit und -vergütung zu dem der verwaltenden Tätigkeit und Vergütung ergeben soll. Indes ist weder ersichtlich noch dargetan, dass der Beklagte seinem Provisionssystem generell eine spezielle Kalkulation für die einzelnen Sachversicherungsarten unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Besonderheiten zugrunde gelegt hat oder aber jedenfalls speziell für diese angeführten Versicherungssparten. 242

Der Senat vermag weiter nicht festzustellen, dass nur in der erstjährigen „Folgeprovision ab 1. Jahr“ eine dementsprechende anteilige Vermittlungsvergütung enthalten ist, was gleichfalls zu Lasten des insoweit beweispflichtigen Beklagten geht. Zum Einen ist eine solche Feststellung schon deshalb nicht möglich, weil der Sachverständige nicht auszuschließen vermochte, dass auch in den ab dem zweiten Versicherungsjahr zu zahlenden Folgeprovisionen anteilige Vermittlungsvergütungen enthalten sind. Zum Anderen spricht aber auch gegen eine solche Annahme die stets gleichbleibende Höhe der Folgeprovisionen. Denn liegt ihnen, wie vom Beklagten vorgetragen, dass Verhältnis der Vermittlungs- zur Verwaltungsleistung eines Versicherungsvertreters zugrunde, und würde die Vermittlungsleistung nur mit der ersten Folgeprovision abgegolten werden, wäre zu erwarten gewesen, dass sich die Folgeprovisionen für das erste Jahr und für die Zeit danach unterscheiden würden. 243

cc. 244

Die Abwanderungsquote schätzt der Senat in dem Bereich der Sachversicherungen unter Zugrundelegung der vom Sachverständigen anhand der Abwanderung in der Vertragslaufzeit ermittelten Zahlen auf 10,28 %. 245

(1.) 246

Maßgeblich für die Prognose der Abwanderungsquote ist grundsätzlich allein die Entwicklung (Kundenbewegung) bis zur Vertragsbeendigung, so dass die vom Beklagten angeführte Entwicklung der Versicherungsvertragsverhältnisse nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses der Parteien keine Berücksichtigung findet. Denn da der Ausgleichsanspruch mit der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses entsteht und fällig wird, kann Grundlage seiner Berechnung somit nur eine zu diesem Zeitpunkt zu stellende Prognose sein, die sich als richtig oder unrichtig erweisen, aber nicht durch später eintretende Umstände ändern kann. Solche können deshalb nur dann in die Prognose einfließen, wenn sie im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung bereits abzusehen gewesen sind 247

(BGH NJW 1998, 71, 75; NJW 1999, 2668, 2670; BGH, Urteil vom 17. November 2010 - VIII ZR 322/09 Tz. 16).

Diese Prognose ist indes – anders als vom Kläger vorgenommen – allein anhand der Umsatzentwicklung in der Vertragslaufzeit und nicht auch unter Berücksichtigung der Anzahl der vermittelten Verträge vorzunehmen. Denn der Ausgleichsanspruch soll die voraussichtlichen entgehenden Provisionen abgelden. Diese richten sich jedoch nur nach den Prämieinnahmen des Versicherers, die wiederum hinsichtlich einzelner Versicherungsnehmer bzw. -verträge deutliche differieren können.

(2.)

Gemessen an diesen Maßstäben schätzt der Senat – unter Zugrundlegung eines maßgeblichen Prognosezeitraums von 6 Jahren, wie später noch ausgeführt wird – vorliegend die Abwanderungsquote auf 10,28 %.

Diese Schätzung beruht auf den Werten, die der Sachverständige in seinem Gutachten – von beiden Parteien unbeanstandet – unter Berücksichtigung der tatsächlichen Abwanderung während des Bestehens des Vertragsverhältnisses der Parteien wie folgt ermittelt hat (Tabelle SVG 417):

Jahr	Anzahl Verträge Jahresbeginn bzw. 31.01.1995	Anzahl stornierte Verträge	Anzahl stornierte Verträge (in %)
1995	622	-71	-11,41%
1996	551	-66	-11,98%
1997	485	-59	-12,16%
1998	426	-39	-9,15%
1999	387	-32	-8,27%
2000	355	-31	-8,73%
Durchschnitt			-10,28%

Der Senat legt dabei - abweichend von den von den Parteien vorgelegten Anlagen K 7 und K 9 sowie B 2 und B 10 – seiner Schätzung die von dem Sachverständigen auf Seite 386 seines Gutachtens unter 5.4.3.3.2 bereinigten Umsatzentwicklungen zugrunde. Denn wie der Sachverständige zutreffend – und auch von den Parteien unbeanstandet – ausgeführt hat, berücksichtigen die von dem Kläger angeführten Umsatzzahlen Beitragsänderungen und Umsatzausweitungen nicht, so dass bei der vom Kläger vorgenommenen Berechnung aus der Abwanderung resultierende Umsatzminderungen durch Umsatzsteigerungen aus fortgeführten Verträgen in erheblichem Maße kompensiert werden (SVG 385 f.). Maßgeblich für die Bestimmung der Abwanderungsquote ist jedoch allein die Umsatzminderung, die sich aus dem Fortfall von Versicherungsverträgen ergibt.

dd.	
Der Senat legt seiner Schätzung in Übereinstimmung mit dem Kläger und abweichend vom Vortrag des Beklagten weiterhin einen degressiven Verlauf der Abwanderung zugrunde. Denn wie bereits der Sachverständige in seinem Gutachten zutreffend ausgeführt hat (SVG 419), ergibt sich anhand der tatsächlichen Abwanderung während des Vertragsverhältnisses der Parteien, dass diese degressiv verlaufen ist.	255
ee.	256
Ferner legt der Senat seiner Prognose einen Zeitraum von 6 Jahren zugrunde.	257
(1.)	258
Es entspricht einhelliger Meinung in Rechtsprechung (BGH NJW 1999, 2668, 2670; OLG Celle, Urt. vom 18.04.2002 – 11 U 210/01, juris Rn. 20 f.) sowie auch überwiegender Ansicht der Literatur (Küstner in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 2, 8. Aufl., Kap. VIII Rn. 88, S. 293), dass der Prognose nur eine überschaubare und abschätzbare Zeitspanne zugrunde gelegt werden darf und auch im Falle einer nur geringen Abwanderungsquote nicht zwingend ein ihr entsprechend langer Prognosezeitraum zugrunde zu legen ist, insbesondere der Prognosezeitraum nicht bei Multiplikation mit der Abwanderungsquote 100 % ergeben muss.	259
(2.)	260
Unter Zugrundelegung dessen bemisst der Senat den Prognosezeitraum vorliegend mit 6 Jahren. Dabei hat er einerseits berücksichtigt, dass nach der ermittelten Abwanderungsquote davon auszugehen ist, dass über einen solchen Zeitraum und sogar darüber hinausgehend noch vom Kläger vermittelte Sachversicherungen in dem Bestand des Beklagten vorhanden sind und der Sachverständige in seinem Gutachten ausführt, er halte sogar den vom Kläger angeführten Gesamtbetrachtungszeitraum von 15 Jahren selbst unter Berücksichtigung dessen als realistisch, dass dieser fehlerhaft seiner Berechnung die durchschnittliche Vertragslaufzeit und nicht die durchschnittliche Restlaufzeit zugrunde gelegt habe (SVG 409). Andererseits hat der Senat aber auch zugrunde gelegt, dass der von ihm angenommene Zeitraum schon eine Bindung beinhaltet, die die höchst zulässige Dauer überschreitet, mit der ein Versicherungsunternehmer einen Versicherungsnehmer von vorneherein binden darf (vgl. auch OLG Celle, Urt. vom 18. April 2002 – 11 U 210/01, juris Rn. 21). Weiterhin trägt diese Begrenzung des Prognosezeitraums auch dem Umstand Rechnung, dass nach 6 Jahren fortdauernder Beziehung eines Kunden zu einem Versicherungsunternehmen nach Ausscheiden des ihn werbenden Versicherungsvertreters davon ausgegangen werden kann, dass der persönliche Einfluss des Vertreters auf die Bindung des Kunden an das Unternehmen beendet sein dürfte (vgl. auch OLG Celle aaO).	261
ff.	262
Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen, nämlich einer im letzten Vertragsjahr in den „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ enthaltenen Vergütung der Vermittlungstätigkeit des Klägers von 8.553,11 DM (40 % von 21.382,78 DM), einer degressiv verlaufenden Abwanderung von durchschnittlich 10,28 % sowie eines Prognosezeitraums von 6 Jahren ergeben sich zunächst voraussichtliche Vermittlungsprovisionsverluste des Klägers aufgrund der Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien im Bereich der Sachversicherungen in Höhe von 35.711,95 DM:	263

