
Datum: 28.03.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 143/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:0328.19U143.13.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 9 O 274/12

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 19.07.2013 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Aachen – 9 O 274/12 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Anspruch des Klägers auf Ausgleichszahlung nach § 89 b HGB ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Die auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 424.142,33 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.12.2009 gerichtete Klage – Klageantrag zu 1. – wird abgewiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger macht Ansprüche auf Schadenersatz und auf Leistung einer Ausgleichszahlung aus einem Versicherungsvertretervertrag geltend.

Am 12.09.1968 schloss der Kläger mit der B Feuerversicherungsgesellschaft einen Vertrag betreffend die Übernahme einer „U- (Vermittlungs-) Generalagentur“. Nach § 4 dieses Vertrages wurde er als Versicherungsvertreter gemäß § 84 ff. HGB bezeichnet. Der Vertrag

1

2

3

4

wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen und sah für beide Teile ein Kündigungsrecht vor, wonach die Kündigung schriftlich unter Einhaltung einer Frist von sechs Wochen zu erfolgen hatte. Nach einer Vertragsdauer von drei Jahren verlängerte sich die Kündigungsfrist auf drei Monate, jeweils zum Schluss eines Kalendervierteljahres. Die Beklagte ist Rechtsnachfolgerin der B Feuerversicherungsgesellschaft.

Am 01.04.1971 schloss der Kläger mit der Schwestergesellschaft der Beklagten, der B Lebensversicherung AG, einen weiteren Versicherungsvertretervertrag. 5

Im Jahr 1980 trafen die Parteien eine Vereinbarung dahingehend, dass für einen Lebensversicherungsvertrag des Klägers sowohl vom Kläger als auch von der Beklagten Beträge zu gleichen Teilen eingezahlt werden sollten. Aus dieser Lebensversicherung sollte der Ausgleichsanspruch des Klägers zum Teil geschöpft werden. Die Lebensversicherung endete mit dem 65. Lebensjahr des Klägers. Der Beklagten stand nach der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung das Recht zu, die Hälfte der Versicherungssumme zuzüglich einem Viertel der Gewinne bei mehr als 20-jähriger Tätigkeit des Klägers mit dem fälligen Ausgleichsanspruch zu verrechnen. Die andere Hälfte der Lebensversicherung sowie drei Viertel der Gewinne standen dem Kläger zu. Die Beklagte verpflichtete sich zudem, den Ausgleichsanspruch mit Erreichen des 65. Lebensjahres an den Kläger auszus zahlen. 6

Am 31.12.2006 nahm die Beklagte eine „Berechnung des theoretischen Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB“ für den Kläger vor. Danach ergab sich eine Zwischensumme von 290.830,48 € und abzüglich Deckungskapital und Überschussanteil ein „verbleibender Ausgleichsbetrag“ von 172.745,25 €, wobei 120.921,68 € als „70 % hiervon“ errechnet wurden. Zum 65. Lebensjahr des Klägers im Jahr 2006 zahlte die Beklagte sodann den Teil aus der Lebensversicherung aus. 7

Mit Vertrag vom 22.11.2007 verpflichtete sich die Beklagte, an den Kläger bei Vollendung des 67. Lebensjahres ein „einmaliges Alterskapital“ in Höhe von 120.921,68 € auszus zahlen. Diese Verpflichtung hat die Beklagte erfüllt. 8

Im Registerblatt des Handelsregisters des Amtsgerichts Aachen wurde am 27.12.2007 eingetragen, dass die Beklagte nach Maßgabe des Ausgliederungs- und Übernahmevertrages vom 12.12.2007 einen Teil ihres Vermögens, nämlich den Stamm- und Ausschließlichkeitsvertrieb als Gesamtheit im Wege der Umwandlung durch Ausgliederung auf die B2 E AG mit Sitz in G übertragen habe. Auch im Handelsregisterblatt der B2 E AG des Handelsregisters des Amtsgerichts Frankfurt am Main wurde die Ausgliederung eingetragen. § 4 des dieser Eintragung zugrunde liegenden Ausgliederungs- und Übernahmevertrages lautet: 9

„(1) Das auszugliedernde Vermögen besteht aus 10

a) allen Vertreterverhältnissen der BVers mit haupt- und nebenberuflichen Versicherungsvertretern gemäß §§ 84, 92 HGB, die im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Ausgliederung durch Eintragung im Handelsregister der BVers bestehen, also einschließlich solcher Vertreterverhältnisse, die erst nach dem Ausgliederungstichtag begründet werden [...]. 11

b) dem Recht zur gesonderten Überleitung bestehender Vertreterverhältnisse durch den Abschluss bereits in die Wege geleiteter dreiseitiger Überleitungsvereinbarungen unmittelbar mit den Versicherungsvertretern; 12

13

...

(3) Klarstellend wird vereinbart, dass sämtliche Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Zusagen, die Versicherungsvertretern im Jahr 2007 zur Gewährung von Altersversorgungen zur Absicherung von theoretischen Ausgleichsansprüchen gewährt wurden, bei der BVers verbleiben. Sollte die B2 E aus einer daraus resultierenden Verpflichtung der BVers in Anspruch genommen werden, wird die BVers die B2 E davon freistellen“.

Gemäß § 2 des Ausgliederungsvertrages erfolgt die Übertragung des in § 4 spezifizierten Vermögens im Verhältnis zwischen der Beklagten und der B2 E AG mit Wirkung zum 01.07.2007. Gemäß § 6 des Vertrages ist der Stichtag für die wirtschaftliche Abgrenzung der 31.12.2007 / 01.01.2008. Wegen des weiteren Inhalts des Vertrages wird auf den von der Beklagten als Anlage vorgelegten Ausgliederungs- und Übernahmevertrag Bezug genommen.

Der Kläger hat der B2 E AG erstinstanzlich den Streit verkündet, diese ist dem Rechtsstreit nicht beigetreten.

Die Streitverkündete legte dem Kläger nach der erfolgten Ausgliederung eine „Überleitungsvereinbarung“ vor, durch welche der Kläger unter Aufhebung seines zuvor mit der Beklagten geschlossenen Vertrages einen neuen Vertrag mit ihr schließen sollte. Dies lehnte der Kläger jedoch ab.

Ab dem 01.01.2008 bekam der Kläger die Geschäftspartnerabrechnungen durch die Streitverkündete übersandt.

Mit Schreiben vom 24.06.2009 kündigte diese den nach ihrer Auffassung auf sie übergegangenen Versicherungsvertretervertrag mit dem Kläger zum 31.12.2009, wobei die Kündigungserklärung dem Kläger vor dem 30.06.2009 gemeinsam mit einem Anschreiben der Streitverkündeten vom 24.06.2009 zuzuging, in welchem auf die „Kündigung zum 31.12.2009“ Bezug genommen und welches von zwei vertretungsberechtigten Vorstandsmitgliedern unterzeichnet war. Die Kündigungserklärung selbst war hingegen lediglich von zwei Prokuristen unterschrieben, welche keine gemeinschaftliche Vertretungsmacht hatten. Der Kläger wies die Kündigung mangels Vollmachtnachweises zurück. Mit der Beklagten am 02.11.2009 zugegangenem Schreiben vom 29.10.2009 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses, nachdem er eine gleichlautende Erklärung unter dem 15.10.2009 bereits an die Streitverkündete gerichtet hatte.

Der Kläger beantragte mit Klageschrift vom 14.12.2009 bei dem Landgericht Frankfurt am Main gegenüber der Streitverkündeten die Feststellung des Nichtbestehens eines Vertragsverhältnisses. Durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 30.09.2010 (Az. 2-10 O 446/09) wurde festgestellt, dass zwischen dem Kläger und der dortigen Beklagten ein Handelsvertretervertragsverhältnis derzeit nicht bestehe und auch nicht bestanden habe. Zur Begründung führte das Landgericht im Wesentlichen aus, durch die Streitverkündete sei ein Übergang des Vertragsverhältnisses nicht hinreichend dargetan. So habe sie es unterlassen, zu den der Spaltung zugrunde liegenden Verträgen vorzutragen und die Vereinbarungen vorzulegen. Aus dem Wortlaut der Eintragung ins Handelsregister allein ergebe sich nicht, dass damit auch der Vertrag mit dem Kläger übergegangen sei. Wegen des weiteren Inhalts der Entscheidung wird auf das vom Kläger als Anlage zur Klageschrift vorgelegte Urteil Bezug genommen.

