



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Richter Dr. Andreas Neundlinger als Vorsitzenden, Dr. Richard Hargassner und Mag. Bernhard Telfser, sowie die fachkundigen Laienrichter MMag. Sabina Wiesinger-Tatschl und Dr. Judith Traxler in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei **Manfred E** [REDACTED], vertreten durch Dr. Erich Schwarz, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei H [REDACTED], vertreten durch Dr. Michael Metzler, Rechtsanwalt in Linz, wegen **EUR 27.810,13 s.A., Rechnungslegung und Zahlung**, infolge Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 6. Dezember 2011, 18 Cga 39/11i-12, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass Punkt 3. der Entscheidung (Zuspruch eines unbestimmten Zahlungsbegehrens im Rahmen der Stufenklage) zu entfallen hat, und die Punkte 1., 2. und 4. als Teilurteil aufrecht bleiben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.047,09 (darin enthalten EUR 341,18 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der **Kläger** begehrt von der Beklagten

1. Zahlung von EUR 27.810,13 (EUR 21.691,13 an Provision und EUR 6.119,00 Kündigungsschädigung),

2. Rechnungslegung durch Übermittlung eines Buchauszuges iSd § 16 Abs 1 HVertrG hinsichtlich der Kunden Mag. Robert L. [REDACTED] Johann G. [REDACTED] Christoph L. [REDACTED] und Jan R. [REDACTED] sowie

3. die Bezahlung der von ihm nach Vorlage des Buchauszuges zu beziffernden restlichen Provisionen.

Dazu brachte er vor, dass er für die Beklagte vom 1. August 2008 bis zur grundlosen fristlosen Beendigung des Vertragsverhältnisses durch die Beklagte am 25. Juni 2010 als Handelsvertreter tätig gewesen sei. In einem von der Beklagten zur Verfügung gestellten Küchenschauraum in Salzburg habe er Aufträge zum Verkauf und der Lieferung von Küchen durch die Beklagte akquiriert. Dafür habe er vereinbarungsgemäß eine Provision iHv 40% des Deckungsbeitrages (des Gewinns) erhalten, die er der Beklagten zuzüglich Mehrwertsteuer in Rechnung gestellt habe. Die Provisionshöhe sei zwischen ihm und dem Geschäftsführer der Beklagten nicht nur mündlich vereinbart worden, sondern die Beklagte habe die von ihm auf Basis dieser Vereinbarung gestellten Rechnungen auch nie beanstandet, sondern immer akzeptiert. Da die Beklagte Vollkaufmann kraft Gesetzes sei, stelle das ungeprüfte Zahlen von Rechnungen überdies ein Anerkenntnis dar. Mit der Berechnungsgrundlage seien seine Leistungen auch jedenfalls angemessen entlohnt worden.

Mit seinem Schreiben vom 18. Juni 2010 habe er den Handelsvertretervertrag nicht gekündigt, sondern lediglich die Bezahlung von offenen Provisionen gefordert und für den Fall der nicht rechtzeitigen Leistung die Vertragsbeendigung angedroht.

Aus der Vertragsbeziehung mit der Beklagten seien zum einen noch Provisionen von EUR 21.691,13 brutto aus den Rechnungen Nr. 20233 vom 15. März 2010 über EUR 8.481,00, Nr. 20244 vom 29. April 2010 über EUR 9.929,64 und Nr. 20260 vom 13. August 2010 über EUR 3.280,48 offen. Zum anderen seien zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung mehrere von ihm vermittelte Geschäfte noch im Ausführungsstadium gewesen. Da ihm die Beklagte trotz entsprechender schriftlicher Aufforderung die näheren Details dieser Verkaufsfälle nicht bekannt gegeben habe, könne er die ihm zuständigen Provisionen nicht berechnen. Die Beklagte sei daher zur Rechnungslegung in Form der Vorlage eines Buchauszuges verpflichtet. Erst nach Vorliegen dieser Angaben werde er im Sinne eines Stufenbegehrens seinen daraus zu errechnenden Provisionsanspruch beziffern.

Wegen Nichteinhaltung der Kündigungsfrist gemäß § 21 HVertrG habe er auch einen Schadenersatzanspruch gegenüber der Beklagten iHv zwei durchschnittlichen Monatsverdiensten von EUR 6.119,00.

Die **Beklagte** bestritt das Klagebegehren und wandte ein, dass eine Vermittlungsprovision iHv 40% des Deckungsbeitrages (verstanden als Differenz zwischen Umsatz und

Händlerverkaufspreis) nicht vereinbart worden sei und auch nicht den am Ort der Niederlassung des Handelsvertreters üblichen Sätzen entspreche. Eine derartige Vereinbarung sei auch nicht schlüssig zustande gekommen, weil den vom Kläger gelegten Rechnungen die Kalkulationsgrundlagen nicht angeschlossen gewesen seien. Sie habe die Rechnungen des Klägers auch nicht anerkannt oder akzeptiert, sondern Zahlungen nur als Akonto bzw. unter Vorbehalt vorgenommen. Allenfalls schulde sie eine angemessene Provision.

Das Zahlungsbegehren bestünde nicht zu Recht, weil der Kläger die damit begehrten Provisionen zum Großteil bereits abgerechnet und teilweise bewusst doppelt verzeichnet habe. Einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichteinhaltung der Kündigungsfrist habe der Kläger schon deshalb nicht, weil er mit Schreiben vom 18. Juni 2010 selbst unter auflösender Bedingung den Kooperationsvertrag aufgelöst habe. Mit Vorlage der Urkunde Blg. /16 (S.2 in ON 11) habe sie das Rechnungslegungsbegehren erfüllt.