1. Jahr	7.673,85 DM	264
2. Jahr	6.884,98 DM	
3. Jahr	6.177,20 DM	
4. Jahr	5.542,19 DM	
5. Jahr	4.972,45 DM	
6. Jahr	4.461,28 DM	
Summe	35.711,95 DM	

Die zunächst so ermittelten voraussichtlichen Verluste des Klägers an Vermittlungsprovisionen im ersten Jahr nach Beendigung des Vertragsverhältnisses sind weiter um den Betrag zu kürzen, den er tatsächlich noch ausgezahlt erhalten hat. Denn der Kläger hat Anfang 1995 von dem Beklagten insgesamt 3.228,40 DM als „Folgeprovisionen ab 1. Jahr“ erhalten, die auf den Zeitraum Februar bis einschließlich Dezember 1995 entfielen (GA I 136 f.). Die darin enthaltene anteilige Vermittlungsvergütung von 1.291,36 DM (40 % von 3.228,40 DM) ist ihm somit, da er – wie später noch ausgeführt wird – insoweit zu einer Rückzahlung nicht verpflichtet ist, nicht aufgrund der Vertragsbeendigung entgangen. Somit ergeben sich zu berücksichtigende voraussichtliche Provisionsverluste des Klägers in Höhe von 34.420,59 DM:

1. Jahr	6.382,49 DM	266
2. Jahr	6.884,98 DM	
3. Jahr	6.177,20 DM	
4. Jahr	5.542,19 DM	
5. Jahr	4.972,45 DM	
6. Jahr	4.461,28 DM	
Summe der in den 6 Folgejahren voraussichtlich entgehenden Vermittlungsprovisionen	34.420,59 DM	

Diese voraussichtlichen Provisionsverluste sind unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sie dem Kläger bereits mit Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien am 01.02.1995 zustanden, sie indes erst künftig über den Zeitraum von 6 Jahren monatlich zu zahlende Provisionen ausgleichen sollen, abzuzinsen.

Diese gebotene Abzinsung entfällt nicht etwa deshalb, weil der Kläger den Ausgleichsbetrag nicht früher erhält als er die Vermittlungsprovisionen erhalten hätte. Denn der Nachteil, den

der Handelsvertreter durch die verspätete Zahlung erleidet, wird durch Fälligkeits-, Prozess- und Verzugszinsen ausgeglichen (BGH NJW 1998, 71, 75).

Da mit der Abzinsung der Kapitalisierungseffekt ausgeglichen werden soll, den der Handelsvertreter durch die frühere Zahlung der „Provisionen“ bzw. des Ausgleichs für diese erhält, ist für den Abzinsungsfaktor maßgeblich, welche Zinsen er aufgrund des früheren Erhalts mit den Geldern erwirtschaften konnte bzw. hätte erwirtschaften können. Diesen voraussichtlichen Anlagezins bemisst der Senat vorliegend mit 5 % p.a., da 1995 der Anlagezins in etwa dieser Größenordnung entsprach. 269

Weiter nimmt der Senat in Übereinstimmung mit dem seitens des Beklagten unbeanstandet gebliebenen Vortrag des Klägers die Abzinsung nach Gillardon vor. Der danach unter Berücksichtigung der Umstände, dass die Provisionen monatlich zu zahlen gewesen wären und ein Prognosezeitraum von 6 Jahren zugrunde zu legen ist, maßgebliche Multiplikationsfaktor beträgt 62,0928 (Gross, Multifaktoren, 3. Aufl., Teil 1, S. 53). 270

Somit ergibt sich ein abgezinster, zunächst entstandener Ausgleichsanspruch des Klägers im Bereich der Sachversicherungen in Höhe von 29.684,32 DM wie folgt: 271

1. Jahr	5.504,26 DM	272
2. Jahr	5.937,61 DM	
3. Jahr	5.327,22 DM	
4. Jahr	4.779,58 DM	
5. Jahr	4.288,24 DM	
6. Jahr	3.847,41 DM	
Summe der abgezinster in den 6 Folgejahren voraussichtlich entgehenden Vermittlungsprovisionen	29.684,32 DM	

3. 273

Den im Bereich der Kfz-Versicherungen zunächst entstandenen Ausgleichsanspruch schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO auf 19.868,23 DM. 274

a. 275

Hierbei legt er zunächst den zwischen den Parteien unstreitigen Verdienst des Klägers an unbenannten Provisionen für die Kfz-Versicherungen im letzten Vertragsjahr von 39.590,40 DM zugrunde. 276

b. 277

Den Anteil der in diesen unbenannten Provisionen enthaltenen Vermittlungsvergütung bemisst der Senat mit 20 %, also 7.918,08 DM. 278

279

aa.

Der Senat erachtet aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme als feststehend, dass in den unbenannten Provisionen eine höhere Vermittlungsvergütung nicht enthalten ist. 280

Der Sachverständige hat in seinem Gutachten ausgeführt, dass ausgehend von der Zeitanalyse des Beklagten sowie den Besonderheiten im Kraftfahrzeugversicherungsbereich der Anteil der in den unbenannten Folgeprovisionen enthaltenen Vermittlungsvergütung 15 % bis 20 % betrage. Zwar sei auch bei ihnen selbstverständlich ein gewisser Klärungs- und Beratungsbedarf im Vorfeld des Vertragsabschlusses vorhanden, wie etwa bezüglich des Leistungsumfanges (der Reichweite des Versicherungsschutzes), der Voraussetzungen für Beitragsnachlässe (gefahrte Kilometer im Jahr, Vorhandensein einer Garage etc.), der Zusatzangebote wie Vollkasko- und Teilkaskoschutz oder aber der Fragen zum besonderen Schutz bei Leasing- oder kreditfinanzierten Fahrzeugen (SVG 238). Indes erscheine der Vortrag des Beklagten als durchaus nachvollziehbar, dass der Akquisitionsaufwand bei diesen Versicherungen im Vergleich zu den Sachversicherungen aufgrund der Rechtsnatur der Kfz-Versicherung als Pflichtversicherung (SVG 119 und 237) sowie auch der betragsmäßigen Begrenzung nach der Tarifordnung geringer sei (SVG 119). 281