Die Streitverkündete legte gegen diese Entscheidung bei dem Oberlandesgericht Frankfurt Berufung ein (Az. 17 U 211/10), nahm sie jedoch mit Schriftsatz vom 04.03.2011 wieder zurück.

Mit Antrag vom 08.06.2011 begehrte der Kläger gegenüber dem Oberlandesgericht Frankfurt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, weil die nach Darstellung seines Bevollmächtigten unter dem 21.02.2011 gefertigte und an das Gericht abgesandte Streitverkündungsschrift gegenüber der hiesigen Beklagten sich nicht bei den Akten befand und demgemäß auch nicht zugestellt worden war. Den Wiedereinsetzungsantrag hat der Kläger nach entsprechendem Hinweis des Oberlandesgerichts Frankfurt zurück genommen. 22

Der Kläger forderte mit an die Streitverkündete gerichtetem Schreiben vom 08.03.2010, den Ausgleichsanspruch bis zum 25.03.2010 zu zahlen. Die Beklagte verweigerte dies mit Schreiben vom 10.02.2010 unter Hinweis darauf, dass nicht mehr die Beklagte, sondern die Streitverkündete Ansprechpartner des Klägers sei. 23

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, dass die Beklagte auch nach der Ausgliederung seine Vertragspartnerin geblieben sei. Die Vorstände der Beklagten hätten ihm auch immer wieder zugesagt, dass keine neue Vereinbarung mit der Streitverkündeten erforderlich sei und dass der alte Vertrag bestehen bleiben könne. Der Kläger habe sich nicht mit der Streitverkündeten binden wollen. Zudem ergebe sich bereits aus dem Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 30.09.2010, dass zwischen dem Kläger und der Streitverkündeten kein Vertragsverhältnis bestehe, und zwar auch nicht als Folge einer Ausgliederung. Hiervon sei der Kläger bereits deswegen nicht erfasst, weil sein Vertrag nicht dem Stamm- oder Ausschließlichkeitsvertrieb zuzuordnen sei. Vielmehr betreibe er eine U-Generalagentur. Der Kläger könne die vertraglich vereinbarten Tätigkeiten auch gegenüber der Streitverkündeten gar nicht erbringen, da sie kein Versicherungsunternehmen, sondern selbst nur Vermittlerin sei. Der Kläger habe also vertragswidrig nur als Untervermittler tätig werden können. Die Streitverkündete verstehe sich zudem nicht als Versicherungsvertreterin, sondern als Finanzberaterin. Der Kläger benötige für die Ausübung seiner Tätigkeit Kundendaten, welche ihm die Beklagte zur Verfügung gestellt habe, die Streitverkündete wegen der Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes aber nicht besitzen und daher auch nicht dem Kläger zur Verfügung stellen dürfe, weswegen der Kläger seine Tätigkeit mit der Streitverkündeten als Vertragspartnerin nicht ausüben könne. Auch der C habe in einer Stellungnahme vom 22.06.2007, auf die bezüglich ihres konkreten Inhalts verwiesen wird (Anlage zum klägerischen Schriftsatz vom 17.04.2012, Bl. 112 ff. GA), darauf hingewiesen, dass eine Ausgliederung so nicht möglich sei. 24

Die Beklagte habe auch z.B. durch die Zusicherung, alles werde beim Alten bleiben, jeder könne in seinem alten bestehenden Vertrag weiterarbeiten und niemand werde gezwungen, den neuen Vertrag zu unterschreiben, den Rechtsschein gesetzt, weiter Vertragspartnerin zu bleiben. So sei den Mitarbeitern in einem Rundschreiben vom 26.10.2007 von der Beklagten versprochen worden, dass die Vermittler „entweder mit allen Rechten und Pflichten in ihrem alten Vertrag in der B2 E weiterarbeiten oder zum neuen Geschäftsmodell wechseln“ könnten. Durch die Rechtsabteilung der Beklagten sei zudem zugesichert worden, dass „ohne die Überleitungsvereinbarung die mit der B vereinbarten Agenturverträge nach der Ausgliederung auch über den Jahreswechsel hinaus mit dem neuen Vertragspartner weiter gelten würde“. Zudem müsse der Kläger als Handelsvertreter auch das Recht zum Widerspruch haben, wie es einem Arbeitnehmer beim Betriebsübergang zustehe. 25

Der Kläger könne gegen die Beklagte als Ausgleichsanspruch einen weiteren Betrag in Höhe von 51.823,57 € als Differenz zwischen dem in der „Berechnung des theoretischen 26

Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB“ genannten Betrag von 172.745,25 € und dem ausgezahlten Betrag von 120.921,68 € geltend machen. Die Grundlagen zur Berechnung dieses Ausgleichsanspruchs seien zwischen dem H und dem C vereinbart worden, denen die Parteien angehörten. Zudem ergebe eine Berechnung des C e.V., dass dem Kläger ein Ausgleichsanspruch in Höhe von weiteren 81.497,26 € zustehe. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf die vom Kläger als Anlage zum Schriftsatz vom 25.01.2013 vorgelegte Berechnung vom 16.01.2013 (Bl. 322 ff.) Bezug genommen.

Der Kläger hat seinen erstinstanzlichen Klageantrag zu 1) in Höhe von 29.673,69 € daher 27
hilfsweise auf den Ausgleichsanspruch gestützt und hierzu vorgetragen, unabhängig von der Ausgliederung sei die Beklagte aufgrund der Vereinbarung zur Altersvorsorge, die dem Kläger zur Absicherung von theoretischen Ausgleichsansprüchen gewährt worden sei, zur Zahlung des Ausgleichsanspruchs verpflichtet, was sich aus § 4 Abs. 3 des Ausgliederungs- und Übernahmevertrages ergebe. Zudem sei zweifelhaft, ob der Ausgliederungs- und Übernahmevertrag ordnungsgemäß unterzeichnet worden sei.

Der Kläger habe die fristlose Kündigung erklärt, weil die Streitverkündete von der Beklagten 28
veranlasst worden sei, den Kläger von seiner Tätigkeit freizustellen. Zudem habe die Beklagte dem Kläger das Inkassorecht entzogen und das EDV-System eingezogen, so dass der Kläger keinen Zugriff mehr auf Kundendaten gehabt habe. Da die Beklagte durch ihr Verhalten dem Kläger Anlass gegeben habe, das Vertragsverhältnis zu kündigen, stehe dem Kläger ein Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB zu.

Der Kläger habe ferner einen Anspruch auf Schadenersatz, da er seit dem 01.01.2010 keine 29
Provisionen mehr erhalten habe. Die von der Streitverkündeten mit Schreiben vom 24.06.2009 erklärte Kündigung sei mangels Vollmacht der unterzeichnenden Personen nicht wirksam. Das Begleitschreiben sei insofern rechtlich nicht relevant. Bei ordnungsgemäßer Erfüllung habe der Vertrag mindestens noch eine Laufzeit von weiteren drei Jahren gehabt, in denen der Kläger jährlich mindestens 180.084,00 € an Provisionen verdient hätte. Ab dem 01.01.2010 gerechnet wäre der Kläger noch 6 ½ Jahre als Handelsvertreter tätig gewesen, da er bis zur Vollendung seines 75. Lebensjahres im Vertragsverhältnis zu der Beklagten geblieben wäre.

Der Kläger hat beantragt, 30

1. 31

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 424.142,33 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten 32
über dem Basiszinssatz seit dem 21.12.2009 zu zahlen,

2. 33

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 51.823,57 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten 34
über dem Basiszinssatz seit dem 31.12.2009 zu zahlen,

Die Beklagte hat beantragt, 35

die Klage abzuweisen. 36

Im Wege der Hilfswiderklage hat die Beklagte beantragt, 37

den Kläger zu verurteilen, ihr Auskunft darüber zu erteilen, welche Einkünfte er ab der 38
Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses der Parteien infolge kündigungsbedingt

vorzeitig freiwerdender Kapazitäten durch eine anderweitige Tätigkeit erworben hat.

