
Datum: 15.01.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 86/15
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:0115.19U86.15.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 89 O 14/15

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 9. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 29.5.2015 (89 O 14/15) abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 89.145,55 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % vom 1.4.2014 bis 9.3.2015 und in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.3.2015 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten und die Berufung des Klägers werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz werden dem Kläger zu 75 % und der Beklagten zu 25 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

I.	2
Die Parteien streiten über einen Ausgleichsanspruch nach Beendigung der Tätigkeit des Klägers als selbstständiger Versicherungsvertreter der Beklagten.	3
Der Kläger war seit dem 1.7.1981 bei der Beklagten angestellt, bevor er ab dem 1.1.2003 bis zum 31.3.2013 als Versicherungsvertreter für sie tätig wurde. Der Vertretervertrag datiert vom 13.12.2008 (Anlage K 1). Die Beklagte errechnete mit Schreiben vom 3.5.2013 (Anlage K 2) einen dem Kläger zustehenden Ausgleichsanspruch für die verschiedenen Versicherungssparten in Höhe von insgesamt 174.299,03 € und zahlte diesen Betrag an den Kläger. Dabei wurden – soweit für den vorliegenden Rechtsstreit relevant – nach den „Grundsätzen Sach“ von 50 % des durchschnittlichen Provisionsaufkommens für den Bereich SHUR (unstreitig 79.335,25 €) 43,82 % als selbst geworbener Bestand voll (34.764,71 €) und der Rest als übertragener Bestand zu 33,33 % (14.855,36 €) sowie ein Faktor von 3 für eine Tätigkeitsdauer von bis zu 14 Jahren berücksichtigt. Daraus ergab sich für den Bereich SHUR ein zwischen den Parteien streitiger Betrag von 148.860,20 €. Dem Kläger zustehende Beträge von 35.051,96 € für den Bereich Kfz und 7.432,86 € für den Bereich Leben sind ebenso unstreitig wie ein Abzug von 17.046,00 € für die betriebliche Altersversorgung.	4
Der Kläger hat in erster Instanz eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von (weiteren) 327.151,30 € nebst Zinsen beantragt. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass für den Bereich SHUR der Bestand voll und ein Tätigkeitsfaktor von 6 unter Berücksichtigung der früheren Angestelltentätigkeit zu berücksichtigen seien, so dass sich ein Betrag von 476.011,50 € ergebe. Hierzu hat der Kläger behauptet, dass er von der Beklagten keine Bestandslisten erhalten habe, hat die Richtigkeit des von der Beklagten berücksichtigten Anteils der Provisionszahlungen in den letzten fünf Jahren aus übertragenem Bestand bestritten und einen Abzug nicht für gerechtfertigt gehalten. Die von der Beklagten angewandte Bruttodifferenzmethode sei fehlerhaft. Ferner sei nach dem Schreiben des Gesamtverbandes der Versicherungswirtschaft vom 14.11.1972 an die Vorstände der Mitgliedsunternehmen und Mitgliederverbände seine Angestelltentätigkeit bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs voll zu berücksichtigen.	5
Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und ihre vorprozessuale Berechnung verteidigt. Hierzu hat sie gemeint, dass der Kläger konkret darlegen müsse, welche Provisionen ihm in den letzten fünf Jahren aus übertragenem Bestand zugeflossen sind, und hat die pauschalisierende Ausgleichsberechnung nach den „Grundsätzen Sach“ zur Vereinfachung als zulässig und zutreffend erachtet. Ferner hat die Beklagte gemeint, dass die Voraussetzungen für eine Berücksichtigung der Angestelltentätigkeit des Klägers nicht erfüllt seien und dem o.g. Schreiben vom 14.11.1972 nur unverbindlicher Empfehlungscharakter zukomme.	6
Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 208.148,41 € nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs für den Bereich SHUR hat das Landgericht keinen Abzug wegen des übernommenen Bestands vorgenommen, da die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast für in den letzten fünf Jahren aus dem übertragenen Bestand gezahlte Provisionen nicht nachgekommen sei. Den Tätigkeitsfaktor hat das Landgericht mit 4,5 berücksichtigt und dabei im Hinblick auf das o.g. Schreiben vom 14.11.1972 aus Billigkeitsgründen die Angestelltentätigkeit des Klägers zu 50 % einbezogen.	7
Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien sowie der tatsächlichen Feststellungen und der Begründung des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1	8

Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem Urteil vom 29.5.2015 (Bl. 86 ff. GA) Bezug genommen.