Diesen überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen schließt sich der Senat an und macht sie sich vollumfänglich zueigen. Dabei erkennt er nicht, dass im Einzelfall auch bei dieser Versicherungssparte ein höherer Akquisitionsaufwand erforderlich sein kann und wird, um einen potentiellen Kunden von dem Abschluss einer Kfz-Versicherung bei einem bestimmten Versicherer, hier dem Beklagten, zu überzeugen. Indes folgt aus dem Umstand der Rechtsnatur dieser Versicherung als Pflichtversicherung, dass bei ihr – von Zusatzangeboten wie etwa Vollkasko- oder Teilkaskoschutz abgesehen – grundsätzlich, anders als bei den (meisten) Schadensversicherungen, eine Überzeugung des Versicherungsnehmers von der Notwendigkeit der Versicherung des Risikos entbehrlich ist. Weiter legt dieser Umstand auch nahe, dass sich der durchschnittliche Akquisitionsaufwand des Versicherungsvertreters hier auch dadurch verringert, dass sich verhältnismäßig mehr Kunden ohne vorherige Ansprache von sich aus an ihn wenden und um den Abschluss einer solchen Versicherung nachfragen. 282

Dass der Beklagte diesem geringeren Akquisitionsaufwand auch mit seinem Provisionssystem Rechnung tragen wollte, erachtet der Senat als in jeder Hinsicht glaubhaft. Hierfür spricht insbesondere die von dem Sachverständigen in seinem Gutachten vorgenommene Vergleichsrechnung, wonach sich – unter Berücksichtigung der vom Kläger erwirtschafteten Provisionen – bei Zugrundelegung einer anteiligen Vermittlungsvergütung von 17,5 % in den unbenannten Provisionen ein Verhältnis der erwirtschafteten Provisionen insgesamt von etwa 40 % Vermittlungsvergütungen und 60 % Verwaltungsvergütungen ergibt, das somit dem aus der Zeitanalyse des Beklagten ermittelten Anteil der vermittelnden und verwaltenden Tätigkeit eines durchschnittlichen Versicherungsvertreters entspricht. 283

Einer solchen Feststellung steht nicht entgegen, dass diese Versicherungen – schon nach dem eigenen Vortrag des Beklagten – in der Zeit nach ihrem Abschluss zumeist sehr arbeitsintensiv und aus diesem Grunde nach den Ausführungen des Sachverständigen bei den Versicherungsvertretern nicht sonderlich beliebt sind. Denn daraus folgt nicht zwingend, dass der Versicherer bewusst als Anreiz zur Vermittlung auch solcher Versicherungen eine höhere Abschlussvergütung gewähren will. Zum Einen kann die höhere Arbeitsintensität nämlich auch durch eine entsprechend höhere Verwaltungsvergütung ausgeglichen und so der Anreiz für den Versicherungsvertreter zur Vermittlung auch dieser Versicherungen geschaffen werden. Zum Anderen begründet eine höhere Arbeitsintensität einer 284

Versicherungssparte für ein Versicherungsunternehmen höhere Verwaltungskosten, sei es, weil es die Verwaltungstätigkeit durch eigene festangestellte Mitarbeiter selbst durchführt oder aber – gegen entsprechende Vergütung – auf seine Versicherungsvertreter überträgt, so dass zunächst unter Berücksichtigung dessen ein gesteigertes Interesse des Versicherungsunternehmens an der Vermittlung gerade dieser Versicherung nicht naheliegend ist. Soweit der Kläger demgegenüber diesbezüglich vorträgt, die Kfz-Versicherungen seien ein „Türöffner“ für weitere Versicherungen, so dass bei ihnen die Annahme der Zahlung einer höheren Abschlussvergütung naheliegend sei, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Der Senat verkennt nicht, dass das Bestehen einer Kfz-Versicherung bei dem Beklagten die Vermittlung des Abschlusses auch anderer Versicherungen bei diesem an denselben Versicherungsnehmer erleichtern kann. Dies gilt indes auch für andere Versicherungen, da es allgemeiner Lebenserfahrung entspricht, dass ein Versicherungsnehmer eher geneigt ist, weitere Versicherungen bei einem ihm schon bekannten Versicherungsunternehmen abzuschließen, als seine diversen Versicherungen auf verschiedene Versicherungsunternehmen zu verteilen.

bb. 285

Hingegen vermag der Senat keine Feststellung dahingehend zu treffen, dass der Anteil der Vermittlungsvergütung in den unbenannten Provisionen weniger als 20 % beträgt. 286

Der Sachverständige hat den Anteil der Vermittlungsvergütung lediglich mit 15 % bis 20 % zu beziffern vermocht, so dass unter Berücksichtigung der Beweislast des Beklagten davon auszugehen ist, dass 20 % der unbenannten Provisionen eine Vergütung für die Vermittlungstätigkeit darstellen. 287

Etwas anderes folgt nicht daraus, dass sich nach den von dem Sachverständigen angeführten Berechnungen unter Zugrundelegung schon eines Vermittlungsvergütungsanteils von 17,5 % in den unbenannten Kfz-Provisionen ein Verhältnis der Gesamtvergütung eines durchschnittlichen Versicherungsvertreters des Beklagten von 40 % Vermittlungs- zu 60 % Verwaltungsvergütung ergibt. Denn da diesem ermittelten Verhältnis eine Gesamtbetrachtung sämtlicher Versicherungsarten zugrunde liegt und eine Differenzierung zwischen den einzelnen Versicherungsarten schon mangels entsprechenden Vortrages des Beklagten nicht möglich ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Vergütung der Vermittlungsleistung im Bereich der Kfz-Versicherung doch mit den vom Sachverständigen auch noch als möglich und plausibel erachteten 20 %, hingegen die einzelner Arten der Sachversicherungen mit weniger als 40 % erfolgt, so dass sich auch dann wiederum ein Mittelwert von 40 % Vermittlungsvergütung zu 60 % Verwaltungsvergütung ergeben würde. Überdies spricht für die Annahme eines zwanzigprozentigen Anteils einer Vermittlungsvergütung in den unbenannten Provisionen der eigene Vortrag des Beklagten, dass der Schnitt des Anteils der verwaltenden Tätigkeit des Versicherungsvermittlers in diesem Versicherungsbereich mit 80 % anzusetzen sei (GA III 790) und er mit seinem Provisionssystem den Anteilen an vermittelnder und verwaltender Tätigkeit der Versicherungsvermittler habe Rechnung tragen wollen. 288

cc. 289

Gleichfalls vermag der Senat nicht festzustellen, dass die anteilige Vermittlungsvergütung lediglich in der erstjährigen unbenannten Provision enthalten ist. Abgesehen davon, dass der Sachverständige eine entsprechende Feststellung nicht zu treffen vermocht hat (SVG 114 ff.), steht ihr auch der erstinstanzliche Vortrag des Beklagten entgegen, dass in den laufenden unbenannten Provisionen grundsätzlich anteilig Abschlussvergütungen enthalten seien und 290

auch enthalten sein müssten, da es sich bei diesen Versicherungen um wenig bestandsfeste Verträge mit relativ hohen und unkalkulierbaren Risiken handele, weshalb der Versicherer die Provisionsbelastung auf die gesamte Vertragsdauer verteilen müsse (GA 112). Zwar hat der Beklagte im späteren Verlauf des Rechtsstreits ausdrücklich behauptet, eine anteilige Vermittlungsvergütung sei nur in der erstjährigen Provision enthalten. Indes hat er schon selbst keine Gründe für seine Abkehr von seinem vorherigen Vorbringen dargetan.