Der Kläger hat beantragt,	39
die Hilfswiderklage abzuweisen.	40
Die Beklagte hat ihre Passivlegitimation in Abrede gestellt. Das ursprünglich zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis sei mit Wirkung zum 01.01.2008 auf die Streitverkündete übergegangen. Insofern habe die Beklagte auch keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Streitverkündete mehr gehabt. Zudem fehle die Passivlegitimation der Beklagten, weil es sich bei dem Vertrag vom 01.04.1971 um einen neu geschlossenen Handelsvertretervertrag mit der Schwestergesellschaft der Beklagten handele.	41
Die Behauptung des Klägers, er könne seine vorher ausgeübte Tätigkeit bei der Streitverkündeten nicht fortsetzen, sei unzutreffend. Im Versicherungsbereich seien Handelsvertreter der B2 E AG E AG aufgrund der Ausschließlichkeitsbindung zwischen der Beklagten und der B2 E AG sowie der E AG nach wie vor nur für die Beklagte tätig. Für den Kläger habe sich insofern nichts geändert. Eine Ausdehnung der Produktpalette auf Finanzprodukte bedeute nicht, dass der Kläger gezwungen gewesen wäre, die neuen Anlageformen zu vertreiben. Zudem sei zu beachten, dass die Streitverkündete selbst wirksam gekündigt habe.	42
Auch der Höhe nach sei der klägerische Anspruch nicht hinreichend dargetan. Hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs könne sich der Kläger nicht auf die Berechnung der Beklagten aus dem Jahr 2006 stützen, da diese schon dem Wortlaut nach nur eine Berechnung des „theoretischen“ Ausgleichsanspruchs zum dort genannten Stichtag darstelle. Auch die Schadenersatzforderung sei der Höhe nach nicht schlüssig dargetan.	43
Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 19.07.2013 abgewiesen.	44
Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, die Beklagte sei nicht passivlegitimiert. Die Ansprüche des Klägers seien durch den wirksamen Ausgliederungs- und Übernahmevertrag zwischen der Beklagten und der Streitverkündeten auf Letztere übergegangen. Dieser Vertrag sei wirksam. Es obliege dem Registergericht, vor der Eintragung zu prüfen, ob die unterzeichnenden Personen vertretungsberechtigt gewesen seien. Insofern habe der Kläger darlegen müssen, inwiefern die unterzeichnenden Personen nicht vertretungsberechtigt gewesen sein sollten, woran es fehle.	45
Der Vertrag des Klägers sei von dem Ausgliederungsvertrag erfasst. Der Kläger sei Handelsvertreter und Handelsvertreterverhältnisse seien ausdrücklich aufgeführt. Zwar sei die am 22.01.2007 von der Beklagten erteilte Pensionszusage bei dieser verblieben, Ansprüche des Klägers hieraus seien jedoch erfüllt. Die Ausgliederung bewirke gemäß § 131 UmwG eine partielle Gesamtrechtsnachfolge. Ausgenommen hiervon seien nur höchstpersönliche Rechte und Pflichten, die hier jedoch nicht betroffen seien. Der Kläger habe kein Widerspruchsrecht wie ein Arbeitnehmer aus § 324 UmwG i.V.m. § 61 a BGB, und der Kläger könne die Beklagte auch nicht vor dem Hintergrund der Regelung in § 133 UmwG in Anspruch nehmen, da es sich bei dem von ihm geltend gemachten Schadensersatzanspruch um einen Anspruch handele, der erst nach Wirksamwerden der Spaltung durch die Eintragung im Handelsregister im Jahr 2007 begründet worden sei. Die Beklagte hafte auch nicht aus Rechtsscheinsgesichtspunkten. Bereits die unstreitig erfolgte Eintragung der Ausgliederung im Handelsregister spreche gegen einen solchen Tatbestand.	46

Daneben habe der Kläger die Geschäftspartnerabrechnungen ab dem 01.01.2008 unstreitig von der Streitverkündeten erhalten, und der außergerichtliche Schriftverkehr verweise verschiedentlich auf den Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf die Streitverkündete. Das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main entfalte im vorliegenden Prozess keine Bindungswirkung. Denn in dem Prozess vor dem Landgericht Frankfurt sei die Beklagte nicht Partei gewesen, und ihr sei dort auch nicht der Streit verkündet worden.

Zudem sei die von der Streitverkündeten am 24.06.2009 erklärte ordentliche Kündigung zum 31.12.2009 wirksam. Denn aus dem zeitgleich übersandten Begleitschreiben der Streitverkündeten, welches unstreitig von zwei gemeinschaftlich vertretungsbefugten Vorstandsmitgliedern unterzeichnet sei, gehe hervor, dass die Streitverkündete ihre schriftliche Einwilligung im Sinne des §§ 182, 183 BGB erteilt habe. 47

Schließlich habe der Kläger gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Zahlung von 51.823,57 Euro aus § 89b HGB. Denn auch insoweit sei die Beklagte nicht passivlegitimiert. Die Pensionszusage vom 31.12.2007 sei erfüllt. Einen weiteren Anspruch könne er zudem nicht auf die Berechnung des theoretischen Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB zum Stichtag 31.12.2006 stützen, da es sich eben nur um eine theoretische Berechnung handele, die auch nur zum Stichtag 31.12.2006 Geltung haben sollte. 48

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Berufung. 49

Zur Begründung trägt er vor, dem Landgericht seien erhebliche Verfahrensfehler unterlaufen. Denn die beiden mündlichen Verhandlungen vom 23.11.2012 und vom 21.06.2013 seien ohne eingehende Erörterung der Sach- und Rechtslage durchgeführt worden. Noch in der ersten mündlichen Verhandlung habe die Kammer die Ansicht vertreten, die Ansprüche des Klägers könnten dem Grunde nach gerechtfertigt sein, in der zweiten mündlichen Verhandlung habe sie dann den Rechtsstandpunkt geändert und mitgeteilt, die Beklagte sei nicht passivlegitimiert. Dass aber der Anspruch auf Ausgleichszahlung durch die Übertragung an die Streitverkündete nicht mit übergegangen sei, habe das Gericht gar nicht zur Kenntnis genommen. Daneben habe die Beklagte Gelegenheit bekommen, ihren Vortrag nachzubessern, nicht aber der Kläger. 50

Eine Übertragung des Vertragsverhältnisses von der Beklagten an die Streitverkündete habe nicht stattgefunden. So sei der Ausgliederungsvertrag selbst im Handelsregister nicht eingetragen worden. Der Registereintrag sei falsch. Schon nach den Regelungen im Überleitungsvertrag seien nach wie vor Ansprüche aus Pensionszusagen gegen die Beklagte zu richten; diese seien von § 4 des Überleitungsvertrages nicht erfasst. Dieser Vertrag sei auch bereits deswegen nicht wirksam, weil es der Streitverkündeten und der Beklagten am entsprechenden Rechtsbindungswillen gefehlt habe. Denn Ziel sei es allein gewesen, die vormals bei der Beklagten beschäftigten Handelsvertreter zum Abschluss neuer Verträge mit der Streitverkündeten zu drängen. Insoweit sei es gar nicht um die Übertragung von Vermögen gegangen. Die Überleitung sei für den Kläger auch nicht zumutbar. Denn der von der Streitverkündeten offerierte neue Vertrag sei in einer Vielzahl von Punkten gegenüber demjenigen mit der Beklagten für den Handelsvertreter nachteilig. So wären die Provisionen für den Kläger um 60 % gesunken, es hätte hinsichtlich der vermittelten Geschäfte ein Schwerpunktwechsel stattgefunden und in den Vertragsbedingungen im Einzelnen seien eine Vielzahl von Regelungen vorzufinden, welche die Streitverkündete bevorzugten und den Handelsvertretervertreter benachteiligten (wird ausgeführt). 51

Die Interventionswirkung der Streitverkündung habe das Landgericht falsch beurteilt. Denn im hiesigen Verfahren sei eine Streitverkündung erfolgt. Sei die Auffassung des Landgerichts 52