Dagegen richten sich die Berufungen beider Parteien, mit denen sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgen sowie ihr Vorbringen aus erster Instanz wiederholen, vertiefen und ergänzen: 9

Der Kläger meint, dass ein Abzug wegen des übernommenen Bestandes zu Recht nicht vorgenommen wurde und dass zur Ermittlung des Tätigkeitsfaktors nach dem o.g. Rundschreiben die Angestelltenzeit voll zu berücksichtigen sei, so dass der Faktor 6 in Ansatz zu bringen sei. Hierzu behauptet der Kläger, dass er vor Beginn der Versicherungsvertreterstätigkeit für die Beklagte als Angestellter im Außendienst tätig gewesen sei. 10

Der Kläger beantragt, 11

das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es dem Klageantrag nicht stattgegeben hat, und die Beklagte zu verurteilen, weitere 119.001,56 € zzgl. Zinsen hieraus in Höhe von 5 % per anno vom 1.4.2014 bis 9.3.2015 und in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.3.2015 zu bezahlen. 12

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, soweit die Klage abgewiesen wurde, und beantragt, 13

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 14

Mit ihrer eigenen Berufung verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter und ist der Auffassung, dass den Kläger die Darlegungslast zu noch vorhandenen Beständen treffe, er aufgrund der Provisionsabrechnungen über die dazu nötigen Informationen verfüge und sie sich ansonsten ggf. über einen Auskunftsanspruch verschaffen müsse. Die Beklagte treffe auch keine sekundäre Darlegungslast. Die nach den „Grundsätzen Sach“ anzuwendende Bruttodifferenzmethode diene der Vereinfachung und müsse einheitlich angewendet werden. Ansonsten bestünde auch die Möglichkeit einer konkreten Berechnung gemäß § 89 b HGB, von der der Kläger indes keinen Gebrauch gemacht habe. Der Tätigkeitsfaktor sei ohne Berücksichtigung der Angestelltenzeit mit 3 in Ansatz zu bringen, zumal ansonsten der aus der Angestelltenstätigkeit resultierende Bestand ungerechtfertigterweise doppelt zu Gunsten des Klägers in Ansatz gebracht werde. 15

Die Beklagte beantragt, 16

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. 17

Der Kläger verteidigt unter Bezugnahme auf das Vorbringen zu seiner eigenen Berufung das angefochtene Urteil, soweit der Klage stattgegeben wurde, und beantragt, 18

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 19

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf die Sitzungsniederschrift vom 18.12.2015 Bezug genommen. 20

II. 21

22

Von den jeweils zulässigen Berufungen ist nur die der Beklagten insofern begründet, als dem Kläger ein Ausgleichsanspruch in Höhe von insgesamt 280.490,57 € zusteht, so dass er unter Berücksichtigung des (unstreitigen) Abzugs wegen der betrieblichen Altersversorgung in Höhe von 17.046,00 € und der bereits geleisteten Zahlung in Höhe von 174.299,02 € weitere 89.145,55 € verlangen kann.

Die Parteien streiten – sowohl erst- als auch zweitinstanzlich – „nur“ darüber, ob bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs ein Abzug wegen bei Beginn des Versicherungsvertreterverhältnisses übernommenen Bestands vorzunehmen ist und welcher Tätigkeitsfaktor zu berücksichtigen ist, während die Voraussetzungen für das Bestehen eines Ausgleichsanspruch dem Grunde nach und die übrigen Berechnungsparameter auch der Höhe nach unstreitig sind. Der Kläger verneint einen Abzug wegen des Bestandes und berücksichtigt den (unstreitigen) Provisionsbetrag mit (unstreitig) 50 % in Höhe von 79.335,25 € voll, während die Beklagte eine differenzierende Berechnung vornimmt (43,82 % voll und restliche 56,18 % zu 33,33 %) und dadurch zu einem Betrag von 49.620,07 € gelangt. Diese Beträge multiplizieren der Kläger mit dem Tätigkeitsfaktor 6, weil er seine frühere Angestelltenzeit einbezieht, und die Beklagte mit 3. Das Landgericht hat sich hinsichtlich des Bestandes der Position des Klägers angeschlossen und einen Tätigkeitsfaktor von 4,5 angenommen, indem die Angestelltentätigkeit unter Billigkeitsaspekten zur Hälfte berücksichtigt wurde. Der Senat folgt hinsichtlich des Ausgleichswerts dem Landgericht und dem Kläger, hinsichtlich des Tätigkeitsfaktors hingegen der Argumentation der Beklagten. Zur Begründung kann zunächst auf die Entscheidung des Senats in dem Verfahren 19 U 43/15 (Urteil vom 23.10.2015 – abrufbar bei juris) zu einem ähnlich gelagerten Fall eines anderen ehemaligen Versicherungsvertreters der Beklagten verwiesen werden. Im Hinblick auf den vorliegenden Fall ist hierzu noch Folgendes auszuführen:

1. Das Landgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die übertragenen Bestände nur zur Quotenbildung nach der Staffel in Ziffer I. 2. der „Grundsätze Sach“ herangezogen werden können (also daraus geflossene Provisionen nur zu einem Bruchteil angesetzt werden), wenn die zur Ausgleichsberechnung angesetzten Provisionen (Durchschnitt der letzten 5 Jahre) überhaupt noch aus diesem übertragenen Bestand hervorgehen.

Gemäß § 89 b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 1 HGB kommt es zur Berechnung des Ausgleichs darauf an, dass der Versicherungsvertreter neue Versicherungsverträge sei es auch mit Altkunden vermittelt hat, aus denen der Unternehmer nach Ende des Handelsvertreterverhältnisses erhebliche Vorteile hat (vgl. Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Auflage 2014, § 89 b HGB Rn 86). Der Vermittlung eines neuen Versicherungsvertrags steht gleich, wenn der Versicherungsvertreter einen bestehenden Versicherungsvertrag so wesentlich erweitert hat, dass dies wirtschaftlich der Vermittlung eines neuen Vertrags entspricht, § 89 b Abs. 5 Satz 1 2. Fall HGB. Für die dem Versicherungsvertreter übertragenen Bestände, die grundsätzlich als Altverträge nicht ausgleichspflichtig sind, wird angenommen, dass sie dem Versicherungsvertreter allmählich zuwachsen, was bei der Ausgleichshöhe zu berücksichtigen ist (vgl. Emde, in: Staub, Großkommentar HGB, 5. Auflage 2008, § 89 b HGB Rn 429, zitiert nach juris; Thume, in: Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Bd. 2, 9. Auflage 2014, XX Rn 90). Dem trägt die zeitliche Staffel der Ziffer I. 2. „Grundsätze Sach“ Rechnung. Als problematisch wird in diesem Zusammenhang allerdings angesehen, ob ein übertragener Bestand auch dann noch ausgleichsmindernd in vollem Umfang, den er zum Zeitpunkt seiner Übertragung hatte, oder je nach Zeitablauf teilweise in Ansatz gebracht werden kann, wenn er ganz oder teilweise bei der Vertragsbeendigung gar nicht mehr vorhanden ist (vgl. Emde, in: Staub, Großkommentar