Auch aufgrund des von dem Beklagten angeführten § 31 Tarifverordnung ist eine abweichende Feststellung nicht möglich. Denn die dort enthaltene Beschränkung einer zulässigen einmaligen Vergütung der Abschlussleistung des Versicherungsvermittlers auf maximal 11 % des jährlichen Nettoversicherungsbetrages gilt gemäß seinem Absatz 5 nur, wenn sich – anders als beim Kläger – dessen Tätigkeit auf den Abschluss des Versicherungsvertrages beschränkt. 291

Die von dem Beklagten weiter angeführte geringe Bestandsfestigkeit der Kfz-Versicherungsverträge und ihr hohes Risiko sprechen ebenso wie die gleichbleibende Höhe der unbenannten Provisionen nach Ansicht des Senats, anders als der Beklagte meint, eher gegen eine vollständige Abgeltung der Vermittlungsleistung allein mit der erstjährigen Provision. Denn dies ist gerade typisch für einjährige Versicherungsverträge mit Verlängerungsklauseln oder mehrjährigen Versicherungsverträgen mit erhöhtem Risiko, um dauernde Provisionsrückbuchungen oder -nachzahlungen zu vermeiden (Küstner in Küstner/Thume, aaO, Kap. VIII Rn. 190 ff., S. 332 ff.). 292

Schließlich rechtfertigt auch der Umstand keine andere Feststellung, dass der Beklagte die unbenannten Provisionen ab dem 3. Jahr nach Bestandsübernahme an den übernehmenden Versicherungsvertreter ungekürzt und in den ersten beiden Jahren in hälftiger Höhe auszahlt, wobei die zunächst erfolgende Kürzung wirtschaftlich durch die ausgleichsrechtliche Behandlung dieser Provisionen kompensiert werden soll. Diesbezüglich wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die entsprechenden Ausführungen zu den Sachversicherungen verwiesen. 293

c. 294

Die unter Berücksichtigung der Restlaufzeit der Versicherungsverträge zu bestimmende voraussichtliche Abwanderungsquote schätzt der Senat auf 15 %. 295

aa. 296

Der Senat ist insoweit zunächst, anders als der Kläger, der Ansicht, dass auch im Falle eines Fahrzeugwechsels ein Fortfall des alten Versicherungsvertrages und hinsichtlich des neuen Fahrzeuges ein neuer Versicherungsvertrag vorliegt. Denn mit der Abmeldung eines Altfahrzeuges entfällt für den Versicherungsnehmer dieses versicherte Risiko, während mit der Anschaffung eines Neufahrzeuges ein von ihm neu zu versicherndes Risiko entsteht. Dass er dieses bei demselben Versicherungsunternehmen versichert, steht der Annahme eines Neuvertrages nicht entgegen. Denn aufgrund des ihm zustehenden Sonderkündigungsrechts ist er in diesen Fällen an den Altversicherer nicht gebunden, sondern steht ihm auch ein Wechsel zu einem anderen Versicherungsunternehmen offen, ohne dass er aufgrund des Altvertrages noch (Zahlungs-)Verpflichtungen zu befürchten hätte. Hinzu tritt, dass sich maßgebliche Parameter für die Versicherungsprämie, wie Hubraum des Fahrzeuges, Schadens- und Diebstahlsgefährdung etc., mit dem Erwerb eines Neufahrzeuges nicht selten ändern, was ebenfalls für die Bewertung des Neufahrzeuges als ein neu zu versicherndes Risiko spricht. Ob weiterhin für eine solche Einordnung auch der 297

Umstand spricht, dass der Beklagte in diesen Fällen neue Vertragsnummern vergibt, oder ob dem angesichts dessen, dass andere Versicherungsunternehmen dies nicht tun, keine Bedeutung zukommt, bedarf daher insoweit keiner Entscheidung mehr.

Gegen die vom Senat vorgenommene Beurteilung spricht nicht, dass einem Versicherungsnehmer im Fall eines Fahrzeugwechsels nicht selten die Konditionen des Altvertrages angeboten werden, wenn sich die Konditionen des Versicherungsunternehmens grundsätzlich nachteilig verändert haben. Denn damit ist nicht gesagt, dass das Versicherungsunternehmen „lediglich“ von einer Fortführung des Altvertrages ausgeht, da es damit auch allein das Ziel einer Kundenbindung verfolgen kann.

298

Schließlich spricht auch die vom Kläger angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Fälle eines engen wirtschaftlichen Zusammenhanges zweier Verträge, wenn sie demselben Versicherungsbedürfnis dienen, nicht gegen die vom Senat vorgenommene Bewertung. Diese Rechtsprechung verhält sich nicht zu der Frage, wie die „Altverträge“ im Rahmen der Schätzung der Abwanderungsquote zu berücksichtigen sind, sondern dazu, ob für einen Versicherungsvertreter im Hinblick auf § 87 Abs. 3 HGB Provisionsverluste auch insoweit entstehen können, als Versicherungsverträge erst nach Beendigung seiner Tätigkeit zustande kommen, die sich jedoch nur als „Fortführung“ des von ihm vermittelten Versicherungsvertrages – z.B. aufgrund einer Verlängerungsklausel – oder aber deshalb als noch von ihm vermittelt darstellen, weil sie in einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Altverträgen stehen und dem gleichen Versicherungsbedürfnis dienen (BGHZ 34, 310 ff.; 59, 125, 126 f.; BGH, Urt. vom 23. November 2011 – VIII ZR 203/10 – Tz. 30; Küstner in Küstner/Thume, aaO, Kap. VIII Rn. 242 ff., Seite 348 ff.). Der Senat stellt jedoch nicht in Frage, dass dem Kläger ein Ausgleichsanspruch auch hinsichtlich der versicherten Neufahrzeuge zusteht, sondern bewertet lediglich bei der Bestimmung der Abwanderungsquote einen Fahrzeugwechsel als Fortfall des ursprünglichen Versicherungsvertrages.

299

bb.

300

Unter Berücksichtigung dessen ergibt sich anhand der Entwicklung der Kraftfahrzeugversicherungen während der Laufzeit des Agenturvertrages der Parteien – bei Zugrundelegung eines sechsjährigen Prognosezeitraums, wie nachfolgend noch ausgeführt wird – nach den unbeanstandet gebliebenen Ausführungen des Sachverständigen eine Abwanderungsquote von rund 15 % (SVG 367 und 425):

301

Jahr	Anzahl Verträge Jahresbeginn bzw. 31.01.1995	Anzahl stornierte Verträge	Anzahl stornierte Verträge (in %)
1995	601	-128	-21,30%
1996	473	-85	-17,97%
1997	388	-56	-14,43%
1998	332	-44	-13,25%
1999	288	-39	-13,54%

302

2000	249	-30	-12,05%
Durchschnitt			-15,42%

Die Fälle von Wiederinkraftsetzungen von Verträgen hat der Senat hier hingegen nicht als (vorherigen) Fortfall des Versicherungsvertrages bewertet, da wieder in Kraft gesetzt nur ein (noch) bestehender Versicherungsvertrag werden kann. Letztlich wirkt sich dies – wie schon der Sachverständige dargelegt hat – im vorliegenden Fall wirtschaftlich aber so gut wie überhaupt nicht aus, da nur eine unbedeutende Zahl von Versicherungsverträgen hiervon überhaupt betroffen ist. 303

d. 304

Den Prognosezeitraum bemisst der Senat auch bei diesen Versicherungen mit 6 Jahren. Insoweit nimmt er zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst Bezug auf seine entsprechenden Ausführungen zum Prognosezeitraum bei den Sachversicherungen. 305