richtig, ergäbe sich ein Widerspruch zwischen den Entscheidungen des Landgerichts Frankfurt am Main und in dem angefochtenen Urteil. Der Handelsvertretervertrag sei auch als höchstpersönliches Rechtsverhältnis einzuordnen, welches nicht im Rahmen des § 131 UmwG durch Rechtsgeschäft übertragbar sei. Daneben sei auch § 613 a BGB jedenfalls analog anzuwenden.	
Schließlich erwiese sich eine Übertragung an die Streitverkündete auch als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, da der Kläger mit der Beklagten eine über vierzigjährige vertragliche Verbindung gepflegt habe. In Bezug auf die Streitverkündete sei schließlich das Rubrum zu berichtigen; das erstinstanzliche Gericht spreche von der „B2 E AG“, und nicht davon, dass dieser der Streit verkündet worden sei.	53
Der Kläger beantragt,	54
unter Abänderung des angefochtenen Urteils	55
1.	56
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 424.142,33 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.12.2009 zu zahlen,	57
2.	58
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 51.823,57 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.12.2009 zu zahlen.	59
Die Beklagte beantragt,	60
die Berufung zurückzuweisen.	61
Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Bezugnahme auf den bereits in erster Instanz unterbreiteten Sachvortrag.	62
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	63
Die Akten LG Frankfurt (Az. 2-10 O 446/09) sind beigezogen und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	64
II.	65
Die Berufung des Klägers hat Erfolg, soweit er sich gegen die Abweisung seiner Klage auf Zahlung eines Ausgleichsanspruches wendet.	66
Im Hinblick auf den zugleich geltend gemachten Schadensersatzanspruch bleibt das Rechtsmittel jedoch erfolglos.	67
Die Berufung hat auch keinen Erfolg, wenn der Kläger dem Landgericht Verfahrensfehler vorhält. Insoweit wirft er der Zivilkammer letztlich nicht ausreichende materielle Durchdringung des Streitstoffes vor, was indes keinen Verfahrensfehler begründen kann. Die Rüge einer Verletzung der richterlichen Hinweispflicht (§ 139 ZPO) ist bereits deswegen unbegründet, weil der Kläger nicht dartut, was er auf den von ihm vermissten, aber auch in der Berufungsbegründung nicht klar umrissenen Hinweis weiter vorgetragen hätte. Dies gilt auch, soweit er moniert, er habe keine Gelegenheit gehabt, seinen Vortrag nachzubessern,	68

obgleich dies der Beklagten zugestanden worden sei. Ungeachtet der Tatsache, dass sich aus dem Protokoll der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht ergibt, dass der Kläger dort Schriftsatznachlass erhalten hat, legt er nicht dar, was er daneben weiter vorgetragen hätte und inwieweit dies die Entscheidung des Landgerichts hätte beeinflussen können.

Auch der in der Berufungsbegründung formulierte Antrag auf Rubrumsberichtigung ist unbegründet. Die Streitverkündete ist im Rubrum nicht aufzuführen, weil sie dem Rechtsstreit nicht beigetreten ist. 69

A. Schadensersatzanspruch 70

Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 424.142,33 EUR. 71

1. 72

Über diesen Anspruch kann der Senat vorab durch Teilurteil entscheiden. 73

Gemäß § 301 Abs. 1 S. 1 ZPO kann ein Teilurteil erlassen werden, wenn der Streitgegenstand teilbar ist, Entscheidungsreife vorliegt und – als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal – nicht die Gefahr eines Widerspruchs zum Schlussurteil besteht (Vollkommer in: Zöller, ZPO, 30. Auflage, § 301 Rz 7). Der Streitgegenstand ist teilbar, wenn ein abgrenzbarer und individualisierter, quantitativer Teil des Anspruchs betroffen ist. Dies ist hier in Bezug auf den mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Fall. Eine Gefahr des Widerspruchs zum Schlussurteil besteht hier auch im Hinblick auf die Beurteilung der Wirksamkeit der von den Parteien bzw. der Streitverkündeten ausgesprochenen Kündigungen und deren Veranlassung insoweit nicht, als der Senat zugleich nach § 301 Abs. 1 S. 2 ZPO ein Urteil über den Grund des Ausgleichsanspruchs erlässt (vgl. BGH, Urt. v. 08.12.1994 – IX ZR 254/93, NJW 1995, 2106). 74

2. 75

Der Kläger verlangt Schadensersatz dafür, dass die Beklagte bzw. die Streitverkündete nach der Kündigung vom 24.06.2009 ab dem 01.01.2010 keine Provisionen mehr gezahlt haben. Die ordentliche Kündigung ist jedoch zu Recht erfolgt und zum 31.12.2009 wirksam geworden. Dem Kläger ist hieraus mithin kein Schaden entstanden. 76

a. 77

Die Streitverkündete war als Vertragspartnerin des Klägers für die Kündigung aktivlegitimiert. Das mit der Beklagten begründete Vertragsverhältnis ist durch Ausgliederung und Übertragung ihres Vertriebs mit Vertrag vom 12.12.2007 im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach §§ 123, 131 UmwG auf die Streitverkündete übergegangen. 78

Nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG kann ein Rechtsträger aus seinem Vermögen einen Teil oder mehrere Teile ausgliedern zur Aufnahme durch Übertragung dieses Teils oder dieser Teile jeweils als Gesamtheit auf einen bestehenden oder mehrere bestehende Rechtsträger. Gemäß § 130 UmwG ist die durch wirksamen Spaltungs- und Übernahmevertrag vereinbarte Ausgliederung in das Handelsregister einzutragen. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ordnet in der Folge eine Gesamtrechtsnachfolge an. 79

Die Beklagte hat mit Ausgliederungs- und Übernahmevertrag vom 12.12.2007 (Bl. 430 ff. GA) nach § 4 Abs. 1 a) des Vertrages alle Rechtsverhältnisse mit haupt- und nebenberuflichen Versicherungsvertretern gemäß §§ 84, 92 HGB an die Streitverkündete übertragen. Ausweislich § 1 dieser Vereinbarung erfolgte dies im Wege der Ausgliederung zur Aufnahme nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG. Die Vertragsparteien sind als Aktiengesellschaften spaltungsfähige Rechtsträger, §§ 124, 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG. Der Vertrag ist formgerecht zu Stande gekommen, inhaltlich gemäß den Vorgaben des UmwG aufgestellt und mit Eintragung der Ausgliederung im Handelsregister wirksam geworden.

aa. 81

Der Vertrag vom 12.12.2007, der ausweislich des auf Bl. 441 GA niedergelegten Vermerkes vor Notar Dr. Q in B3 beurkundet worden ist, und damit der notwendigen Form genügt, beinhaltet die nach § 126 Abs. 1 UmwG notwendigen Mindestangaben: 82

- Namen und Firma sowie Sitz der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger sind genannt, § 126 Abs. 1 Nr. 1 UmwG; 83
- die Vereinbarung über die Übertragung der Anteile des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers jeweils als Gesamtheit gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an den übernehmenden Rechtsträger findet sich in § 7 des Übertragungsvertrages (§ 142 Abs. 1 Nr. 2 UmwG); 85
- der Zeitpunkt, von dem an diese Anteile oder die Mitgliedschaft einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in Bezug auf diesen Anspruch (§ 126 Abs. 1 Nr. 5 UmwG) finden sich in § 7 (1) des Übernahmevertrages (Stichtag 01.01.2007); 86
- der Zeitpunkt, von dem an die Handlung des übertragenden Rechtsträgers als für Rechnung jedes der übernehmenden Rechtsträger vorgenommen gilt (Spaltungsstichtag) ist in § 2 des Übernahmevertrages geregelt; 87
- die nach § 126 Abs. 1 Nr. 7 und 8 UmwG geforderten Angaben zu Rechten und besonderen Vorteilen finden sich in § 8 des Übernahmevertrages; und die nach § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG erforderliche genaue Bezeichnung und Aufteilung der Gegenstände ist in § 4 des Übernahmevertrages geregelt; 88
- § 126 Abs. 1 Nr. 10 UmwG ist vorliegend nicht einschlägig, und die Folgen der Spaltung für die Arbeitnehmer, ihre Vertretungen sowie sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen (§ 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG) finden sich in § 9 des Übernahmevertrages. 89

bb. 90

Auf den nach § 127 UmwG notwendigen Spaltungsbericht haben die Aktionäre der beteiligten Rechtsträger ausweislich § 12 des Übernahmevertrages verzichtet. Dies ist nach § 8 Abs. 3 S. 1 UmwG auch zulässig. Die Verzichtserklärungen sind allerdings notariell zu beurkunden. Durch § 12 des Übernahmevertrages allein ist dies zwar nicht gewährleistet (vgl. dazu Gehling in: Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, 3. Auflage 2012, § 127 Rz. 48 ff.), es sind aber sämtliche gegebenenfalls vorliegenden formalen Mängel mit Eintragung der Ausgliederung in das Handelsregister geheilt (Schröer in: Semler/Stengel, a.a.O., § 126 Rz. 20). Aus diesem Grund kann der Kläger auch nicht geltend machen, der Vertrag sei nicht von 91

den vertretungsberechtigten Personen unterschrieben, wofür sich aus seinem Vortrag ohnehin keine tragfähigen Anhaltspunkte ergeben.