Die Beklagte berücksichtigt unter Anwendung der sog. Bruttodifferenzmethode einen Anteil von 56,18 % des übertragenen Bestands im Bereich SHUR nach Maßgabe der Ziffer I. 2. „Grundsätze Sach“ nur zu 33,33 %, ohne näher zu begründen, dass dieser Anteil des Altbestands bei Vertragsende noch vorhanden war und/oder daraus in den letzten fünf Vertragsjahren Provisionen geflossen sind, weil sie dies für unerheblich hält. Dem kann indes nicht gefolgt werden. Dies würde nämlich dazu führen, dass ein ursprünglich übertragener Bestand, obwohl er zum Stichtag nicht mehr vorhanden ist, zu Abzügen beim Ausgleichswert führt (so auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.11.2012, 3 U 19/12; LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 10.5.2013, 5 HK O 8765/12). Auch nach dem Vorbringen der Beklagten ist nicht ausgeschlossen, dass die übertragenen Bestände nicht mehr vollständig vorhanden sind, sondern sich Zu- und Abgänge lediglich wertmäßig im Bestand ausgleichen. Denn es fehlt sowohl erst- als auch zweitinstanzlich an einer näheren Darlegung des übertragenen (Alt-) Bestands und seiner Entwicklung bis zum Vertragsende. Mithin ist der schlichte Vergleich des Netto-Gesamtbestands zum Stichtag mit dem übertragenen Nettobestand nicht – jedenfalls nicht in nachprüfbarer Weise - geeignet, vom Kläger vermittelte Neuverträge aus dem – als vermeintlich übertragen berücksichtigten – Bestand herauszunehmen. Diese Neuverträge bleiben allerdings gemäß § 89 b Abs. 5 Satz 1 HGB ausgleichspflichtig, da sie von dem Kläger als Versicherungsvertreter neu abgeschlossen worden sind und der Beklagten als Unternehmerin nach Ende des Handelsvertreterverhältnisses erhebliche Vorteile bringen, die nicht mehr aus dem übertragenen Altbestand herrühren. Daran ändert Ziffer I. 2. „Grundsätze Sach“ nichts, zumal dort von „übertragenen Versicherungsbeständen“ die Rede ist und eben nicht von dem Gesamtbestand zum Stichtag einschließlich Neuverträge. Zudem soll die zeitliche Staffel der Ziffer I. 2. „Grundsätze Sach“ der Intensivierung des übertragenen Bestandes (§ 89 b Abs. 5 Satz 1 2. Fall HGB) Rechnung tragen (vgl. Emde, in: Staub, Großkommentar HGB, a.a.O., § 89 b HGB Rn 429; Thume, in: Küstner/Thume, a.a.O., XX Rn 90). Der von der Beklagten angeführte Sinn und Zweck der „Grundsätze Sach“, nämlich unter Berücksichtigung ihres Kompromisscharakters (vgl. BGH, Urteil vom 8.5.2014, VII ZR 282/12, zitiert nach juris), die Höhe des Ausgleichs „global“ zu errechnen (vgl. Einleitung der „Grundsätze Sach“), spricht demgegenüber nicht für die beklagtenseits angewandte Berechnungsmethode, die gegen § 89 b Abs. 5 Satz 1 HGB verstößt. Auch wenn es der Anwendung der „Grundsätze“ als Ganzes in Fällen der Heranziehung als Schätzungsgrundlagen nicht entgegensteht, wenn einzelne ihrer Klauseln den gesetzlichen Maßstäben nicht vollständig entsprechen (vgl. BGH, a.a.O.), ist der gesetzeskonformen Auslegung der „Grundsätze Sach“, die zudem ihrem Wortlaut entspricht, der Vorzug zu geben. Denn der Quotenregelung liegt nur der Erfahrungswert zugrunde, dass sich ein übertragener Altbestand durch die ständige Betreuung je stärker einem selbst aufgebauten Versicherungsbestand annähert, desto größer die Zeitspanne zwischen dem Zeitpunkt der Bestandsübertragung und dem Ende des Vertretervertrages ist. Dies schließt aber nicht aus und die Quotenregelung soll auch nicht aus Vereinfachungsgründen den Umstand überlagern, dass der übertragene Bestand am Ende des Vertretervertrages nicht oder nicht mehr vollständig vorhanden ist. Denn es ist kein rechtfertigender Grund dafür ersichtlich, dass ein nicht mehr vorhandener, ursprünglich einmal übertragener Bestand zu Abzügen beim Ausgleichswert führen sollte. Es ergibt sich auch aus dem Wortlaut der „Grundsätze“, insbesondere dem Zusammenhang zwischen der Regelung in Ziffer I. 1. a und 2, dass zur Berechnung des Ausgleichswerts nur die in den letzten fünf Jahren der Tätigkeit gezahlten Provisionen aus übertragenen Beständen an der Quotenbildung teilnehmen. Dies wird auch von den (wenigen) Literaturstimmen (Thume, in: Küstner/Thume, a.a.O., XX Rz. 108; Küstner in der Voraufgabe, XX Rz. 102; Hopt, in: Handelsvertreterrecht, 4. Auflage S. 305) und in der Rechtsprechung (LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 1.3.2013, 5 HK O 8765/12; LG Mainz, 10 HK