Die Beklagte erhob auch eine "Gegenforderung und den Einwand der Schuldtilgung": So habe sie gegenüber dem Kläger einen Anspruch auf Zahlung von EUR 28.631,82, den der Kläger auch anerkannt habe. Da sich der Kläger bei der Rechnung Nr. 806130 zu Unrecht 5% Skonto abgezogen habe, schulde er ihr weiters einen Betrag von EUR 345,23, der im obigen Betrag nicht enthalten sei. Darüber hinaus habe sie am 20. Jänner 2010 eine Akontozahlung iHv EUR 4.377,00 geleistet.

Der Gegenforderung und dem Einwand der Schuldtilgung hielt der **Kläger** entgegen, dass er den Betrag von EUR 28.631,82 bei Berechnung seines offenen Provisionsanspruches bereits berücksichtigt habe. Der Skontoabzug sei im Betrag von EUR 28.631,82 bereits enthalten. Mit der Zahlung über EUR 4.377,00 habe die Beklagte die Rechnung Nr. 29220 vom 1. Dezember 2009 bezahlt.

Mit dem angefochtenen **Urteil** gab das Erstgericht mit Punkt 1. der Entscheidung dem Zahlungsbegehren über EUR 27.810,13 s.A., in Punkt 2. dem Rechnungslegungsbegehren sowie in Punkt 3. dem unbestimmten Zahlungsbegehren im Rahmen der Stufenklage statt.

Dabei stellte es den auf den Seiten 2 bis 10 des Urteils ersichtlichen Sachverhalt fest, auf den verwiesen wird und der sich wie folgt zusammenfassen lässt:

Der Kläger und der Zeuge Werner S. [REDACTED] arbeiteten bereits längere Zeit für die Firma B. [REDACTED] in [REDACTED]. Dieses Unternehmen stand damals in einem Vertragsverhältnis zur Beklagten und verkaufte dort deren Küchen. Da sich dieses Geschäft nicht zufriedenstellend entwickelte, kam es im August 2008 zu Gesprächen zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten, Gerhard Hackl, dem Angestellten der Beklagten, Werner S. [REDACTED] und dem Kläger über die Übernahme des von der Firma B. [REDACTED] geführten Geschäftes durch den Kläger. Geplant war die

Verlegung des Standortes nach Salzburg. Der Kläger schlug vor, dass ihm vom Deckungsbeitrag (Gewinn) 40% und der Beklagten 60% verbleiben sollten. Der Geschäftsführer nahm diesen Vorschlag zur Kenntnis, äußerte sich dazu jedoch nicht. Grundlage des vom Kläger gemachten Vorschlages waren die zwischen der Firma B■■ und der Beklagten bestehenden Konditionen. Eine ausdrückliche Vereinbarung über die Provisionshöhe kam jedoch während des gesamten Vertragsverhältnisses zwischen den Streitparteien nicht zustande. Vereinbart wurde lediglich, dass der Kläger für jede Küche, welche er aus dem Schauroom verkauft, pauschal EUR 500,00 an Provision sowie EUR 100,00 je verkauftem Gerät erhalten soll.

Nachdem die Firma B■■ aus dem Vertragsverhältnis ausgeschieden war, übernahm der Kläger den Küchenvertrieb für die Beklagte mit 1. August 2008 am neuen Standort. Er akquirierte in einem ihm von der Beklagten zur Verfügung gestellten Küchenschauraum den Verkauf und die Lieferung von Küchen der Beklagten. Bei der Auftragsbearbeitung arbeitete er eng mit Werner S■■■■ der Angestellter der Beklagten blieb, zusammen. Der Kläger war für den Verkauf zuständig, Werner S■■■■ für die Bestellungen, die Auftragsbestätigungen und das Kontrollwesen.

Verkaufte der Kläger eine Küche, dann machte Werner S■■■■ nach Erhalt der Auftragsbestätigung die Kalkulation auf Basis der Konditionen der Firma BEX. Werner S■■■■ machte seine Berechnungen in Tabellen und berechnete schlussendlich den Deckungsbeitrag (= Gewinn). Die Aufteilung des Gewinns zwischen dem Kläger und der Beklagten nahm der Kläger vor. Die Verträge wurde dann umgehend an die Beklagte übermittelt.

Im Verlauf der Geschäftsbeziehung legte der Kläger nachstehende Rechnungen (inklusive 20% Mehrwertsteuer) an die Beklagte für die von ihm verkauften Küchen:

Rechnung Nr. 29204 vom 25. Mai 2009 (bezahlt am 25. Mai 2009)	EUR 6.718,18
Rechnung Nr. 29205 vom 28. Mai 2009 (Von dieser Rechnung wurde ein Teilbetrag in Höhe von EUR 846,16 bezahlt.)	EUR 892,80
Rechnung Nr. 29220 vom 1. Dezember 2009 (bezahlt am 1. Dezember (richtig: 22. Jänner) 2010 (Seite 4 der Beilage./I))	EUR 4.377,00
Rechnung Nr.20233 vom 15. März 2010 (fällig am 22. März 2010)	EUR 8.481,00
Rechnung Nr. 20244 vom 29. April 2010 (fällig am 29. April 2010)	EUR 9.929,64
Rechnung Nr. 20245 vom 8. Mai 2010	EUR 9.307,00
Rechnung Nr. 20246 vom 8. Mai 2010	EUR 9.628,01

Rechnung Nr. 20247 vom 8. Mai 2010	EUR 5.176,00
Rechnung Nr. 20248 vom 17. Mai 2010	EUR 7.193,70
Rechnung Nr. 20260 vom 13. August 2010	EUR 3.280,48
(fällig am 20. August 2010)	

Während der 22-monatigen Vertragslaufzeit erwirtschaftete der Kläger pro Monat im Schnitt zumindest einen Betrag in Höhe von EUR 3.059,50.