cc. 92

Das Vertragsverhältnis des Klägers als Versicherungsvertreter gemäß § 84, 92 KGB ist von der Ausgliederung gemäß § 4 Abs. 1 Buchst. a des Übernahmevertrages erfasst. Dort sind ausdrücklich alle Verhältnisse mit haupt- und nebenberuflichen Versicherungsvertretern gemäß §§ 84 Abs. 1, 92 Abs. 1 HGB benannt, die im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Ausgliederung durch Eintragung im Handelsregister der Beklagten bestehen. Damit ist auch das Vertragsverhältnis des Klägers gemeint, ungeachtet seines Einwands, die von ihm betriebene Generalagentur gehöre nicht zum „Stamm-/Ausschließlichkeitsvertrieb“. Denn der Übernahmevertrag ist nach den allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB auszulegen. Ausweislich der Präambel des Vertrages beabsichtigte die Beklagte aber, ihren gesamten Vertrieb in Zukunft auf die E AG Gruppe zu konzentrieren. Zu diesem Zweck sollte der Stamm-/Ausschließlichkeitsvertrieb der Beklagten zunächst im Wege der Ausgliederung auf die Streitverkündete übertragen werden. Im Anschluss daran sollte die E AG die Streitverkündete erwerben. Der Kläger war unstreitig Mitglied der Vertriebsorganisation der Beklagten und seine Agentur mithin Gegenstand des Übernahmevertrages. 93

Ausgenommen sind lediglich etwaige Ansprüche des Klägers aus einer Versorgungszusage der Beklagten aus 2007, § 4 (3) des Übernahmevertrages.. Der Kläger macht in dem hier zu entscheidenden Rechtsstreit solche Ansprüche aber gar nicht geltend. Die Versorgungszusage, die auf dem theoretisch berechneten Ausgleichsanspruch beruht, lässt sich der Kläger vielmehr als Altersversorgung von dem Ausgleichsanspruch abziehen (vgl. Bl. 29/31 GA). 94

dd. 95

Die Ausgliederung ist zwischenzeitlich sowohl bei dem übernehmenden als auch bei dem übertragenden Rechtsträger im Handelsregister eingetragen. Gemäß § 131 UmwG bewirkt dies eine Gesamtrechtsnachfolge. 96

(1) 97

Dies ist auch nicht deswegen anders zu beurteilen, weil der Kläger die Übertragung seines Rechtsverhältnisses für unzumutbar hält und weil sie nach seiner Ansicht mit einer Inhaltsänderung im Hinblick darauf verbunden sei, dass die Streitverkündete im Strukturvertrieb andere Produkte vertreibe und der Kläger damit zum Untervermittler würde. Ungeachtet der Tatsache, dass auch nach dem Vortrag des Klägers die Streitverkündete nach dem maßgeblichen Stichtag 01.01.2008 bis zur Beendigung des Vertrages – entweder durch Kündigung der Streitverkündeten oder durch Eigenkündigung des Klägers – im Jahre 2009 den Vertrag erfüllt und der Kläger insoweit auch Provisionen vereinnahmt hat, kann er die von ihm bemühten Argumente aus Rechtsgründen nicht ins Feld führen. § 131 UmwG ordnet eine Gesamtrechtsnachfolge von Gesetzes wegen an und schließt die Berufung der Gläubiger auf § 399 BGB aus. Der Gesetzgeber hatte bereits in § 132 UmwG a.F. § 399 BGB lediglich in den Fällen eines vertraglichen Abtretungsverbotes für anwendbar erklärt. Aber selbst dieser Passus ist mittlerweile aufgehoben, so dass auch diese Forderungen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen und dem Gläubiger angesichts der mit einer Inhaltsänderung verbundenen Schwierigkeiten nur ein Kündigungsrecht zuzubilligen ist (Schröer a.a.O., § 131 Rz 31). 98

(2)

Den Parteien fehlte es auch nicht am Rechtsbindungswillen, wie der Kläger in seiner Berufungsschrift behauptet. Ungeachtet dessen, dass der Kläger diese Behauptung in erster Instanz nicht erhoben hat und damit nun gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen ist, bestehen hierfür auch keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr ergibt sich auch vor dem Hintergrund der klägerischen Darstellung, dass es allein Ziel gewesen sei, die Vertreter zu neuen Verträgen zu drängen, das Gegenteil. Denn Voraussetzung für die erfolgreiche Umsetzung einer solchen Absicht war gerade die wirksame Übertragung auf die Streitverkündete. 100

b. 101

Demnach ist die Streitverkündete Vertragspartnerin des Klägers geworden. Diese Beurteilung ist auch der Entscheidung des hier rechtshängigen Verfahrens zu Grunde zu legen. Die Rechtskraftwirkung des Urteils in dem Verfahren vor dem Landgericht Frankfurt erstreckt sich nur auf die dort beteiligten Parteien und wirkt nicht zwischen dem Kläger und der Beklagten. Eine Streitverkündung an die Beklagte ist in dem dortigen Verfahren wohl jedenfalls für den Berufungsrechtszug beabsichtigt gewesen, aber nicht wirksam umgesetzt worden. 102

Für eine Rechtsscheinhaftung der Beklagten ist nichts ersichtlich. Insoweit wird auf die überzeugenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen; danach wusste der Kläger frühzeitig von den Absichten der Übertragung und hat sich schließlich auch im Rahmen dessen intensiv hiermit auseinandergesetzt. Allerdings haftet die Beklagte auch für etwaige Ansprüche gegen die Streitverkündete neben dieser als Gesamtschuldnerin aus § 133 UmwG (s.u.). 103

c. 104

Die Kündigung ist wirksam ausgesprochen worden. 105

Das Kündigungsschreiben war zwar lediglich von zwei Prokuristen unterzeichnet, die keine gemeinsame Vertretungsmacht für die Streitverkündete hatten. Hieraus folgt aber keine Nichtigkeit der Kündigungserklärung, da sie ausweislich des beigelegten, von zwei Vorständen der Streitverkündeten unterzeichneten Anschreibens die Kündigung jedenfalls genehmigt worden ist. 106

Dass diese beiden Schreiben gemeinsam übersandt worden sind, steht aufgrund der Tatbestandswirkung der landgerichtlichen Entscheidung fest, § 314 S. 1 ZPO. Mit seiner erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erhobenen Behauptung, das Anschreiben des Vorstands sei ihm später in getrenntem Umschlag übermittelt worden, kann der Kläger nun nicht mehr gehört werden. 107

Der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, indem die oben im Einzelnen genannten Tatsachen auf Seite 4 der Entscheidung als unstreitig festgestellt worden sind, erbringt gemäß § 314 S. 1 ZPO den vollen Beweis für das mündliche Vorbringen der Parteien. Diese Beweiswirkung erstreckt sich auch darauf, ob eine bestimmte Behauptung bestritten ist oder nicht. Da sich die Beweisregel des § 314 Satz 1 ZPO auf das mündliche Parteivorbringen bezieht, ist davon auszugehen, dass die Parteien dasjenige in der mündlichen Verhandlung vorgetragen haben, was der Tatbestand ausweist. Die Beweiswirkung gemäß § 314 S. 1 ZPO kann nur durch das Sitzungsprotokoll, § 314 S. 2 ZPO, nicht auch durch den Inhalt der Schriftsätze entkräftet werden. Denn vorher eingereichte Schriftsätze sind durch den Tatbestand, der für das Vorbringen am Schluss der mündlichen Verhandlung Beweis erbringt, 108

überholt, so dass selbst bei einem Widerspruch zwischen dem Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und der Wiedergabe des Parteivorbringens im Urteilstatbestand – der hier aber nicht vorliegt – die Ausführungen im Tatbestand maßgeblich sind (BGH, Urteil vom 08.11.2007 – I ZR 99/05, NJW – RR 2008, 1566 ff.; BGHZ 140, 335, 339). Einen Tatbestandsberichtigungsantrag, mit dem allein eine Korrektur der tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts hätte erreicht werden können, hat der Beklagte nicht gestellt.