O 30/14; OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.11.2012, 3 U 19/12) nahezu einhellig so gesehen (anderer Ansicht – soweit ersichtlich – nur Evers, Bruttodifferenzmethode kann bei Ausgleichsberechnung zulässig sein, in: VW 2009, 1922). Die Argumentation der Beklagten zur „Richtigkeit“ einer Anwendung der sog. Bruttodifferenzmethode dahingehend, dass gestaffelte prozentuale Abzüge für übernommenen Bestand unabhängig davon, ob daraus in den für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs maßgeblichen letzten fünf Vertragsjahren noch Provisionen geflossen sind, vorzunehmen sind, vermag aus den dargelegten Gründen nicht zu überzeugen. Die von der Beklagten zitierten Fundstellen betreffen jeweils vom vorliegenden Fall abweichende Fallkonstellationen oder rechtliche Ansätze. Auch die von der Beklagten angeführten Vereinfachungsgesichtspunkte können nicht als Begründung dafür angeführt werden, einen möglicherweise selbst vermittelten Bestand pauschal zu einem Prozentsatz nicht zu berücksichtigen. Denn die Entwicklung des „übertragenen Bestandes“ chronologisch darzustellen, dürfte im Zeitalter der Elektronischen Datenverarbeitung keinen allzu großen Schwierigkeiten mehr begegnen, mögen die Parteien daran auch im Zeitpunkt der Übertragung des Bestandes nicht gedacht haben. Ferner bietet auch die Möglichkeit des Versicherungsvertreeters, seinen Ausgleichsanspruch unabhängig von den Grundsätzen nach § 89 b HGB zu berechnen, keinen hinreichenden Anlass, die Grundsätze dahin auszulegen, dass auch solche Bestände, für die in den letzten fünf Vertragsjahren keine Provisionen geflossen sind und die deshalb auch keinen Eingang in den Ausgangswert gefunden haben, ggf. anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind. Die vom Landgericht im Einklang mit der Mehrzahl der Rechtsprechungs- und Literaturstimmen favorisierte Interpretation der Grundsätze beruht schließlich auch nicht – wie die Beklagte meint – auf einer einschränkenden Anwendung der ihres Erachtens einheitlich anzuwendenden pauschalisierenden Regelungen, sondern auf deren Auslegung nach allgemeinen Regeln.

2. Mithin kommt es durchaus darauf an, in welchem Umfang die übertragenen Bestände zum Stichtag noch vorhanden waren. Nach dem Sachvortrag beider Parteien ist dies jedoch offen gelassen worden. Der Kläger berechnet seinen Ausgleich so, als wären die ihm übertragenen Bestände bei Beendigung des Vertreterverhältnisses gar nicht mehr vorhanden gewesen. Die Beklagte nimmt – ebenfalls – keine klare Differenzierung vor, sondern hält an ihrer Auffassung fest, dass nach der Bruttodifferenzmethode der Altbestand entsprechend der vorprozessualen Berechnung zu einem – nicht näher erläuterten – Anteil von 56,18 % nur zu 33,33 % zu berücksichtigen sei, und verweist im Übrigen auf die Darlegungs- und Beweislast, die ihres Erachtens dem Kläger obliegt. Der Senat schließt sich auch insoweit der Auffassung des Landgerichts an, dass die Beklagte – jedenfalls - eine sekundäre Darlegungslast trifft, der sie sowohl erst- als auch zweitinstanzlich nicht nachgekommen ist. 27

Zwar ist der Versicherungsvertreter als Anspruchsteller grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtig für alle anspruchsbegründenden Tatsachen, auch für ihm zum Vorteil gereichende Bestandsveränderungen (vgl. Emde, in: Staub, Großkommentar HGB, a.a.O., § 89 b HGB Rn 430; Thume, in: Küstner/Thume, a.a.O., XX Rn 109; a.A. Löwisch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn [EBJS], Handelsgesetzbuch, 3. Auflage 2014, § 89 b HGB Rn 201, der die Ermittlung und Errechnung des Ausgleichsanspruchs anhand der „Grundsätze“ aufgrund einer nachvertraglichen Treuepflicht als Aufgabe des Unternehmers ansieht). Jedoch kann es im Einzelfall zu einer Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nach „Gefahrensphären“ kommen (vgl. Emde, in: Staub, Großkommentar HGB, a.a.O., § 89 b HGB Rn 430). Da dem grundsätzlich beweibelasteten Versicherungsvertreter die Beweisführung durch Ermittlung des bereits weggefallenen oder noch vorhandenen Bestands oft unzumutbar sein dürfte und dem Versicherungsunternehmer der Tatsachenstoff eher bekannt ist, soll nach den Grundsätzen der Zumutbarkeit der Beweisführung davon ausgegangen werden, dass das ausgleichspflichtige Unternehmen den Sachverhalt darzulegen bzw. substantiiert zu 28

bestreiten hat (vgl. Küstner, in: Küstner/Thume, a.a.O., XX Rn 111).