Am 18. Mai 2009 forderte der Kläger von der Beklagten die Zahlung eines offenen Provisionsbetrages von EUR 6.718,18, der sich aus dem Deckungsbeitrag von EUR 35.350,00 abzüglich seiner Schuld von EUR 28.631,32 errechnete.

Mit Rechnung Nr. 29204 vom 25. Mai 2009 stellte der Kläger dann diesen Betrag von EUR 6.718,18 der Beklagten in Rechnung. Die Beklagte bezahlte diesen Betrag am 25. Juni 2009.

In dem vom Kläger in seinem Schreiben vom 18. Mai 2009 anerkannten Betrag von EUR 28.631,82 war eine Forderung der Beklagten von EUR 345,23 wegen eines unberechtigten Skontoabzuges bereits enthalten.

In einem weiteren Schreiben vom 20. Jänner 2010 forderte der Kläger von der Beklagten die umgehende Begleichung seiner bereits am 1. Dezember 2009 gestellten Rechnung.

Der Geschäftsführer der Beklagten erklärte dazu noch am selben Tag, dass die Abrechnungen nicht nachvollziehbar seien, der Kläger von Mahnungen oder Erinnerungsschreiben künftig Abstand nehmen wolle, zumal er ihm seit ungefähr 3 Jahren mehr als EUR 30.000,00 schuldig sei und er trotz mehrfacher Aufforderung bis heute keinen Lösungsvorschlag erhalten habe. Trotzdem habe er die Abrechnung vorbehaltlich zur Zahlung freigegeben, weise aber darauf hin, dass es sich um eine Akontozahlung handle, deren Richtigkeit zunächst nachvollziehbar geprüft werden müsste.

Dem hielt der Kläger ebenfalls mit Email am nächsten Tag entgegen, dass er mit der Deckungsbeitragsberechnung vom Mai 2009 seine Schuld von EUR 30.000,00 bereits beglichen habe.

Zu keinem Zeitpunkt monierte die Beklagte gegenüber ihrem Angestellten Werner S. [REDACTED] die von diesem angestellte Berechnung des Deckungsbeitrages.

Mit Schreiben vom 18. Juni 2010 forderte der Kläger, bereits vertreten durch seinen nunmehrigen Klagsvertreter, die Zahlung der offenen Rechnungen Nr. 20233 vom 15. März 2010 über EUR 8.481,00 und Nr. 20244 vom 29. April 2010 über EUR 9.929,64 samt Zinsen und Kosten bis spätestens 2. Juli 2010. Weiters wies er darauf hin, dass ihn die

Nichtbezahlung der offenen Forderung berechtige, den Kooperationsvertrag mit sofortiger Wirkung aufzulösen. Er erkläre hiermit die sofortige Auflösung des mit der Beklagten abgeschlossenen Kooperationsvertrages und setze ihr – um diese Folgen abzuwenden – eine Nachfrist bis zum 2. Juli 2010. Unabhängig davon erkläre er jedenfalls die ordentliche Auflösung des Kooperationsvertrages unter Einhaltung einer angemessenen Frist zum 30. September 2010.

Unmittelbar nachdem der Geschäftsführer der Beklagten dieses Schreiben erhalten hatte, teilte er dem Kläger schriftlich mit, dass er sein Lokal zu verlassen und binnen 2 Stunden die Schlüssel bei Werner S. [REDACTED] abzugeben habe.

Der Kläger kam dieser Aufforderung noch am selben Tag nach.

Zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung befanden sich noch die vom Kläger vermittelten Geschäfte betreffend die Kunden Mag. Robert L. [REDACTED] Johann G. [REDACTED] Christoph L. [REDACTED] und Jan R. [REDACTED] im Ausführungsstadium.

In seiner rechtlichen Beurteilung kam das Erstgericht zum Ergebnis, dass der Kläger Anspruch auf Bezahlung der offenen Provisionen iHv EUR 21.691,12 habe, weil er die diesen Rechnungen zugrunde liegenden Leistungen erbracht und diese auch ordnungsgemäß auf Basis der getroffenen Vereinbarungen abgerechnet habe. Sein für die Vertragslaufzeit beehrtes Entgelt wäre aufgrund der Erfahrung des erkennenden Senates in Arbeitsrechtssachen und unter Berücksichtigung der von der Beklagten bereits geleisteten Zahlungen auch als angemessen zu bezeichnen, weil der Kläger das Küchenstudio in Salzburg allein geleitet und die in den Rechnungen angeführten Geschäftsfälle auch vermittelt habe (§ 269 ZPO).

Am 25. Juni 2010 habe die Beklagte die sofortige Vertragsbeendigung ausgesprochen. Gemäß § 21 Abs 1 HVertrG könne ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Vertrag von jedem Teil im ersten Vertragsjahr unter Einhaltung einer 1-monatigen Kündigungsfrist gelöst werden; nach dem angefangenen 2. Vertragsjahr betrage die Kündigungsfrist jedoch mindestens 2 Monate. Gemäß § 22 Abs 1 HVertrG könne der Vertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von jedem Teil aus wichtigem Grund gelöst werden. Die Einforderung von offenen Rechnungen durch den Rechtsanwalt des Klägers mit Schreiben vom 25. Juni 2010 sei jedoch kein wichtiger Grund iSd § 22 Abs 2 HVertrG für die berechtigte vorzeitige Auflösung des Handelsvertretervertrages. Der Kläger habe daher Anspruch auf Schadenersatz im Ausmaß von 2 durchschnittlichen Monatsverdiensten zu je EUR 3.059,50.