Sein nunmehr abweichender Vortrag ist novenrechtlich nicht zuzulassen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Behauptung eines getrennten Zugangs der Schreiben auf Grund der in § 531 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO genannten Umstände in erster Instanz unterblieben ist, oder dass dies nicht auf eine Nachlässigkeit des Klägers zurückzuführen wäre. 109

Die Wirksamkeit der Kündigung ist auch nicht etwa deshalb anders zu beurteilen, weil sie der Kläger unter Berufung auf § 174 BGB unverzüglich zurückgewiesen hat. Zwar war dem Kündigungsschreiben keine Vollmacht beigelegt. Es wirkt auch nicht zu Gunsten der Streitverkündeten, dass die Prokura im Handelsregister eingetragen war. Obgleich hierin im Regelfall die Bekanntmachung der Vollmacht im Sinne des § 174 S. 2 BGB liegt (vgl. dazu BAG, Urt. v. 11.07.1991 - 2 AZR 107/91, juris), ändert das nichts an der fehlenden Vertretungsmacht der beiden Prokuristen allein, die nur gemeinsam mit einem Vorstand handeln durften. 110

Allerdings ist die Bekanntmachung im Sinne des § 174 S. 2 BGB jedenfalls in dem zugleich überreichten Anschreiben zu erblicken, das die Genehmigung des Rechtsgeschäfts enthielt. Eine besondere Form der Bekanntmachung ist insoweit nicht erforderlich, sie muss nur vom Vollmachtgeber selbst stammen (vgl. Ellenberger in: Palandt, BGB, 73. Auflage, § 174 Rz 7), was hier indes der Fall war. 111

d. 112

Die Kündigung ist auch nicht aus inhaltlichen Gründen nichtig. 113

Der Kläger kann nicht damit gehört werden, es sei von Beginn an Absicht der Beklagten und der Streitverkündeten gewesen, den Kläger in einen neuen, für ihn nachteiligen Vertrag zu zwingen. 114

Zwar kann die Kündigung eines Handelsvertreters nach § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig sein, wenn die Kündigung aus rechtlich zu missbilligenden Beweggründen ausgesprochen wird (vgl. BGH, Urt. v. 26.02.1970 – KZR 17/68, NJW 1970, 855). Allerdings gelten hierfür strenge Voraussetzungen, da sich Vertreter und Unternehmer als selbständige Gewerbetreibende gegenüber stehen und im Hinblick auf eine mögliche Kündigung ein eigenes Unternehmerrisiko tragen. Dies führt hier dazu, dass die Kündigung nicht als sittenwidrig anzusehen ist. Zwar mag sie tatsächlich davon motiviert worden sein, dass sich der Kläger nicht dazu hat entschließen können, den ihm offerierten Vertrag mit der Streitverkündeten abzuschließen. Indes organisierte die Beklagte ihren gesamten Vertrieb neu und der Kläger war eine geraume Zeit vor der Umsetzung dieser Maßnahmen bereits hierüber informiert worden war. So hatte er Gelegenheit, durch eine eigene Umorientierung hierauf zu reagieren. Die Streitverkündete hat den mit der Beklagten geschlossenen Vertrag auch noch nach der Übernahme des Vertriebs etwa 1 ½ Jahre fortgeführt. Der Kläger konnte angesichts der jederzeit möglichen ordentlichen Kündigung seines Vertrages ohnehin nicht darauf vertrauen, das Vertragsverhältnis werde jederzeit unverändert bestehen bleiben. Aus den angeblich zuvor von der Beklagten gegebenen Zusicherungen, die alten 115

Vertragsverhältnisse blieben unangetastet, kann der Kläger nichts herleiten. Dies ist schließlich zunächst auch so gehandhabt worden und entsprach der Rechtslage. Dass sich sein Vertragspartner hierdurch der Berechtigung zur ordentlichen Kündigung hätte begeben wollen, war dem nicht zu entnehmen.

e. 116

Die Kündigung der Streitverkündeten ist dem Kläger fristgerecht vor dem 30.06.2009 zugegangen, das ist zwischen den Parteien nicht streitig. Die Kündigungsfrist nach § 89 Abs. 1 S. 2 HGB ist gewahrt; das Vertragsverhältnis hat mithin zum 31.12.2009 sein Ende gefunden. Provisionen über diesen Zeitpunkt hinaus schuldete die Streitverkündete nicht, so dass der Kläger einen Anspruch wegen entgangener Provisionen auch gegenüber der Beklagten nicht erfolgreich geltend machen kann. 117

3. 118

Der Kläger kann auch nicht Schadensersatz nach § 89 a Abs. 2 HGB verlangen. 119

Zwar hat der Kläger selbst nachfolgend außerordentlich gekündigt und dies war auch durch ein Verhalten der Streitverkündeten veranlasst (hierzu noch im Folgenden), aber auch hieraus ist jedenfalls kein Schaden durch entgangene Provisionen auf einen Zeitraum von drei Jahren entstanden, gerechnet ab dem 01.10.2010. Denn das Vertragsverhältnis hatte durch ordentliche Kündigung der Streitverkündeten ohnehin zum 31.12.2009 sein Ende gefunden. 120

4. 121

Wenn der Kläger daneben den mit 424.142,33 € bezifferten Anspruch aus dem Klageantrag zu 1. hilfsweise in Höhe von 29.673,69 € auf den Ausgleichsanspruch stützt, ist die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt, der Rechtsstreit derzeit aber noch nicht entscheidungsreif, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt. 122

B. Ausgleichsanspruch 123

Der Kläger hat dem Grunde nach einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung eines Ausgleichs nach §§ 92 Abs. 2, 89 b Abs. 1 HGB. 124

1. 125

Gemäß § 304 Abs. 1 ZPO kann das Gericht, soweit ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist, über den Grund vorab entscheiden. Zwar darf vor Klärung der Schlüssigkeit der Klage ein Grundurteil nicht ergehen, es ist aber ausreichend, dass der geltend gemachte Anspruch auch unter Berücksichtigung der Einwendungen gegen ihn mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe besteht (Vollkommer in: Zöller, ZPO, 30. Auflage, § 304 Rz. 6). Finden sich demnach in der Begründung für den Anspruch eine Reihe von Positionen, die für einen Anspruch in Betracht kommen, ist die Voraussetzung, im Betragsverfahren werde wahrscheinlich etwas zugesprochen, erfüllt (BGH, Urt. v. 31.01.1990 – VIII ZR 314/88; BGHZ 110, 196 ff.). Die Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils lagen vor. Der Kläger hat dargetan, dass ihm ein Ausgleichsanspruch gegen die Beklagte in irgendeiner Höhe zusteht. 126

2. 127

128

Die Beklagte ist gegenüber dem Ausgleichsanspruch des Klägers passiv legitimiert. Zwar hat sie durch den wirksamen Übernahmevertrag ihre Vertriebsorganisation auf die Streitverkündete ausgegliedert. Allerdings führt dies hier nicht dazu, dass die Beklagte dem Kläger gegenüber nicht auch für Verpflichtungen aus dem Vertrag einzustehen hätte.

a. 129

Denn die Beklagte haftet neben der Streitverkündeten weiterhin für die Verpflichtungen aus dem Agenturvertrag als Gesamtschuldnerin. Dies folgt aus § 133 Abs. 1 UmwG, der eine solche Haftung für diejenigen Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers anordnet, welche vor dem Wirksamwerden der Spaltung – also dem Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister des übertragenden Rechtsträgers – begründet worden sind. Mit dieser Regelung soll zum Schutz des Gläubigers eine der Rechtslage bei der Verschmelzung vergleichbare Situation geschaffen werden, bei der der übernehmende Rechtsträger auch kraft Gesamtrechtsnachfolge für die Verbindlichkeiten der übertragenden Rechtsträger einzustehen hat (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Bereinigung des Umwandlungsrechts v. 04.02.1994, BR-Drucks. 75/94, zit. nach: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Band I – Texte/Materialien). 130

Erforderlich für die gesamtschuldnerische Haftung ist lediglich, dass der Rechtsgrund für die Verbindlichkeit vor dem maßgebenden Zeitpunkt gelegt worden sein muss (vgl. Vossius in: Widmann/Mayer, UmwG, § 133 Rz 21; Maier-Reimer/Seulen in: Semler/Stengel, UmwG, § 133 Rz 12). Vertragliche Ansprüche sind begründet, wenn der Vertragsschluss vor dem maßgeblichen Zeitpunkt liegt (Simon in: Kölner Kommentar zum UmwG, § 133 Rz 22); Dies betrifft sowohl Erfüllungsansprüche als auch Ansprüche wegen der Verletzung von Schutzpflichten, selbst wenn die Verletzungshandlung nach dem maßgeblichen Zeitpunkt liegt (Hörtnagel in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwG, 4. Auflage, § 133 Rz. 13; Simon in: Kölner Kommentar zum UmwG, § 133 Rz 22, Schwab in: Lutter, UmwG, 4. Auflage, § 133 Rz 82, enger Maier-Reimer/Seulen, a.a.O., Rz 13 Fn 45). Auch sind Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen erfasst, die bereits vor dem maßgeblichen Zeitpunkt begründet wurden, selbst wenn der Einzelanspruch erst danach entsteht (so auch Maier-Reimer/Seulen, a.a.O., Rz 21; Simon, a.a.O., Rz 23). 131

b. 132

Der Versicherungsvertretervertrag ist seinem Wesen nach ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat (von Hoyningen-Huene in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2010, Bd. I, § 84 HGB Rz 67 zum Handelsvertreter, dem der Versicherungsvertreter nach § 92 Abs. 1 HGB insoweit gleichgestellt ist). Dienstverträge wiederum sind klassische Dauerschuldverhältnisse (Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Auflage, § 314 Rz 2). 133