Von einem solchen Fall der sekundären Darlegungslast der Beklagten als Versicherungsunternehmerin ist hier auszugehen:

29

Dabei kann dahinstehen, ob der Kläger von der Beklagten Bestandslisten entsprechend der als Anlage B 2 vorgelegten erhalten hat. Denn dass diese Listen die zum vertragsbezogenen - nicht nur kundenbezogenen - Abgleich der Bestände erforderlichen Daten enthalten, insbesondere Versicherungsnummer, Art der Versicherung sowie konkrete Bestandsprovision, ist beklagtenseits nicht dargelegt worden und auch aus den vorgelegten Listen nicht ersichtlich. Zudem hat der Kläger – unstreitig – zum Vertragsende sämtliche Geschäftsunterlagen der Beklagten herausgegeben, so wie dies in Ziffer 14 des Vertretervertrags der Parteien vorgesehen ist. Auch die dem Kläger übersandten Provisionsabrechnungen, auf die die Beklagte verweist, reichen nicht aus, um dem Kläger eine eigene Darlegung von Provisionseinnahmen aus dem übertragenen Bestand in den letzten fünf Vertragsjahren zu ermöglichen, da dies allenfalls im Zusammenhang mit den (unübersichtlichen) Bestandslisten und den Kopien der Versicherungspolice, die der Kläger – unstreitig – nach Beendigung der Zusammenarbeit zwischen den Parteien herausgeben bzw. vernichten musste, möglich wäre. Soweit die Beklagte den Kläger auf die Möglichkeit zur Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs bzw. Anforderung eines Buchauszugs verweist, ist umstritten, ob ein Buchauszug überhaupt im Hinblick auf den Ausgleichsanspruch gemäß § 89 b HGB verlangt werden kann (ausdrücklich offen gelassen: BGH, Urteil vom 23.11.2011, VIII ZR 203/10; verneinend: OLG Celle, Beschluss vom 20.4.2004, 11 U 61/04; zitiert nach juris; bejahend: Emde, in: Staub, Großkommentar HGB, a.a.O., § 87 c HGB Rn 13). Diese Rechtsfrage kann hier jedoch dahinstehen, da nicht einmal davon ausgegangen werden kann, dass ein Buchauszug die für die Berechnung des Ausgleichs relevanten Daten überhaupt enthält, zumal die Informationsrechte des § 87 c HGB der dreijährigen Regelverjährungsfrist (§ 195 BGB) ab dem Schluss des Kalenderjahres, in dem die Abrechnung erteilt wurde (§ 199 Abs. 1 BGB), unterliegen (vgl. Emde, in: BB 2012, 3029, 3035, zitiert nach juris). Bereits in zeitlicher Hinsicht wird sich ein zu verlangender Buchauszug daher nicht auf die bis in das Jahr 2003 zurückgehenden Daten erstrecken. Zudem erscheint es prozessökonomisch fragwürdig, den Kläger auf seine möglichen Informationsrechte zu verweisen, um im vorliegenden Rechtsstreit gegen die Beklagte substantiiert vortragen zu können, was im Übrigen auch für einen allgemeinen Auskunftsanspruch aus §§ 242, 260 BGB gilt. Schließlich hat die Beklagte selbst im Prozess nicht von der – auch nach dem von ihr verfochtenen Standpunkt - naheliegenden Möglichkeit, entsprechende Auskünfte zu erteilen, Gebrauch gemacht.

30

Gerade in solchen Fällen wie dem vorliegenden ist von der sekundären Darlegungslast auszugehen. Danach darf der Gegner der nach den allgemeinen Grundsätzen beweispflichtigen Partei sich nicht auf ein einfaches Bestreiten beschränken, wenn die (primär) darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (vgl. Zöller/Greger, Zivilprozessordnung, 31. Auflage 2016, § 138 ZPO Rn 8 b).

31

Jedenfalls nach der vertragsgemäßen Herausgabe aller Geschäftsunterlagen steht der Kläger in diesem Sinne außerhalb des Geschehensablaufs. Er kann den erforderlichen Abgleich der übertragenen Bestände mit den Beständen zum Stichtag nicht (mehr) vornehmen. Dass dies anhand der erteilten Abrechnungen, die Bestandsprovisionen ohne konkrete vertragliche Zuordnung ausweisen dürften, möglich wäre, ist nicht ersichtlich. Die