Da die Beklagte die vom Kläger vermittelten Geschäfte hinsichtlich der Geschäftsfälle L. [REDACTED] G. [REDACTED] L. [REDACTED] und R. [REDACTED] bislang nicht abgerechnet habe, habe der Kläger gemäß § 16 HVertrG Anspruch auf Rechnungslegung in Form der Übermittlung eines

Buchauszuges. Die von der Beklagten gemachten Angaben in der Urkunde Beilage ./16 würden nicht ausreichen, das Rechnungslegungsbegehren zu erfüllen. Es sei daher sowohl dem Rechnungsbegehren als auch dem Zahlungsbegehren nach Rechnungslegung stattzugeben.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die **Berufung** der Beklagten mit dem Abänderungsantrag, das Klagebegehren abzuweisen. In eventu wurde ein Aufhebungs- und Rückverweisungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in seiner Berufungsbeantwortung, der Berufung – mit Ausnahme einer Richtigstellung zu Punkt 3 des Spruchs – keine Folge zu geben.

Die Berufung, über die gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung entschieden werden konnte, ist teilweise berechtigt.

1.1. Zu Recht rügt die Berufungswerberin als Verfahrensmangel, dass das Erstgericht auch über das unbestimmte Zahlungsbegehren im Rahmen der Stufenklage entschieden habe.

Bei der Stufenklage iSd Artikel XLII EGZPO darf das Begehren auf Zahlung mit dem Rechnungslegungsbegehren verbunden werden, obwohl die Höhe des zu zahlenden Betrages erst nach erfolgter Rechnungslegung feststeht. Der Kläger darf daher hier ausnahmsweise die Bezifferung der Geldsumme vorläufig unterlassen und braucht sie erst nachzuholen, sobald die Rechnungslegung erfolgt ist bzw. das zu fällende Urteil auf Rechnungslegung vollstreckt ist. Durch Artikel XLII EGZPO wird der Grundsatz des § 226 Abs 1 ZPO durchbrochen, wonach die Klage ein bestimmtes (und im Falle eines Leistungsbegehrens auch vollstreckbares) Begehren enthalten muss (RIS-Justiz RS0034987). Bei einer Manifestationsklage ist zuerst das Verfahren über das Rechnungslegungsbegehren durchzuführen und (stattgebendenfalls) darüber mit Teilurteil zu entscheiden (5 Ob 212/08z, 5 Ob 245/05y ua). Erst nach dessen Rechtskraft hat der Kläger aufgrund der Ergebnisse der Rechnungslegung sein Leistungsbegehren durch zahlenmäßige Angabe des Klagsbetrages zu ergänzen. Das Gericht hat sodann das Verfahren über den Leistungsanspruch durchzuführen und mit Endurteil über das Zahlungsbegehren zu entscheiden (vgl. RIS-Justiz RS0035079; *Fucik/Rechberger* in *Rechberger*³ Artikel XLII EGZPO Rz 4; *Konecny* in *Fasching/Konecny*² II/1 Artikel XLII EGZPO Rz 122).

Da das Erstgericht nicht nur über das Rechnungslegungs-, sondern sofort auch über das unbestimmte Leistungsbegehren entschieden hat, liegt ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des § 226 Abs 1 ZPO und somit ein Verfahrensfehler vor (5 Ob 245/05y, 14 Ob 19/86).

Der Ausspruch über dieses Leistungsbegehren (Punkt 3. des erstgerichtlichen Urteils) war

daher ersatzlos aufzuheben (5 Ob 245/05y).

1.2. Weiters rügt die Berufungswerberin als Verfahrensmangel, dass das Erstgericht die Höhe des Schadenersatzanspruches (= der Kündigungsentschädigung) nach § 273 ZPO ausgemittelt habe. Der Beweis der Höhe der Schadenersatzforderung wäre dem Kläger nicht "nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten" möglich gewesen, sondern er hätte den Beweis durch eine ordnungsgemäße und schlüssige Buchführung und eine daraus ableitbare nachvollziehbare Rechnungslegung erbringen können. Hätte das Erstgericht Beweise zum Bestehen sowie zur Höhe allfälliger Schadenersatzansprüche aufgenommen, wäre es zum Ergebnis gekommen, dass ein Schadenersatzanspruch des Klägers nicht bestehe.

Diese Mängelrüge ist nicht berechtigt.

Die Argumente der Berufungswerberin überzeugen schon deshalb nicht, weil es dem Kläger gar nicht möglich war, die Höhe seiner im Monatsdurchschnitt erzielten Provisionen durch Urkunden exakt zu beweisen, weil es die Berufungswerberin bislang verabsäumt hat, dem Kläger sämtliche für die Berechnung seines Provisionsanspruches erforderlichen Abrechnungen vorzulegen (und daher auch zur Rechnungslegung verpflichtet wurde). Auch hat das Erstgericht ohnedies eine ausdrückliche Feststellung zur Höhe des vom Kläger während der 22-monatigen Laufzeit des Vertrages pro Monat im Durchschnitt erwirtschafteten Betrages getroffen, die in der Beweiswürdigung auf die Beilagen .R u. /16 gestützt wurde, und in der Tatsachenrüge unbekämpft blieb.

1.3. Die weitere Mängelrüge, in der die Berufungswerberin zur Frage, **ob** die Abrechnung des Klägers schlüssig nachvollziehbar und **ob** der Schadenersatzanspruch angemessen sei, die amtswegige Einholung eines Sachverständigengutachtens für erforderlich hält, weil dann festgestellt worden wäre, dass die Rechnungen nicht schlüssig und nachvollziehbar seien und kein Schadenersatzanspruch bestünde, ist nicht gesetzmäßig ausgeführt. Da ein Verfahrensmangel nur dann mit Erfolg geltend gemacht werden kann, wenn der Mangel abstrakt geeignet war, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern (RIS-Justiz RS0043049; *Kodek in Rechberger*³ § 496 ZPO Rz 3 und *Klauser/Kodek JN.ZPO*¹⁶ E12 zu § 496 ZPO), ist im Rechtsmittel die Erheblichkeit des Mangels – wenn er nicht offenkundig ist – darzulegen (*Kodek aaO* § 471 ZPO Rz 6). Um diesem Erfordernis gerecht zu werden, muss der Berufungswerber die für die Entscheidung wesentlichen **Feststellungen** anführen, die (hier bei Durchführung des Sachverständigenbeweises) zu treffen gewesen wären (RIS-Justiz RS0043039). Diesem Erfordernis genügen die Behauptungen der Berufungswerberin, die lediglich eine rechtliche Beurteilung darstellen, aber nicht. Das von der Berufungswerberin in ihrem Rechtsmittel zugrunde gelegte Beweisthema ist nicht auf die Aufklärung eines rechtserzeugenden oder rechtsvernichtenden Sachverhaltes gerichtet, dessen Tatbestandselemente vorgetragen und

konkretisiert wurden (RIS-Justiz RS0039973, RS0040023).