Der von dem Kläger geltend gemachte Ausgleichsanspruch nach § 92 Abs. 2, 89 b Abs. 1 HGB ist auch nicht erst nach dem maßgeblichen Zeitpunkt entstanden, weil er eine Kündigung und damit die Beendigung des Vertragsverhältnisses voraussetzt. Denn der Rechtsgrund für diesen Anspruch ist bereits mit der Begründung des Vertragsverhältnisses gelegt worden. Der Anspruch nach § 92 Abs. 2, 89 b HGB ist seinem Wesen nach ein vertraglicher Vergütungsanspruch (vgl. Löwisch in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 89 b Rz 10), der die Gegenleistung des Prinzipals für diejenige Leistung des Handels- bzw. Versicherungsvertreters darstellt, der durch die Provision noch nicht voll abgegolten ist (st. Rspr., vgl. schon BGH, Urt. v. 13.05.1957 – II ZR 318/56, BGHZ 24, 222; von Hoyningen-Huene in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2010, Bd. I, § 89 b HGB 134

Rz 5), nämlich die Überlassung des Kundenstamms an den Unternehmer. Er hat demnach Entgeltcharakter (Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Auflage, § 89 b Rz 3; Busche in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 89 b Rz 3). Der Anspruch entsteht zwar erst mit Kündigung, was einer Haftung der Beklagten auch hierfür aber gerade nicht entgegen steht (Maier-Reimer/Seulen, a.a.O., Rz 12). Er ist vielmehr zukünftiger Anspruch, dessen Inhalt bereits bestimmbar ist und deswegen auch schon vor Beendigung des Vertrages abgetreten werden kann (Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Auflage, § 89 b Rz 5, Busche a.a.O.). Mithin findet auch dieser Anspruch seinen Rechtsgrund im Vertragsverhältnis, der indes bereits vor dem maßgeblichen Zeitpunkt der Registereintragung gelegt war (vgl. Simon, a.a.O., Rz 23).

c. 135

Die Beklagte ist auch nicht nach § 133 Abs. 3 UmwG enthaftet. Nach Klageerhebung am 07.12.2011 erfolgte die Zustellung der Klageschrift am 20.01.2012 (Bl. 71 GA) und damit innerhalb des fünfjährigen Haftungszeitraums. Die Klageerhebung hemmt den weiteren Ablauf der mit Eintragung im Handelsregister der Beklagten am 27.12.2007 beginnenden und demnach eigentlich am 27.12.2012 vollendeten Frist, § 133 Abs. 4 UmwG in Verb. mit § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. 136

d. 137

Damit kann der Kläger seinen Anspruch auch gegen die Beklagte richten. Ob er sich daneben mit Recht auf die angebliche Zusicherung der Beklagten, es werde „alles beim Alten bleiben“, oder die Grundsätze von Treu und Glauben berufen kann, mag dahin stehen. 138

e. 139

Die Beklagte kann gegen ihre Haftung nicht mit Erfolg einwenden, ihr fehle es deshalb an der Passivlegitimation, weil der Kläger am 01.04.1971 einen neuen Handelsvertretervertrag mit ihrer Schwestergesellschaft geschlossen habe. Denn hiervon blieb das mit Vereinbarung vom 12.09.1968 begründete Versicherungsvertreterverhältnis mit der Beklagten unberührt; die Schwestergesellschaft ist eine andere Rechtspersönlichkeit und die Beklagte legt schon nicht dar, inwieweit dieser Vertrag die Regelungen in der Vereinbarung vom 12.09.1968 berührt haben könnte. 140

3. 141

Dass der Kläger am 15.10.2009 eine außerordentliche Kündigung erklärt hat, verhindert das Entstehen eines Ausgleichsanspruches nicht. Denn die Streitverkündete hat dem Kläger einen Anlass zur Kündigung gegeben, § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB. 142

a. 143

Die Kündigung des Klägers ist zunächst nicht etwa deswegen ungerechtfertigt gewesen, weil ihm ggf. das Zuwarten bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder bis zum 31.12.2009 hat gemutet werden können. Denn entscheidend ist insoweit nur, dass der Handelsvertreter gekündigt hat, auf die Art der Kündigung kommt es nicht an (BGH, Urt. v. 07.06.1984 – I ZR 50/82; BGHZ 91, 321). Aus der in BGHZ 91, 321 zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 30.06.1969 - VII ZR 70/67 - folgt nichts anderes, denn in dem dort entschiedenen Fall hatte der Unternehmer eine nicht gerechtfertigte fristlose Kündigung des Handelsvertreters zum Anlass genommen, seinerseits eine fristlose Kündigung auszusprechen. Der Bundesgerichtshof hat die von dem Unternehmer ausgesprochene 144

Kündigung nach § 89 b Abs. 3 S. 2 HGB für begründet gehalten, weil von einem Handelsvertreter, der nur einen begründeten Anlass zur fristgerechten, jedoch keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses habe, verlangt werden könne, dass er auch bei einem bestehenden Interessengegensatz zwischen den Parteien die Interessen des Unternehmers nicht rücksichtslos außer Acht lasse, indem er plötzlich und überraschend seine Tätigkeit einstelle.	
So liegt der Fall hier indes nicht. Denn die Streitverkündete hatte den Kläger bereits freigestellt und legte mithin keinerlei Wert mehr auf seine Tätigkeit.	145
b.	146
Die Eigenkündigung des Klägers ist auch deswegen für den Ausgleichsanspruch unschädlich, weil die Streitverkündete bereits zuvor selbst die Kündigung ausgesprochen hatte. Zwar weist Löwisch (a.a.O., § 89 b Rz 46 unter Verweis auf OLG Köln, Urt. v. 25.05.1959 – 7 U 157/58, HVR Nr. 292) darauf hin, dass bereits die Kündigungserklärung des Handelsvertreters für sich gesehen das Entstehen des Ausgleichsanspruches verhindere; das Vertragsverhältnis müsse nach richtiger Ansicht nicht durch die Gestaltungswirkung der Kündigungserklärung aufgelöst werden. Der 7. Zivilsenat des OLG Köln hat in seinem Urteil vom 25.05.1959 entschieden, in dem Moment, in dem der Handelsvertreter die Kündigung ausspreche, entfalle der Ausgleichsanspruch, auch wenn das Vertragsverhältnis durch eine nachfolgende fristlose Kündigung des Unternehmers sein Ende finde. Löwisch bezieht seine Ansicht folgerichtig nur auf Fälle, in denen <i>nach Ausspruch</i> der Kündigung Umstände hinzutreten, nach denen das Vertragsverhältnis früher oder aufgrund einer Vereinbarung der Vertragsparteien endet (so auch OLG Frankfurt, Urt. v. 12.07.1960 – 5 U 317/59, NJW 1961, 514, mit abl. Anm. Konow, für den Tod des Handelsvertreters). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall, denn das Vertragsverhältnis hatte bereits aufgrund der Kündigung durch die Streitverkündete zum 31.12.2009 sein Ende gefunden.	147
c.	148
Dem Kläger kann die nachfolgend erklärte Kündigung daher nicht zum Nachteil gereichen. Denn die Rechtfertigung der gesetzlichen Regelung in § 89 b Abs. 3 HGB liegt darin, dass ein Handelsvertreter, der aus freien Stücken das auf unbestimmte Zeit eingegangene Vertragsverhältnis ohne Anlass beenden will, die damit verbundene Folge des Anspruchsverlusts bedacht und in seine Abwägung einbezogen haben muss (vgl. Löwisch, a.a.O., Rz 44). Hier lag aber für den Kläger auf der Hand, dass auch die Streitverkündete das Vertragsverhältnis auflösen wollte, und zwar in Kenntnis dessen, dass dies einen Ausgleichsanspruch auslösen würde. § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB greift in erheblichem Maß in die Berufs- und Dispositionsfreiheit des Handels- bzw. Versicherungsvertreters ein, weswegen die Anforderungen an den Anspruchserhalt auch nicht überspannt werden dürfen (Löwisch a.a.O.).	149
d.	150
Daneben hatte die Streitverkündete dem Kläger auch Anlass zur Kündigung gegeben, § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB.	151
Die Tatbestandsmerkmale „Verhalten des Unternehmers“ und „begründeter Anlass“ aus § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB sind unter Billigkeitsgesichtspunkten zu verstehen, unter Berücksichtigung aller auf Seiten des Handelsvertreters bestehenden Umstände zu prüfen und zu seinen Gunsten weit auszulegen. Da es um eine Billigkeitsregelung geht, braucht das	152