Der Senat erachtet die Zugrundlegung eines nur geringeren Prognosezeitraums auch nicht im Hinblick auf die 1994 erfolgten Änderungen des Versicherungsvertragsgesetzes als geboten. Zwar können nachvertragliche Umstände, die schon bei Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses vorhersehbar sind, Berücksichtigung finden, wenn sie die dem Unternehmer tatsächlich verbleibenden Vorteile beeinflussen. Vorliegend vermag der Senat aber schon aufgrund der von dem Beklagten angeführten tatsächlichen Abwanderung nach Januar 1995 nicht festzustellen, dass sich die von ihm angeführten Änderungen einiger Vorschriften des Versicherungsvertragsgesetzes für ihn nachteilig auf den Fortbestand der vom Kläger vermittelten Kfz-Versicherungsverträge ausgewirkt haben. 306

Schließlich legt der Senat auch in diesem Versicherungsbereich einen degressiven Verlauf der Abwanderung zugrunde, da dies auch nach den unangefochten gebliebenen Feststellungen des Sachverständigen der tatsächlichen Entwicklung der Vertragsverhältnisse während der Zeit des Vertragsverhältnisses der Parteien entspricht. 307

e. 308

Unter Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen ergeben sich somit zunächst prognostizierte Verluste des Klägers an Vermittlungsprovisionen im Bereich der Kfz-Versicherung von 27.946,75 DM: 309

1. Jahr	6.730,37 DM	310
2. Jahr	5.720,81 DM	
3. Jahr	4.862,69 DM	
4. Jahr	4.133,29 DM	
5. Jahr	3.513,29 DM	

6. Jahr	2.986,30 DM
Summe der in den 6 Folgejahren voraussichtlich entgehenden Vermittlungsprovisionen	27.946,75 DM

Diese sind wiederum um den Betrag zu kürzen, den der Kläger für die Zeit Februar bis einschließlich Dezember 1995 noch erhalten hat. Diese dem Kläger nicht aufgrund der Vertragsbeendigung entgangenen Vermittlungsprovisionen belaufen sich auf 4.908,46 DM (20 % von 24.542,30 DM), so dass sich voraussichtliche Provisionsverluste des Klägers im Bereich der Kfz-Versicherungen in Höhe von 23.038,29 DM ergeben:

311

1. Jahr	1.821,91 DM
2. Jahr	5.720,81 DM
3. Jahr	4.862,69 DM
4. Jahr	4.133,29 DM
5. Jahr	3.513,29 DM
6. Jahr	2.986,30 DM
Summe der in den 6 Folgejahren voraussichtlich entgehenden Vermittlungsprovisionen	23.038,29 DM

312

Der zunächst entstandene Ausgleichsanspruch des Klägers im Bereich der Kfz-Versicherungen beträgt nach Abzinsung gemäß Gillardon bei einem Abzinsungsfaktor von 5 % p.a. somit 19.868,23 DM:

313

1. Jahr	1.571,22 DM
2. Jahr	4.933,63 DM
3. Jahr	4.193,58 DM
4. Jahr	3.564,55 DM
5. Jahr	3.029,86 DM
6. Jahr	2.575,39 DM
Summe der abgezinsten voraussichtlichen Vermittlungsprovisionsverluste	19.868,23 DM

314

Den zunächst entstandenen Ausgleichsanspruch des Klägers aufgrund ihm entgehender Dynamikprovisionen im Bereich der Lebensversicherungen schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO auf 4.033,93 DM.	316
a.	317
Der Senat legt zur Bemessung der dem Kläger voraussichtlich insoweit entgehenden Provisionen zunächst den jährlichen Durchschnittsbetrag zugrunde, den der Kläger während der Zeit von Januar 1991 bis einschließlich Januar 1995 mit Dynamikprovisionen verdient hat. Denn da es sich bei dem Jahr 1994 unstreitig um ein atypisch verlaufendes Jahr gehandelt hat, ist hier nach ständiger Rechtsprechung für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nicht der Verdienst des Klägers in diesem Jahr, sondern der Durchschnittsverdienst eines längeren Zeitraumes zugrunde zu legen (BGH NJW 1999, 2668 m.w.N.). Damit ergibt sich als maßgeblicher durchschnittlicher Jahresverdienst des Klägers ein Betrag von 1.349,15 DM (5.509,02 DM / 49 Monate x 12 Monate).	318
b.	319
Die Abwanderungsquote schätzt der Senat entsprechend dem Vortrag des Klägers auf 15,5 %, die sich aus 10 % jährlicher Widersprüche gegen Dynamikerhöhungen seitens der Versicherungsnehmer und weiteren 5,5 % jährlicher Stornoquote der Lebensversicherungsverträge zusammensetzt. Dem liegt zugrunde, dass der Senat auch dem Vorbringen des Beklagten letztlich keine hiervon abweichende Behauptung einer Abwanderung zu entnehmen vermag. Zwar meint der Beklagte, die Abwanderung sei höher als vom Kläger angenommen zu bemessen. Berücksichtigt man jedoch, dass nach seinem – des Beklagten – Vortrag bis Ende Januar 1995 in insgesamt 42,2 % der Fälle vorgesehener Dynamikerhöhungen diesen seitens der Versicherungsnehmer widersprochen worden sein und die durchschnittliche Quote an Stornierungen von Lebensversicherungen 5,4 % betragen soll, ergibt sich auch dann eine jährliche Durchschnittsquote an Dynamikwidersprüchen von 10,33 % (42,2 % / 49 Monate x 12 Monate) und mithin unter Addition der durchschnittlichen Stornierungsquote von 5,4 % eine durchschnittliche Abwanderungsquote von 15,73 %.	320
Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Abwanderung auch bei den anderen Versicherungsarten degressiv verlaufen ist, nimmt der Senat auch bei den Dynamikerhöhungen eine degressiv verlaufende Abwanderung an.	321
c.	322
Den Prognosezeitraum bemisst der Senat – ebenso wie der Kläger – auch für diesen Versicherungsbereich mit 6 Jahren. Der Ansicht des Beklagten, es müsse hier ein kürzerer Prognosezeitraum zugrunde gelegt werden, vermag der Senat nicht beizutreten. Nach seinem eigenen Vortrag waren auch im Jahr 2001 noch vom Kläger vermittelte Lebensversicherungen in seinem – des Beklagten – Bestand. Überdies handelt es sich bei den Lebensversicherungen nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten um im Vergleich zu anderen Versicherungsarten besonders bestandsfeste Verträge, so dass der Senat keinen Grund sieht, hier einen geringeren Prognosezeitraum als bei den Sach- und Kfz-Versicherungen anzunehmen.	323
d.	324
Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ergeben sich im Bereich der Dynamikerhöhungen somit zunächst voraussichtliche Provisionsverluste des Klägers in Höhe	325

von 4.677,56 DM:

1. Jahr	1.140,03 DM	326
2. Jahr	963,33 DM	
3. Jahr	814,01 DM	
4. Jahr	687,84 DM	
5. Jahr	581,22 DM	
6. Jahr	491,13 DM	
Summe der in den 6 Folgejahren voraussichtlich entgehenden Provisionen	4.677,56 DM	

Der zunächst entstandene Ausgleichsanspruch des Klägers im Bereich der Lebensversicherungen beträgt nach Abzinsung gemäß Gillardon bei einem Abzinsungsfaktor von 5 % p.a. somit 4.033,92 DM: 327

1. Jahr	983,16 DM	328
2. Jahr	830,77 DM	
3. Jahr	702,00 DM	
4. Jahr	593,19 DM	
5. Jahr	501,25 DM	
6. Jahr	423,55 DM	
Summe der abgezinsten voraussichtlichen Dynamikprovisionsverluste	4.033,92 DM	