2.1. In ihrer Beweisrüge bekämpft die Berufungswerberin zunächst die „Feststellung“ des Erstgerichtes, die Berechnungen des Klägers seien dem Grunde nach nachvollziehbar. Diese Feststellung hätte, weil sie durch kein Beweisergebnis gedeckt sei, ersatzlos zu entfallen.

Um die Beweisrüge in der Berufung gesetzmäßig auszuführen, muss der Rechtsmittelwerber deutlich zum Ausdruck bringen, welche konkrete Feststellung bekämpft wird, infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, welche Feststellung begehrt wird und aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen die begehrte (eine abweichende) Feststellung zu treffen gewesen wäre (RIS-Justiz RS0041835; *Kodek aaO* § 471 ZPO Rz 8 mwN).

Mit ihren Ausführungen bekämpft die Berufungswerberin tatsächlich keine vom Erstgericht getroffenen Feststellungen, sondern lediglich Überlegungen, die das Erstgericht in seiner Beweiswürdigung, die sich im Urteil auf den Seiten 10 bis 13 wiederfindet, gemacht hat (Urteil Seite 12, 2. Absatz).

2.2. Auch die vom Erstgericht in seiner Beweiswürdigung dargelegten Ausführungen, der erkennende Senat gehe davon aus, dass – zumindest bis zu einer späteren, konkretisierenden Vereinbarung – die 40:60 Vereinbarung konkludent iSd bisherigen Konditionen mit der Firma B■■ getroffen worden sei (Urteil Seite 11, 5. Absatz), werden von der Berufungswerberin als „Feststellung“ bekämpft. Anstelle dessen wird die Ersatzfeststellung begehrt, dass es zwischen der Firma B■■ und der Beklagten keine Deckungsbeitragsrechnung gegeben habe, sondern sich die Konditionen mit der Firma B■■ als abgestufter Rabatt (Skonto) am Listenpreis orientiert hätten. In eventu werde der ersatzlose Entfall der bekämpften Feststellung begehrt.

Auch in diesem Zusammenhang ist auf die obigen Ausführungen zu den Erfordernissen einer gesetzmäßigen Beweisrüge zu verweisen. Im Übrigen stellen die bekämpften Ausführungen des Erstgerichtes zur konkludenten Vereinbarung eine rechtliche Beurteilung dar.

2.3. All diese Überlegungen treffen auch auf die weiteren Berufungsausführungen zu, mit denen Ausführungen des Erstgerichtes in seiner Beweiswürdigung (Begründung der Richtigkeit der Provisionsberechnung (Urteil Seite 12, 2. Absatz)) – von der Berufungswerberin wiederum bezeichnet als „Feststellungen“ - bekämpft werden und deren gänzlicher Entfall begehrt wird.

Die Tatsachen- und Beweisrüge ist daher nicht berechtigt.

3.1. In ihrer Rechtsrüge bekämpft die Berufungswerberin zunächst die Rechtsansicht des Erstgerichtes, der Kläger habe die genannten Rechnungen ordnungsgemäß auf Basis der

Vereinbarung über insgesamt EUR 21.691,12 gelegt. Diese rechtliche Beurteilung widerspreche der Feststellung, dass sie mit dem Kläger – mit Ausnahme des Verkaufs von Küchen aus dem Schauraum – keine Provisionsvereinbarung getroffen habe.

Dem ist zu entgegnen, dass das Erstgericht damit - weil im Zusammenhang mit seinen Ausführungen in der Beweiswürdigung zum Abschluss einer konkludenten Provisionsvereinbarung stehend - klar ersichtlich zum Ausdruck gebracht hat, dass der Kläger die genannten Rechnungen ordnungsgemäß auf Basis der konkludent getroffenen Vereinbarungen gelegt hat.

3.2. Die Ausführungen der Berufungswerberin, das Erstgericht habe keine Beurteilung der Angemessenheit der drei von der Beklagten geleisteten Zahlungen über insgesamt EUR 11.941,34 vorzunehmen, weil es von einer entsprechenden Vereinbarung ausgehe, sind zwar richtig, aber nicht entscheidungsrelevant, weil sie keine erfolgreiche Abwehr des Zahlungsbegehrens begründen können.

3.3. Die Berufungswerberin bekämpft auch die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes, soweit es sich, ohne nähere Feststellungen dazu getroffen zu haben, auf das Handelsvertretergesetz stützt. Handelsvertreter gemäß § 1 HVertrG sei nur jemand, der von einem anderen mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften in dessen Namen und für dessen Rechnung selbständig betraut sei und diese Tätigkeit selbständig und gewerbsmäßig ausübe. Der Handelsvertreter könne Geschäfte im Namen und für Rechnung des Unternehmers nur dann schließen, wenn er hierzu ermächtigt sei. Diese Bestimmung diene dazu, dem Entstehen konkludenter Abschlussvollmachten vorzubeugen. Da die Firma E■■ einer ihrer Händler gewesen sei, mit der es eine „normale“ Vereinbarung gegeben habe, und der Kläger die bisher von der Firma E■■ geführten Geschäfte übernommen habe, komme das Handelsvertretergesetz hier nicht zu Anwendung.