32

langjährige Beziehung zu seinen Kunden vermag dem Kläger ebenfalls nicht zu helfen. Abgesehen davon dürfte es auch nicht dem wohlverstandenen Interesse der Beklagten entsprechen, den Kläger auf eine mögliche Kontaktaufnahme zu seinen (früheren) Kunden, die eventuell noch heute Vertragspartner der Beklagten sind, zu verweisen. Die Beklagte unternimmt auch zweitinstanzlich nicht einmal den Versuch, anhand der dem Kläger vorliegenden Unterlagen, mit denen dies ihres Erachtens unschwer möglich sein soll, die in den letzten fünf Vertragsjahren aus dem Altbestand verdienten Provisionen des Klägers – zumindest exemplarisch - darzulegen. Andererseits müsste es jedoch der Beklagten möglich sein, die Entwicklung jedes einzelnen, dem Kläger zur Betreuung übertragenen Versicherungsvertrages nachzuhalten. Dass dies unter Umständen aufwändig oder mit Schwierigkeiten verbunden ist, macht die Aufbereitung der Daten nicht unzumutbar. Denn es besteht ein Informationsgefälle zu Lasten des Klägers, weil der Vertreter im Zweifel nicht wissen wird, dass der „übertragene Bestand (Ausgangsbestand)“ für die spätere Berechnung des Ausgleichsanspruchs festgeschrieben werden soll. Insofern hat er auch kein Bedürfnis, die genannte Zahl kritisch zu hinterfragen oder die weitere Entwicklung zu dokumentieren. Auch stellt die Beklagte in ihrer Berechnung des Ausgleichsanspruchs „nach den Grundsätzen unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung“ (Anlage K 2) den Ansatz eines Anteils von 56,18 % des „übertragenen Nettobestandes“ bei der Quotenbildung als unproblematisch dar, ohne dies näher zu begründen oder zumindest zu erläutern. Damit überdeckt sie die Problematik, so dass sie bei Rüge des Versicherungsvertreeters ihre Abrechnung selbst berichtigen muss, jedenfalls aber dem Vertreter Unterlagen an die Hand geben muss, die ihn in die Lage versetzen, selbst anzugeben, welche Provisionen ihm im Vergleichszeitraum noch aus übertragenen Altbeständen zugeflossen sind. Die Beklagte kann ihre gegenteilige Auffassung schließlich auch nicht auf die von ihr in Bezug genommene Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 21.12.2005 (7 U 2941/05, in: VersR 2006, 1123 ff.) stützen, da der dort entschiedene Fall sich deutlich von dem vorliegenden unterscheidet. Dort hatte die klagende Versicherungsvertreterin zur Berechnung ihres Ausgleichsanspruchs lediglich die für sie günstigen Regelungen der „Grundsätze“ heranziehen wollen und auf deren Basis eine eigene, dann im Weiteren von den „Grundsätzen“ abweichende Berechnung vorgenommen. Dem ist das Oberlandesgericht München in dem vorzitierten Urteil nicht gefolgt. Vorliegend sind sich die Parteien jedoch darüber einig, den Ausgleichsanspruch insgesamt nach den „Grundsätzen Sach“ zu berechnen und die Beklagte hat diese Aufgabe übernommen.

Ob – wie teilweise vertreten wird (vgl. Löwisch, EBJS, a.a.O., § 89 b HGB Rn 160) - die Ermittlung und Errechnung des Ausgleichsanspruchs nach den „Grundsätzen“ aufgrund einer nachvertraglichen Treuepflicht sogar grundsätzlich oder jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend die Beklagte – der Versicherer die Aufgabe der Berechnung nach den „Grundsätzen“ übernimmt und/oder den Altbestand mit unterschiedlichen Prozentsätzen berücksichtigt, ohne die Differenzierung zu erläutern, dessen originäre Aufgabe ist, bedarf nach dem Vorstehenden keiner abschließenden Beurteilung. 33

Nachdem die Beklagte auch in zweiter Instanz nicht konkret dargelegt hat, ob und ggf. in welchem Umfang die übertragenen Bestände zum für den Ausgleich maßgeblichen Stichtag noch vorhanden gewesen sind, ist der hinter der Berechnung des Klägers stehende Vortrag, dass keine Altbestände mehr vorhanden waren, gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen. 34

3. Soweit der Kläger im Rahmen seiner Anspruchsberechnung den danach maßgeblichen – nicht wegen übernommener Altbestände gekürzten - Ausgleichswert in Höhe von 79.335,25 € im Bereich SHUR mit dem Faktor 6 multipliziert, kann dem jedoch ebenso wenig gefolgt 35

werden wie der Berechnung des Landgerichts mit dem Tätigkeitsfaktor 4,5. Vielmehr ist von dem Multiplikator 3 gemäß Ziffer II. 1. „Grundsätze Sach“ auszugehen. Denn entgegen der Auffassung des Klägers ist die Zeit seiner Angestelltentätigkeit (nach seiner Darstellung im Außendienst der Beklagten) bei der Ermittlung des Multiplikators nicht berücksichtigungsfähig.

Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass bereits der Wortlaut der Ziffer II. „Grundsätze Sach“ („Dauer der hauptberuflichen selbständigen Tätigkeit des Vertreters“) gegen die Berücksichtigung der Angestelltentätigkeit spricht. Dieser ist eindeutig und lässt keinen Interpretationsspielraum zu. Zudem ist Grundvoraussetzung für die Entstehung eines Ausgleichsanspruchs das Bestehen eines Handelsvertreterverhältnisses (§ 84 HGB) zwischen rechtlich selbständigen Personen; auf sonstige Dienst- oder Vertragsverhältnisse mit Vertriebsmittlern ist § 89 b HGB nicht anwendbar (vgl. Löwisch, in: EBJS, a.a.O., § 89 b HGB Rn 16 und 17). Daher kann sich der Handelsvertreter zur Begründung seines Ausgleichsanspruchs nicht auf das berufen, was er früher als Arbeitnehmer in gesicherter Stellung ohne Unternehmerrisiko ausschließlich für den Gewerbebetrieb seines Arbeitgebers geleistet hat (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 1.7.1969 - 8 U 270/64, zitiert nach beck-online). Dies gilt nicht nur für die Ermittlung der dem Unternehmer verbliebenen Vorteile im Sinne von § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB (vgl. Thume, in: Küstner/Thume, a.a.O., VI Rn 17), sondern auch für eine möglicherweise im Rahmen der Billigkeit (§ 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB) zu berücksichtigende Tätigkeitsdauer, die sich – wenn überhaupt relevant – nur auf diejenige des Handelsvertretervertrags bezieht (vgl. Löwisch, in: EBJS, a.a.O., § 89 b HGB Rn 143; Hopt, in: Baumbach/Hopt, a.a.O., § 89 b HGB Rn 36; Emde, in: Staub, Großkommentar HGB, a.a.O., § 89 b HGB Rn 162 „Dauer der Tätigkeit des Handelsvertreters“). Etwas anderes kann entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht unter Berücksichtigung des Schreibens des Gesamtverbandes der Versicherungswirtschaft vom 14.11.1972 an die Vorstände der Mitgliedsunternehmen und Mitgliedsverbände gelten, das zu Ziffer 9.3 auszugsweise wie folgt lautet: „Bei einer Errechnung der Höhe eines Ausgleichsanspruchs dürfte es in der Regel gerechtfertigt sein, eine Tätigkeit des Vertreters für das ausgleichsverpflichtete Unternehmen als Angestellter im Versicherungsaußendienst bei Anwendung der Multiplikatorenstaffeln unter II. mit zu berücksichtigen, allerdings unbeschadet der – bei gegebener Veranlassung klarzustellen – Rechtslage, nach der eine Tätigkeit als Angestellter einen Ausgleichsanspruch an sich weder begründen noch seiner Höhe nach beeinflussen kann.“ Gerade aus dem letzten Halbsatz folgt, dass das Schreiben nichts an der wie vorstehend dargestellten Rechtslage ändert und auch nicht zur Auslegung der hinsichtlich des Wortlauts eindeutigen Regelung in Ziffer II. „Grundsätze Sach“ herangezogen werden kann, sondern lediglich als unverbindliche Empfehlung einer kulanzenweisen Einbeziehung von Angestelltentätigkeiten zu verstehen ist. Es ist zudem anzunehmen, dass ansonsten das Schreiben des Gesamtverbandes der Versicherungswirtschaft vom 14.11.1972 zumindest im Rahmen seither erfolgter redaktioneller Änderungen oder nachträglich getroffener Vereinbarungen in die Regelungen der „Grundsätze Sach“ einbezogen worden wäre, was offenbar nicht der Fall ist. Sondervereinbarungen über eine Anwendung dieser Regelungen auf ihr Vertragsverhältnis haben die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits nicht getroffen. Dass die Beklagte der vorgenannten Empfehlung regelmäßig entsprochen hätte, so dass an eine eventuelle Selbstbindung im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu denken wäre, wird klägerseits nicht substantiiert vorgetragen. Es gibt im vorliegenden Fall auch keine sonstigen (Billigkeits-) Gründe, aufgrund derer es gerechtfertigt wäre, die Angestelltenzeit des Klägers bei der Berechnung des ihm nach seinem Ausscheiden als Versicherungsvertreter zustehenden Ausgleichsanspruchs ganz oder teilweise zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, da insbesondere nicht ersichtlich ist, dass er etwa mit dem Tätigkeitswechsel auf die als