5. 329

Unter Berücksichtigung des weiteren unstreitigen Ausgleichsanspruchs des Klägers im Bereich der Krankenversicherung in Höhe von 391,32 DM ist somit zunächst insgesamt ein Ausgleichsanspruch des Klägers in Höhe von 53.977,80 DM (29.684,32 DM + 19.868,23 DM + 4.033,92 DM + 391,32 DM) entstanden. 330

6. 331

Dieser Anspruch ist nach Ansicht des Senats nicht nach § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB a.F. nach Billigkeitsgesichtspunkten zu ermäßigen oder zu erhöhen. 332

333

Der Senat verkennt dabei nicht, dass der Beklagte, wie von ihm dargelegt, dem Kläger Hilfen in nicht unbeträchtlichem Maße hat zukommen lassen, wie Abschluss- und Folgeprovisionsgarantien, Betreuungsgelder für die Einstellung von Untervertretern, Spesenzahlungen, Zuschüsse für die Beschäftigung der Mitarbeiterin T, Zuschüsse für Werbungen und Anzeigen, Zahlungen für die Teilnahme an Seminaren und Preisträgerveranstaltungen, zur Verfügung stellen eines Wohnwagens als Büro sowie auch eines Darlehns. Der Senat ist auch der Ansicht, dass die Gewährung derart umfangreicher Hilfen grundsätzlich geeignet ist, einen Ausgleichsanspruch nach Billigkeitsgesichtspunkten zu reduzieren, jedenfalls unter Berücksichtigung einer Vertragsdauer von lediglich knapp viereinhalb Jahren. Gleichwohl meint der Senat, dass diese Umstände im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der besonderen Situation des Klägers die Zahlung eines Ausgleichsanspruchs in der ermittelten Höhe nicht als unbillig erscheinen lassen. Der Kläger ist unmittelbar nach der Wiedervereinigung für den Beklagten im Gebiet der neuen Bundesländer tätig geworden. Dies war mit erheblichen besonderen Schwierigkeiten verbunden, die sich aus einer gegenüber den alten Bundesländern schlechteren Infrastruktur ergaben, wie schon der Umstand belegt, dass zunächst Wohnwagen als Büros zur Verfügung gestellt werden mussten und wurden, wie aber auch aus den weiteren Umständen, dass die Bürger in den neuen Bundesländern mit dem Versicherungssystem der alten Bundesländer noch nicht vertraut waren und der Kläger – naturgemäß – keinerlei Bestand übernehmen konnte, so dass er – entgegen der grundsätzlichen Kalkulation des Beklagten – zunächst nicht einen überwiegenden Anteil an Folgeprovisionen zu vereinnahmen vermochte. Der Senat erachtet daher die von dem Beklagten geleisteten Hilfen als angemessenen Ausgleich für die besonderen Erschwernisse, mit denen der – auch in seinem Interesse liegenden – Aufbau der Agentur in den neuen Bundesländern verbunden war. Andererseits ist der Senat aufgrund der von dem Beklagten umfangreich gewährten Hilfen aber auch der Ansicht, dass damit die besonderen Erschwernisse des Klägers hinreichend abgegolten und somit eine Erhöhung seines Ausgleichsanspruchs nach Billigkeitsgesichtspunkten nicht geboten ist.

Eine solche Erhöhung nach Billigkeitsgesichtspunkten kommt auch im Hinblick auf die vom Kläger behaupteten (GA 186 und 324, K 18 GA 341 ff.) zu Unrecht nicht ausgezahlten Provisionen nicht in Betracht. Diese bis auf einen Betrag von 261,60 DM vom Beklagten bestrittenen (GA 273 und 354, A 23 GA 366 ff.) Provisionsansprüche oder – gemäß Ziffer IX.1 des Agenturvertrages – Provisionsverluste hätte der Kläger nach §§ 87, 87 c HGB oder aber eben im Rahmen der ausgleichspflichtigen Geschäfte nach § 89 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGB a.F. geltend machen müssen. 334

7. 335

Der Ausgleichsanspruch überschreitet die nach § 89 b Abs. 5 Satz 2 HGB maßgebliche Höchstgrenze nicht, da schon der dreifache Betrag der durchschnittlichen Provisionsverdienste des Klägers mit 196.074,78 DM (3 x 65.358,26 DM) den ermittelten Ausgleichsbetrag deutlich überschreitet, überdies aber auch – wie der Kläger zutreffend angeführt hat – bei der Bemessung der Höchstgrenze nicht allein die Provisionseinnahmen zugrunde zu legen sind, sondern grundsätzlich alle vom Handelsvertreter bezogenen Vergütungen für seine verwaltende und vermittelnde Tätigkeit, mit Ausnahme lediglich derer, die ihm weder als tätigkeits- noch als erfolgsabhängige Vergütung zugeflossen sind (Küstner in Küstner/Thume, aaO, Kap. XII Rn. 50 und 66, Seiten 593 und 599). 336

8. 337

Der Anspruch erhöht sich nicht um die Mehrwertsteuer, da eine solche jedenfalls nicht geltend gemacht ist. 338

9.	339
Der Geltendmachung dieses nach § 89 b HGB a.F. entstandenen Anspruchs steht entgegen der Ansicht des Beklagten keine verbindliche Einigung der Parteien auf eine Abrechnung des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ entgegen.	340
a.	341
Der Beklagte vermag sich insoweit zunächst nicht mit Erfolg auf Ziffer IX.2 Satz 2 des Agenturvertrages zu berufen. Denn die dort enthaltene Vereinbarung einer Abrechnung des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ ist nach § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB insoweit unwirksam, als sie den Ausgleichsanspruch des Klägers auf eine Berechnung nach den „Grundsätzen“ beschränkt. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass nach dieser Vorschrift vor Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses getroffene Vereinbarungen nicht nur dann unwirksam sind, wenn sie den Ausgleichsanspruch völlig ausschließen, sondern auch insoweit, als sie die Höhe des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters nach oben hin begrenzen (BGH NJW-RR 1991, 156, 158 m.w.N.; Senat, Urteil vom 18. September 2008 – 18 U 104/05 – Tz. 66, juris). Eine solche Beschränkung des Ausgleichsanspruchs der Höhe nach beinhaltet seine in dem Agenturvertrag vereinbarte Berechnung nach den „Grundsätzen“, da nach dem eigenen Vortrag des Beklagten sich danach lediglich ein Anspruch in Höhe von 20.830,30 DM ergeben würde (GA 355) und dieser somit hinter dem nach § 89 b HGB a.F. ermittelten Ausgleichsanspruch in Höhe von 59.324,51 DM deutlich zurückbliebe.	342
b.	343
Auch der Einwand des Beklagten, es liege aber zumindest auch eine nach Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien getroffene und somit wirksame Abrede der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ vor, greift nicht durch. Schon der 35. Zivilsenat hat in seinem Berufungsurteil, wenn auch für den Senat nicht bindend (Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 563 Rn. 3), ausgeführt, der Hinweis des Klägers in seinem Schreiben vom 02.01.1995 auf den Agenturvertrag und die darin enthaltene Aufforderung zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ beinhalte keinen entsprechenden Einigungswillen des Klägers. Dieser Ansicht schließt sich der erkennende Senat an. Zum Einen spricht gegen einen solchen Einigungswillen des Klägers, dass er zu diesem Zeitpunkt noch von einer wirksamen entsprechenden Vereinbarung in dem Agenturvertrag ausgegangen sein dürfte, da er erst mehr als ein halbes Jahr später mit Schreiben vom 18.09.1995 erstmals angeführt hat, der Ausgleichsanspruch sei nach § 89 b HGB zu berechnen. Dann aber bestand für ihn im Januar 1995 überhaupt kein Anlass zum Abschluss einer (erneuten) entsprechenden Vereinbarung. Zum Anderen ließe sich seinem Schreiben aber auch dann ein entsprechender Einigungswille nicht entnehmen, wenn er schon zu diesem Zeitpunkt die Unwirksamkeit der Regelung des Agenturvertrages gekannt haben sollte. Denn es ist allgemein anerkannt, dass eine Vereinbarung der „Grundsätze“ noch vor Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses jedenfalls insoweit wirksam ist, als dem Handelsvertreter dann ein Ausgleichsanspruch mindestens in der sich nach den „Grundsätzen“ ergebenden Höhe zusteht (vgl. BGH NJW-RR 1991, 156, 158; BGH, Urteil vom 23. November 2011 – VIII ZR 203/10 – Tz. 32 ff., juris). Der Aufforderung der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ seitens des Handelsvertreters kann daher grundsätzlich, wenn wie im vorliegenden Fall keine besonderen Umstände hinzutreten, lediglich der Erklärungswert beigemessen werden, dass er damit zunächst den ihm zustehenden Mindestanspruch geltend macht. Ein darüber hinausgehender Wille, auf einen weitergehenden Anspruch zu verzichten, ist ihm hingegen in	344