Der Handelsvertreter iSd § 1 Abs 1 HVertrG 1993 tritt im Wirtschaftsleben in unterschiedlichen Formen auf. Unterschieden werden kann einerseits nach der Art der vermittelten Geschäfte (Einkaufs- oder Verkaufsgeschäfte, Waren, Dienstleistungen, Rechte; Ziel- oder Dauerschuldverhältnisse [Kaufgeschäfte, Sukzessiv-Lieferungsverträge, Lebensversicherungen], Einmalgeschäfte oder wiederkehrende Geschäfte [Fertigteilhäuser, Kraftwerke, Lebens- bzw. Sachversicherungen]), andererseits – aber auch mit den vermittelten Geschäften in einem engen Zusammenhang stehend – nach der Art der Tätigkeit [Reisender, stationärer Tankstellenpächter], der Rechtsbeziehung zum Unternehmer [Vermittlungs- oder Abschlussvertreter, Gebietsvertreter, Alleinvertreter], unter Umständen auch nach der Art der Kunden des Unternehmens [Unternehmer, Konsumenten] oder der Rechtsbeziehung zu solchen Kunden [Selbständiger „Versicherungsagent“ iSd §§ 43 ff VersVG] (*Nocker*, HVertrG § 1 Rz 33).

Zunächst hat die Beklagte im gesamten erstinstanzlichen Verfahren nie substantiiert das Vorbringen des Klägers, er sei für sie als Handelsvertreter tätig gewesen, bestritten. Vielmehr sprach sie im Zusammenhang mit der von ihr behaupteten unangemessenen Provisionshöhe davon, dass diese nicht jenen am Ort der Niederlassung des **Handelsvertreterers üblichen Sätzen** entspreche (Seite 3 in ON 3). Auch nach Erörterung des Erstgerichtes zur Bestimmung des § 16 HVertrG erstattete die Beklagte kein entsprechendes Vorbringen (Seite 3 in ON 11).

Abgesehen davon hat das Erstgericht unbekämpft festgestellt, dass der Kläger in einem von der Beklagten zur Verfügung gestellten Küchenschauraum den Verkauf und die Lieferung von Küchen der Beklagten akquirierte. Da der Kläger dafür von der Beklagten Provisionen erhielt, war er als selbständiger Unternehmer mit der Vermittlung von Geschäften – egal, ob er lediglich die Geschäfte mit der Beklagten vermittelte (Vermittlungsvertreter) oder in deren Namen und für deren Rechnung auch abschloss (Abschlussvertreter) – als klassischer Handelsvertreter iSd § 1 HVertrG tätig. Die Ausführungen des Erstgerichtes, der Kläger habe die bisher durch die Firma B■■ geführten Geschäfte übernommen, ist nicht dahin zu verstehen, dass auch die Rechtsform gleich bleiben sollte, zumal schon damals jedenfalls zwischen den Streitteilen unstrittig war, dass der Kläger auf Provisionsbasis für die Beklagte tätig werden sollte.

Ergänzend begehrt die Berufungswerberin die Feststellungen, dass der Kläger das Küchenstudio nach dem Aussteigen der Firma B■■ in eigenem Namen eröffnet, Küchenverträge mit den einzelnen Kunden gefertigt, dann entsprechend seinen Angaben die Küchen und die entsprechenden Geräte bestellt habe, und nach der Bestellung bei der Beklagten dann eine Auftragsbestätigung gekommen sei. Daraus ergäbe sich, dass es sich um kein Handelsvertreterverhältnis gehandelt habe, weil ein Handelsvertreter im fremden Namen und auf fremde Rechnung tätig werde.

Dass der Kläger die Verträge mit den Kunden unterfertigt, der Angestellte Werner S■■ die Küchen dann bestellt und es dann danach eine Auftragsbestätigung gegeben habe, widerspricht der Beurteilung des Vertragsverhältnisses als Handelsvertretervertrag ebenso wenig, wie die Eröffnung des Küchenstudios im eigenen Namen. Die Behauptung, der Kläger habe das Küchenstudio in eigenem Namen eröffnet, verstößt überdies gegen das im Berufungsverfahren geltende Neuerungsverbot des § 492 ZPO.

3.4. Das Erstgericht konnte daher auch dem Rechnungslegungsbegehren gestützt auf § 16 HVertrG stattgeben.

3.5. Weiters bekämpft die Berufungswerberin die vom Erstgericht in seiner Beweiswürdigung dargelegte Rechtsansicht, zwischen den Streitteilen sei konkludent eine

Provisionsvereinbarung in Höhe von 40% des Deckungsbeitrages (= des Gewinns) getroffen worden. Gemäß § 863 ABGB könne eine Vereinbarung nur dann schlüssig getroffen werden, wenn mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrig bleibe. Für die Annahme einer konkludenten Willenserklärung sei einer strenger Maßstab anzulegen. Aus einer Teilzahlung alleine sei die Anerkennung der Restschuld nicht zu erschließen. Das Email des Klägers vom 20. Jänner 2010 (Beilage ./10) könne nicht zur Begründung einer konkludenten Provisionsvereinbarung herangezogen werden, weil sich daraus nicht ergäbe, zu welchen Konditionen der Kläger abgerechnet habe. Auch aus den ihr vom Kläger vorgelegten Rechnungen habe sie nicht nachvollziehen können, wie die Deckungsbeitragsberechnung erfolgt sei. Nur aufgrund der lang andauernden Geschäftsbeziehungen mit dem Kläger habe sie vorerst vorbehaltlos die an sie gestellten Rechnungen bezahlt.