Verhalten des Unternehmers weder vertragswidrig noch verschuldet zu sein. Es kann sich aus einer Gesamtschau einzelner Umstände ergeben, in welche das eigene Verhalten des Kündigenden ebenfalls einzubeziehen ist. Die an einen wichtigen Grund im Sinne von § 89 a Abs. 1 HGB zu stellenden Anforderungen müssen nicht vorliegen. Bei objektiver Würdigung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls müssen die dem Unternehmer anzulastenden Gegebenheiten vielmehr die einseitige Beendigung des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrags durch den Handelsvertreter gerechtfertigt erscheinen lassen (Löwisch, a.a.O., § 89 b Rz 48). Erforderlich, aber auch ausreichend ist vor hierfür allein, dass durch das Verhalten des Unternehmers eine für den Handelsvertreter nach Treu und Glauben nicht mehr hinnehmbare Situation geschaffen wird, die ihm die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar macht (BGH, Urt. v. 21.02.2006 – VIII ZR 61/04, NJW-RR 2006, 755; Senat, Urt. vom 15.12.2006 – 19 U 92/06, OLGR Köln 2007, 250; Thume in: Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 2, 8. Auflage, Kap. XI Rz 22).

	153
Wegen des am Billigkeitsgrundsatz ausgerichteten Verständnisses der Vorschrift reicht, wie bei der fristlosen Kündigung nach § 89 a Abs. 1 HGB, für den Anspruchserhalt das <i>objektive Vorliegen des begründeten Anlasses</i> im Zeitpunkt des durch die Kündigung herbeigeführten oder auf die Kündigungserklärung zurückzuführenden Vertragsendes aus (Löwisch, a.a.O., Rz 49).	154
Allein die Freistellung des Klägers, die mit Schreiben der Streitverkündeten vom 05.10.2009 und damit auch schon innerhalb der Frist für eine ordentliche Kündigung erklärt wurde, und damit zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsendes vorlag, rechtfertigte die Kündigung durch den Kläger.	155
Die einseitige Freistellung (Suspendierung) des gekündigten Handelsvertreters von seinem Dienst ist grundsätzlich unzulässig. Die Freistellung begründet daher regelmäßig ein Recht zur außerordentlichen Kündigung, und zwar ohne vorherige Abmahnung entsprechend § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB bei ernsthafter und endgültiger Verweigerung der vom Unternehmer geschuldeten Leistungshandlungen, weil der Unternehmer dem Handelsvertreter nicht ohne dessen Einverständnis die Ausübung seiner vertraglich vereinbarten Tätigkeit und den Kontakt zu seinen Kunden verwehren darf. Außerdem stellt die Freistellung eine Vertragsverletzung dar, welche den freigestellten Handelsvertreter einem zu Unrecht fristlos gekündigten Handelsvertreter gleichstellt (zum Vorstehenden Löwisch, a.a.O., § 89 Rz 31). Dem Kläger war es vor diesem Hintergrund nicht zuzumuten, am Vertrag festzuhalten. Angesichts des von der Beklagten ausgesprochenen Verbots einer aktiven Tätigkeit des Klägers wäre bei dessen Befolgung von dem Agenturvertrag lediglich eine Leere Hülle geblieben.	156
Wenn der Bundesgerichtshof eine formularmäßige Freistellungsklausel in Versicherungsvertreterverträgen in seinem Urteil vom 29.03.1995 (VIII ZR 102/94, r+s 1995, 357 ff.) unbeanstandet gelassen hat, weil die Gefahr der Tätigkeit für die Konkurrenz und die Mitnahme des Kundenstammes bestehe, steht dies dem gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Denn dies beruhte darauf, dass dem Versicherungsvertreter zur Kompensation seiner Nachteile bis zum Ablauf der Kündigungsfrist die Folgeprovisionen belassen und eine Ausgleichszahlung zugebilligt worden war. Daran fehlt es aber hier. Aus dem Schreiben vom 05.10.2009 ist entsprechendes nicht ersichtlich, ebenso wenig aus dem Vertrag oder aus dem Vortrag der Beklagten, der insoweit fehlt.	157

Der Kläger hat die vertragswidrige Freistellung durch die Streitverkündete auch als Begründung für seine Kündigung genommen, und diese unverzüglich am 15.10.2009 erklärt, nachdem die Streitverkündete die Freistellung mit Schreiben vom 05.10.2009 ausgesprochen hatte.	
Vor diesem Hintergrund mag dahin stehen, ob dem Kläger nicht auch vor dem Hintergrund der erfolgten Ausgliederung des Vertriebs auf die Streitverkündete ohnehin ein Kündigungsrecht wegen der wesentlichen Veränderung der Vertragsbeziehung zustand, und ob diese Kündigung nicht auch als von der Streitverkündeten veranlasst angesehen werden müsste.	159
e.	160
Für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB im Zusammenhang mit der Kündigung der Streitverkündeten ist nichts vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich.	161
f.	162
Die Jahresfrist nach § 89 b Abs. 4 HGB hat der Kläger mit seinem an die Streitverkündete gerichteten Schreiben vom 08.03.2010 (Bl.23 GA) gewahrt. Daraus geht eindeutig hervor, dass der Anspruch geltend gemacht wird. Eine Bezifferung des Anspruchs war noch nicht erforderlich (Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Auflage, § 89 b Rz 77; BGH, Urt. v. 29.04.1968 – VII ZR 8/66, NJW 1968, 1419).	163
5.	164
Der Kläger hat mit der Vorlage der den Schriftsätzen vom 10.01.2013 bzw. 25.01.2013 beigefügten schematischen Berechnungen des C e.V. seinen Anspruch indes bislang zur Höhe nicht hinreichend dargetan.	165
Zwar kann der nach den genannten Grundsätzen im Wege einer stark schematisierten Berechnung ermittelte Ausgleichsanspruch als Schätzungsgrundlage für einen Mindestanspruch dienen (BGH, Urt. v. 23.11.2011 – VIII ZR 203/10, NJW-RR 2012, 674), und zwar unabhängig davon, ob die Vertragspartner die Geltung dieser Grundsätze wirksam vereinbart haben. Dies setzt allerdings jedenfalls eine Darlegung der Umstände voraus, aus denen eine Plausibilitätskontrolle für das Gericht möglich ist, mithin eine Darlegung der maßgeblichen Anknüpfungstatsachen. Aus der Berechnung allein ist dies nicht abzuleiten. Der Senat geht aber davon aus, dass der Kläger mit der Inbezugnahme dieser Berechnungen jedenfalls dargetan hat, dass ihm rechnerisch noch ein Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zusteht. Dies wird daneben gestützt durch die vorläufige Berechnung der Beklagten zum 31.12.2006, die einen Ausgleichsanspruch in erheblicher Höhe ausgewiesen hat, so dass der Senat die Auseinandersetzung hierüber in das Betragsverfahren verweisen kann.	166
III.	167
Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Sie erscheint zur Fortbildung des Rechts erforderlich, da eine höchstrichterliche Entscheidung über die Frage, ob der Ausgleichsanspruch des Handels- bzw. Versicherungsvertreters bereits im Vertragsverhältnis angelegt ist und damit eine gesamtschuldnerische Haftung des ausgliedernden Rechtsträgers gegeben ist, bislang fehlt.	168
IV.	169
	170

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf insgesamt 475.965,90 € festgesetzt (424.142,33 € für den Antrag zu 1., 51.823,57 € für den Antrag zu 2.).

Die Beschwer des Klägers entspricht der Summe des Klageantrages zu 1., auch angesichts der Hilfsbegründung mit dem Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB. Insoweit ist eine weitergehende oder auch nur geringere Beschwer nicht gegeben, da der Senat hierüber nicht entschieden hat (vgl. BGH, Urteil v. 20.07.1999 - X ZR 175/98, NJW 1999, 3564 ff.). 171

Die Beschwer der Beklagten ist mit 81.497,26 € zu bemessen, da sie der Klageforderung in Bezug auf den Ausgleichsanspruch entspricht (vgl. BGH, Beschl.v. 26.11.2009 – III ZR 116/09, NJW 2010, 681 f.; Ball in: Musielak, ZPO, 10. Auflage 2013, § 511 Rz. 26). 333333 172