aller Regel nicht zu entnehmen.

c.	345
Schließlich vermag der Beklagte insoweit auch nicht mit Erfolg auf einen entsprechenden Handelsbrauch zu verweisen. Dabei kann dahinstehen, ob ein entsprechender, vom Beklagten behaupteter und vom Kläger bestrittener, Handelsbrauch tatsächlich besteht. Denn Handelsbräuche gelten nur gegenüber nachgiebigem, nicht jedoch gegenüber zwingendem Recht (Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 346 Rn. 10; Joost in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 346 Rn. 27). Wie sich aus § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB ergibt, ist es jedoch zwingendes Recht, dass der Ausgleichsanspruch nicht vor Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann.	346
10.	347
Ferner hat der Kläger entgegen der Ansicht des Beklagten diesen Ausgleichsanspruch auch innerhalb der einjährigen Ausschlussfrist des § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB geltend gemacht.	348
a.	349
Dem steht zunächst, wie schon der 35. Zivilsenat in seinem Berufungsurteil zutreffend ausgeführt hat, weder entgegen, dass der Kläger den Ausgleichsanspruch schon vor Beendigung des Vertragsverhältnisses gegenüber dem Beklagten geltend gemacht, noch dass er ihn dabei nicht beziffert hat.	350
b.	351
Weiterhin ist die Ausschlussfrist aber auch nicht deshalb versäumt, weil der Kläger zunächst den Ausgleichsanspruch in anderer Form geltend gemacht sowie die Zahlung des Beklagten angenommen hat und sodann erst mehr als ein Jahr später den Anspruch in einer von seinem früheren Vorbringen völlig abweichenden Form begründet hat. Denn dem alleinigen Zweck der Ausschlussfrist, dem Unternehmer alsbald Gewissheit zu verschaffen, ob der Handelsvertreter einen Ausgleich für sich beansprucht, ist auch dann genügt. Insoweit macht sich der Senat zunächst die diesbezüglichen zutreffenden und in jeder Hinsicht überzeugenden Ausführungen des 35. Zivilsenats in seinem Berufungsurteil zueigen und nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auf diese Bezug.	352
Die Ansicht des Beklagten, der Kläger habe mit der Annahme des nach den „Grundsätzen“ berechneten Ausgleichsbetrages die zunächst rechtzeitig mit seinem Schreiben vom 02.01.1995 erfolgte Anmeldung des Ausgleichsanspruchs „verbraucht“, erweist sich im vorliegenden Fall aber auch aus einem weiteren Grunde als unzutreffend. Der Kläger hat nämlich, anders als der Beklagte meint, die Zahlung der 20.296,11 DM nicht vorbehaltlos entgegen genommen und sich auch bereits zuvor auf eine nach § 89 b HGB vorzunehmende Berechnung des Ausgleichsanspruchs berufen. Schon vor der am 26.03.1996 erfolgten Zahlung hat er den Beklagten mit Schreiben vom 18.09.1995 darauf hingewiesen, dass die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB zu erfolgen habe, und mit weiterem Schreiben vom 27.02.1996 angeführt, eine wirksame Vereinbarung der Berechnung seines Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ liege nicht vor. Grundlage der erst nachfolgenden Zahlung war die zugleich in dem letztgenannten Schreiben enthaltene Aufforderung des Klägers, ihn wenigstens insoweit klaglos zu stellen, als der Ausgleichsanspruch von dem Beklagten anerkannt werde. Für den Beklagten bestand somit	353

zum Einen kein Anlass zu der Annahme, der Kläger werde nach Annahme des gezahlten Betrages einen darüber hinausgehenden Anspruch nicht mehr geltend machen. Dass er dies im Übrigen auch tatsächlich nicht angenommen hat, ergibt sich daraus, dass er seinem Schreiben vom März 1996, mit dem er die Zahlung angekündigt hat, anders als einem früheren Schreiben vom 09.02.1995 eine Abfindungserklärung nicht mehr beigefügt hat. Zum Anderen hat der Kläger sein Begehren bis zur Zahlung nicht auf einen nach den „Grundsätzen“ zu berechnenden Ausgleichsanspruchs beschränkt, sondern sich schon zuvor – unter Bezugnahme auf die Anmeldung desselben vom 02.01.1995 – auf eine nach § 89 b HGB vorzunehmende Berechnung des Ausgleichsanspruchs berufen. In diesen Punkten unterscheidet sich der vorliegende Fall maßgeblich von dem Sachverhalt, der der vom Beklagten angeführten Entscheidung des Landgerichts Münster (VersR 2002, 53) zugrunde lag. Denn dort hatte der Handelsvertreter zunächst einen Ausgleichsanspruch nur anhand der „Grundsätze“ geltend gemacht, eine entsprechende Abfindungserklärung unterschrieben und erst nach vorbehaltloser Entgegennahme des sich danach ergebenden Ausgleichsbetrages erstmals einen darüber hinausgehenden, nach § 89 b HGB zu berechnenden Ausgleichsanspruch geltend gemacht.

11. 354

Schließlich ist der sich nach § 89 b HGB a.F. ergebende Ausgleichsanspruch des Klägers auch nicht verwirkt. Es fehlt insoweit schon an dem für eine Verwirkung erforderlichen Umstandsmoment, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen zur Ausschlussfrist sowie aber auch aus der zutreffenden Begründung des 35. Zivilsenats in seinem Berufungsurteil ergibt, auf die Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt. Überdies hat der Beklagte nicht dargelegt, dass er im Hinblick auf das von ihm behauptete Vertrauen, wie für die Verwirkung gleichfalls erforderlich, Dispositionen über den Betrag getroffen hat, um den der nach § 89 b HGB a.F. zu berechnende Ausgleichsanspruch den sich nach den „Grundsätzen“ ergebenden übersteigt.

Eine Verwirkung liegt, anders als der Beklagte meint, auch nicht vor, soweit der vom Kläger geltend gemachte Anspruch den Betrag von 50.000 DM übersteigt. Auch insoweit fehlt es schon an der erforderlichen Grundlage eines Vertrauens des Beklagten, der Kläger werde einen höheren Anspruch nicht geltend machen. Zwar hat der Kläger mit Schreiben vom 07.07.1995 (AB 2) dem Beklagten ein Vergleichsangebot dahingehend unterbreitet, dass mit einer Zahlung von 50.000 DM sämtliche seine Ansprüche abgegolten sein sollen. Abgesehen davon, dass dieses Schreiben eine konkrete Berechnung des Ausgleichsanspruchs nicht enthielt, hat er jedoch dann schon mit Schreiben vom 18.09.1995 (AB 2) angeführt, bei einer Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB ergebe sich ein höherer Betrag als 50.000 DM.