Dazu ist auszuführen:

Bei der Beurteilungen von Handlungen auf ihren konkludenten Aussagegehalt ist zu bedenken, dass dieser iSd § 863 ABGB eindeutig in eine bestimmte Richtung weisen muss und kein vernünftiger Grund übrig sein darf, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewille in bestimmter Richtung vorliegt (RIS-Justiz RS0014150, RS0013947, RS0109021). Bei Annahme der Schlüssigkeit eines Verhaltens im Hinblick auf einen rechtsgeschäftlichen Willen gemäß § 863 ABGB ist Vorsicht geboten und ein strenger Maßstab anzustellen (5 Ob 214/10x mwN).

Der Berufungswerberin ist zwar insofern Recht zu geben, als aus der Email-Korrespondenz zwischen den Streitteilen vom 20. und 21. Jänner 2010 (Beilage ./10) nicht ohne weiteres abgeleitet werden kann, dass die Streitteile konkludent die behauptete Provisionsvereinbarung getroffen haben, doch ist diese Annahme in anderen Umständen begründet. So lässt die Berufungswerberin völlig außer Betracht, dass der Geschäftsführer der Beklagten den Vorschlag des Klägers, dass ihm 40 % des Deckungsbeitrages (Gewinn) und der Beklagten 60 % verbleiben sollte, zur Kenntnis nahm, sich dazu nicht äußerte, und in weiterer Folge die gesamte Kalkulation und Berechnung des Deckungsbeitrages vom Angestellten der Beklagten Werner S. [REDACTED] dessen Verhalten und dessen Kenntnisse sie sich jedenfalls zurechnen lassen muss, vorgenommen wurden. Die Richtigkeit der von ihrem Angestellten Werner S. [REDACTED] erfolgten Berechnung des Deckungsbeitrages hat sie auch nie moniert. Die Beklagte hat aber auch gegenüber dem Kläger durch die Zahlung der von ihm begehrten Provisionen jedenfalls bis zu ihrem Email von 20. Jänner 2010 ohne Zweifel erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass sie mit der auf diese Weise erfolgten Provisionsabrechnung des Klägers einverstanden ist. Der Kläger durfte von der Beklagten als Unternehmer iSd UGB wohl erwarten, dass sie die von ihm gestellten

Provisionsabrechnungen nur dann bezahlt, wenn sie sie auch für berechtigt hält, widerspräche es doch jeglicher kaufmännischer Sorgfalt, Provisionsabrechnungen eines Handelsvertreters zu bezahlen, ohne deren Grundlagen zu kennen, ja sogar – nach den Behauptungen der Beklagten – ohne überhaupt eine Entgeltvereinbarung abgeschlossen zu haben! Mit ihrer Behauptung, sie habe aufgrund der lang andauernden Geschäftsbeziehung „vorerst vorbehaltlos“ die vom Kläger gestellten Rechnungen bezahlt, bringt die Berufungswerberin ihre Rechtsrüge nicht zur gesetzmäßigen Ausführung, weil sie nicht vom festgestellten Sachverhalt ausgeht (RIS-Justiz RS0042663 [R1] und RS0043603 [T2, T8]; *Kodek aaO* § 471 ZPO Rz 9).

Da somit zwischen den Streitparteien konkludent eine bestimmte Provisionsvereinbarung zustande gekommen ist und der Kläger entsprechend dieser Vereinbarung die von ihm der Beklagten vermittelten Geschäfte abgerechnet hat, konnte die Beantwortung der Frage, ob das ungeprüfte Zahlen von Rechnungen durch die Beklagte als Unternehmerin ein Anerkenntnis darstellt, dahingestellt bleiben.

3.6. Bei der „rechtlichen“ Beurteilung des Erstgerichtes, der Kläger habe die den Rechnungen zugrunde liegenden Leistungen erbracht, handelt es sich tatsächlich um eine – „dislozierte“, von der Berufungswerberin jedoch unbekämpft gebliebene – Feststellung. Im Übrigen hat die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren nie in Frage gestellt, dass der Kläger die den Rechnungen zugrunde liegenden Leistungen erbracht hat, sondern sie hat lediglich die Höhe des ihm dafür zustehenden Entgelts bekämpft.

3.7. Ein Vergleich der von der Beklagten vorgelegten Abrechnungsunterlagen hinsichtlich der vom Kläger verkauften Küchen, für die er bislang noch keine Provisionen erhielt mit den in den Urkunden Beilagen ./A und ./B für vergleichbare Küchenverkäufe erzielten Provisionen rechtfertigt jedenfalls – auch in rechtlicher Beurteilung (RIS-JustizRS0040364, RS0040341) – die Ausmittlung des gesamten unter Berücksichtigung der 22-monatigen Vertragslaufzeit durchschnittlichen monatlichen Verdienstes des Klägers in Höhe des – im Sachverhalt festgestellten – Betrages von EUR 3.059,50.

3.8. Weiters vertritt die Berufungswerberin die Rechtsansicht, eine allfällige Klagsforderung sei aufgrund der getroffenen Vereinbarung, insbesondere auch durch die vorprozessuale Aufrechnungseinrede iHv EUR 28.631,32, EUR 345,23 und EUR 4.377,00 zu Gänze getilgt. Die Gegenforderung iHv EUR 28.631,32 habe der Kläger anerkannt.

Im Prozess kann die Aufrechnung als Schuldtilgungseinwand, der sich auf eine (vor oder während des Prozesses) bereits vollzogene (außergerichtliche) Aufrechnung stützt oder durch prozessuale Aufrechnungseinrede geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0033915 [T2]). Inhalt der prozessualen Aufrechnungseinrede ist die Einwendung einer Gegenforderung des

Beklagten mit dem Ziel, die Aufrechnung mit der Klageforderung im Wege einer Gerichtsentscheidung über Bestand und Aufrechenbarkeit der Gegenforderung herbeizuführen (RIS-Justiz RS0033911). Die Tilgungswirkung der Eventualaufrechnung tritt erst mit Rechtskraft dieser Entscheidung ein (RIS-Justiz RS0109614 [T2]). Die Aufrechnungseinrede im Prozess ist demnach eine bedingte Erklärung, die erst und nur für den Fall wirksam wird, dass eine gerichtliche Entscheidung den Bestand der Hauptforderung bejaht (RIS-Justiz RS0034013).