12. 357

Der sich nach § 89 b HGB a.F. ergebende Ausgleichsanspruch von 53.977,80 DM ist jedoch in Höhe der im März 1996 erfolgten Zahlung von 20.296,11 DM erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB), so dass ein Anspruch von 33.681,69 DM (17.221,17 €) verbleibt.

13. 359

Dieser Anspruch ist nicht infolge der von dem Beklagten in seiner Klageerwidderung erklärten Hilfsaufrechnung in Höhe eines weiteren Betrages von 21.570,88 DM (80 % von 24.542,30 DM zuzüglich 60 % von 3.228,40 DM) gemäß § 389 BGB erloschen. Dem Beklagten steht hinsichtlich der für Februar bis einschließlich Dezember 1995 gezahlten „Folgeprovisionen ab

1. Jahr“ und unbenannten Provisionen kein Rückzahlungsanspruch gegen den Kläger zu.	
a.	361
Ein solcher ergibt sich zunächst nicht aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Agenturvertrag. Ein Rückzahlungsanspruch ist in den von ihm einbezogenen Provisionsbestimmungen des Beklagten hinsichtlich dieser Provisionen nach Ziffer 6. nämlich nur vorgesehen, wenn und soweit bereits entrichtete Beiträge der Versicherungsnehmer diesen rückerstattet werden müssen. Hingegen ist ein solcher nicht für den – hier vorliegenden – Fall vereinbart, dass das Vertragsverhältnis des Beklagten mit dem Versicherungsvertreter vor Ablauf der Zeit beendet wird, für die er bereits diese Provisionen erhalten hat.	362
b.	363
Dem Beklagten steht hinsichtlich dieser Provisionen gegen den Kläger auch kein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 1. Fall BGB zu. Der rechtliche Grund für ihre Leistung ist mit Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien nicht weggefallen. Denn nach Ziffer 2. der Provisionsbestimmungen des Beklagten sind diese Provisionen bereits verdient, sobald die Beiträge bezahlt sind, aus denen sich die Provisionen errechnen. Nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien sind diese Provisionen jedoch schon im Januar 1995 fällig geworden, woraus sich ergibt, dass die Beitragszahlungen der Versicherungsnehmer insoweit erfolgt sein müssen.	364
14.	365
Der Kläger kann weiter von dem Beklagten für den verbleibenden Ausgleichsanspruch von 17.221,17 € gemäß §§ 352 Abs. 2, 353 HGB Fälligkeitszinsen in Höhe von 5 % p.a. seit dem 01.02.1995 beanspruchen (vgl. BGH NJW 1996, 2302, 2304).	366
Ein darüber hinausgehender Zinsanspruch steht dem Kläger hingegen nicht zu. Ein solcher ergibt sich nicht aus Verzugsgesichtspunkten. Auch der Verzugszinssatz nach § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB in der bis zum 30.04.2000 geltenden Fassung beträgt 5 % p.a.. § 288 Abs. 1 und 2 BGB in den ab dem 01.05.2000 bzw. 01.01.2002 geltenden Fassungen sind hingegen nach Art. 229 Abs. 1 Satz 3 EGBGB a.F. bzw. Art. 229 § 1 EGBGB n.F. nicht anwendbar, da der Ausgleichsanspruch noch vor Inkrafttreten dieser Vorschriften entstanden und fällig geworden ist.	367
III.	368
Der Schriftsatz des Klägers vom 30.05.2012 gibt keinen Anlass zu einer anderen Rechtsauffassung oder zu einem Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung.	369
Soweit der Kläger meint, § 89 b Abs. 1 HGB beinhalte gar keine gesetzliche Änderung, verkennt er, dass der Gesetzgeber zu Unrecht aufgrund eines fehlerhaften Verständnisses der europarechtlichen Richtlinie angenommen hat, bereits mit § 89 b HGB a.F. eine richtlinienkonforme Regelung getroffen zu haben. Daher bedurfte es nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, dass § 89 b HGB a.F. nicht richtlinienkonform sei, entgegen der Ansicht des Klägers sehr wohl einer neuen gesetzlichen Regelung und stellte sich somit auch die Frage einer Übergangsregelung. Davon abgesehen wirkt sich die Frage, ob § 89 b HGB in seiner alten oder derzeit geltenden Fassung anwendbar ist, auf den vorliegenden Fall auch nicht entscheidungserheblich aus. Nach beiden Vorschriften sind maßgeblich für den	370

Ausgleichsanspruch eines Versicherungsvermittlers die dem Unternehmen verbleibenden Vorteile (§ 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB), die der Senat vorliegend mit 17.221,17 € bemisst. Dabei stellt der Senat zur Bemessung dieser Vorteile gerade auf die dem Kläger voraussichtlich entgehenden Provisionen ab. Mithin bedarf keiner Entscheidung, ob die dem Versicherungsvermittler voraussichtlich entgehenden Provisionen den Anspruch nach oben begrenzen (§ 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB a.F.). Fehl geht auch der Hinweis, maßgeblich sei die Gesetzesfassung im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Der Ausgleichsanspruch entsteht bereits mit Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses, weshalb der Handelsvertreter auch ab dann Fälligkeitszinsen beanspruchen kann. Ob und inwieweit ein Anspruch entstanden ist, kann sich somit nur nach der Rechtslage bei Beendigung des Vertragsverhältnisses bestimmen.

Soweit der Kläger nunmehr anführt, ihm stünden gegen den Beklagten aufgrund vorgegeblicher falscher Abrechnungen noch mehr nicht ausgezahlte Provisionen zu als bislang angegeben, ist dies aus mehreren Gründen unbeachtlich. Zum Einen ist der Vortrag verspätet. Zum Anderen geht die diesbezügliche Hilfsaufrechnung des Klägers ins Leere, da der Senat die Hilfsaufrechnung der Beklagten nicht hat durchgreifen lassen. Selbst wenn er sie aber als begründet erachtet hätte, wäre die nunmehrige Hilfsaufrechnung des Klägers offensichtlich unbehelflich, seiner Klage zu einem (weiteren) Erfolg zu verhelfen. Denn dann wäre aufgrund der zeitlich früher erklärten Hilfsaufrechnung eine etwaige Gegenforderung des Beklagten erloschen, so dass es keinen Anspruch mehr gäbe, gegen den der Kläger noch aufrechnen könnte. Schließlich führen die diesbezüglichen Ausführungen des Klägers auch nicht zu einer abweichenden Ansicht des Senats hinsichtlich der Billigkeit im Sinne des § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB a.F.. Wie bereits angeführt, ist der Vortrag des Klägers verspätet. Überdies sind etwaige Provisionsansprüche im Klagewege und nicht im Rahmen der Billigkeitsgesichtspunkte nach der vorangeführten Vorschrift geltend zu machen. Und schließlich wären etwaige solche Ansprüche auch verwirkt, so dass ihre Berücksichtigung nicht der Billigkeit entspräche.

Im Übrigen enthält der Schriftsatz des Klägers keine neuen Gesichtspunkte und sind die in ihm angesprochenen weiteren Fragen vom Senat bereits umfassend bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt worden.

IV. 373

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 ZPO. 374

V. 375

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern. 376