Die außergerichtliche Aufrechnung wird unbedingt und ohne Rücksicht auf den Bestand der Hauptforderung erklärt, setzt also deren Anerkennung voraus und stellt ihr nur die Gegenbehauptung entgegen, dass sie wegen Schuldtilgung nicht mehr bestehe (RIS-Justiz RS0033970). Die Aufrechnungserklärung kann auch erst während des Verfahrens abgegeben werden (RIS-Justiz RS0102345).

Für die Beurteilung des Inhaltes einer Prozessklärung sind objektive Maßstäbe anzuwenden und nicht die Auslegungsregeln für Privatrechtsgeschäfte; es kommt ja nicht auf den tatsächlichen (inneren) Willen der Partei, sondern ausschließlich darauf an, wie die Erklärung unter Berücksichtigung der konkreten gesetzlichen Regelung, des Prozesszweckes und der dem Gericht und Gegner bekannten Prozesslage und Aktenlage objektiv verstanden werden muss (RIS-Justiz RS0017881, RS0037416).

Das Vorbringen der Beklagten unter dem Titel „Gegenforderungen und Einwand der Schuldtilgung“ (Seite 4 in ON 3) lässt zunächst beide Möglichkeiten offen. Berücksichtigt man jedoch, dass die Beklagte bereits im erstinstanzlichen Verfahren die Hauptforderung des Klägers bestritt, so ist – auch im Zweifel (3 Ob 49/99y) – eine prozessuale Aufrechnungseinrede anzunehmen.

Dass das Erstgericht in seiner Entscheidung nicht über die kompensando eingewendete Gegenforderung der Beklagten entschieden hat, kann vom Berufungsgericht jedoch nicht aufgegriffen werden, weil die Berufungswerberin weder gegen die Nichterledigung ihres Sachantrages durch einen Ergänzungsantrag nach § 423 ZPO noch durch Berufung nach § 496 Abs 1 Z 1 ZPO (Geltendmachung eines Verfahrensmangels) Abhilfe gesucht hat. Dieser Anspruch ist daher aus dem Verfahren ausgeschieden (RIS-Justiz RS0041490, RS0041486).

Abgesehen davon ist - nur der Vollständigkeit halber - darauf zu verwiesen, dass, wie das Erstgericht unbekämpft festgestellt hat, der Kläger im Zuge seiner Provisionsforderung über EUR 6.718,18 (Beilagen ./D, ./F und ./O) seine anerkannte Schuld gegenüber der Beklagten iHv EUR 28.631,32 bereits von seinem ihm zustehenden Provisionsanspruch von EUR 35.350,00 abgezogen hat. Der Skontoabzug von EUR 345,23 ist, wie das Erstgericht ebenfalls festgestellt hat, in diesem Betrag bereits enthalten (Blg. ./P). Mit der Zahlung von

EUR 4.377,00 hat die Beklagte die vom Kläger gestellte Rechnung Nr. 29220 vom 1. Dezember 2009 beglichen (Blg. .//).

3.9. Die Rechtsansicht der Berufungswerberin, der Kläger sei beweispflichtig dafür, dass es zwischen den Streitteilen eine Vereinbarung gegeben habe, ist richtig. Dieser Beweispflicht ist der Kläger nachgekommen.

Aus all diesen Erwägungen war der Berufung lediglich teilweise Folge zu geben und dahin abzuändern, dass Punkt 3 des Spruches ersatzlos zu entfallen hat.

4. Die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gründet sich auf § 41 Abs 1 ZPO. Nach herrschender jüngerer Rechtsprechung und überwiegender Lehre steht bei einer Stufenklage das noch offene Zahlungsbegehren einer Kostenentscheidung im Teilurteil über das Rechnungslegungsbegehren nicht entgegen (17 Ob 40/08v, 7 Ob 186/01f; OLG Linz 4 R 104/08d, 11 Ra 116/03p, 11 Ra 50/03g, 12 Ra 215/02b; EFSlg. 111.925; *Konecny* aaO Artikel XLII EGZPO Rz 129; *Bydlinski* aaO § 52 ZPO Rz 5; *Tschuk/Fromherz*, Zur Stufenklage des Handelsvertreters 247 [248]; aA ObA 69/97, 14 Ob 19/86 und Obermaier, *Kostenhandbuch*² Rz 166).

5. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich hingegen auf die §§ 50, 43 Abs 1 ZPO. Davon ausgehend, dass die Berufungswerberin durch Entfall des unbestimmten Zahlungsbegehrens unter Berücksichtigung des entsprechend für dieses Begehren angegebenen Streitwerts von EUR 5.000,00 nur mit rund 1/8 ihres Berufungsbegehrens obsiegt hat, waren dem Kläger $\frac{3}{4}$ seiner Berufungskosten zuzusprechen.

6. Die ordentliche Revision ist mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs ZPO nicht zulässig. Die Beurteilung der Konkludenz einer Willenserklärung oder Schlüssigkeit eines Verhaltens stellt nach ständiger Judikatur regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage dar (7 Ob 132/10b; RIS-Justiz RS0043253 [T18] uva), sind doch für diese Beurteilung auch im vorliegenden Fall die Umstände des Einzelfalls maßgeblich.

Oberlandesgericht Linz, Abteilung 11
Linz, am 24. Juli 2012
Dr. Andreas Neundlinger, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG