BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 286/07

Verkündet am:
21. Oktober 2009
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 87 Abs. 1, 3; § 87a Abs. 3; § 87b Abs. 3 Satz 2

Eine in einem (Unter-)Handelsvertretervertrag über die Vermittlung von Telefondienstverträgen vom Vertragspartner des (Unter-)Handelsvertreters gestellte Formularklausel, wonach ein Anspruch auf Provision mit der Beendigung dieses Vertragsverhältnisses endet, verstößt gegen die zwingende Bestimmung des § 87a Abs. 3, 5 HGB und hält daher einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand (im Anschluss an BGH, Urteil vom 10. Dezember 1997 - VIII ZR 107/97, NJW-RR 1998, 629).

Die Vorschrift des § 87b Abs. 3 HGB trifft keine Bestimmung für die Dauer einer Provisionszahlungspflicht, sondern legt nur - in Ergänzung zu den in Abs. 1, 2 aufgeführten Berechnungsfaktoren - die Berechnungsweise für Provisionen bei Gebrauchsüberlassungs- und Nutzungsverträgen fest. Aus § 87b Abs. 3 Satz 2 HGB lässt sich folglich keine zeitliche Begrenzung des Provisionsanspruchs eines ausgeschiedenen (Unter-)Handelsvertreters ableiten, der ein entsprechendes Dauerschuldverhältnis vermittelt hat.

BGH, Urteil vom 21. Oktober 2009 - VIII ZR 286/07 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Milger, die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider sowie die Richterin Dr. Fetzer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Schlussurteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 4. Oktober 2007 in Ziffer 1 seiner Entscheidungsformel hinsichtlich des Zinsausspruchs - unter Abweisung der auf höhere Zinsen gerichteten Klage - wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 24.264,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 1.633,13 € ab 30. März 2005, aus weiteren 22.032,06 € ab 12. Januar 2007 und aus weiteren 599,45 € ab 23. Januar 2007 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte ist als Handelsvertreterin für zwei Telekommunikationsunternehmen tätig. Sie vermittelt beiden Anbietern Kunden für Telefondienstverträge im Festnetz. Hierbei setzt sie Untervertreter ein. Für die Leistungen der Untervertreter gewährt die Beklagte Provisionen, die vom Gesprächsvolumen des jeweiligen Kunden abhängen.

2 Der Kläger war vom 1. September 2003 bis Dezember 2004 als Untervertreter für die Beklagte tätig. Die beiderseitigen Rechte und Pflichten der Parteien sind in dem von der Beklagten gestellten Formularvertrag vom 1./19. September 2003 geregelt. Darin sind folgende Bestimmungen über die Provisionsansprüche des Klägers ("Handelsvertretung") getroffen worden:

> "1) Provisionspflichtige Geschäfte
>
> Die Handelsvertretung hat Anspruch auf Provision für Umsätze, die die b. GmbH [Beklagte] während des Bestehens des Handelsvertreterverhältnisses mit den durch die Handelsvertretung gewonnenen Kunden erzielt. Der Anspruch auf Provision endet mit Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses.
>
> 2) Provision
>
> Die HV-Provision beträgt: Für Festnetzumsätze 6 %. Die Provision wird für die aktive Betreuung des Kundenstammes gezahlt. Der Anspruch auf die Provision endet mit der Beendigung des Handelsvertretervertrags. § 89 HGB bleibt hiervon unberührt."

3 Die in Nr. 2 des Vertrages für die "aktive Betreuung des Kundenstamms" vorgesehene Provision enthält die Vergütung für die Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit des Klägers. Den Kunden war die Möglichkeit eingeräumt, den Telefondienstvertrag mit einer Frist von einem Monat zu kündigen.

4 Mit Schreiben vom 11. November 2004 kündigte die Beklagte das Handelsvertreterverhältnis mit dem Kläger ordentlich zum 31. Dezember 2004. Au-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

ßerdem erklärte sie mit Schreiben vom 6. Dezember 2004 eine fristlose Kündigung.

5 Der Kläger hat im Wege der Stufenklage Auskunft über die im Januar 2005 verdienten Provisionen verlangt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im anschließenden Berufungsverfahren hat der Kläger Abrechnung aller ab dem 1. Januar 2005 verdienten Provisionen begehrt. Das Oberlandesgericht hat diesem Begehren mit rechtskräftigem Teilurteil vom 25. Januar 2007 stattgegeben. Nach erteilter Abrechnung für die Jahre 2005 und 2006 hat der Kläger den für diesen Zeitraum geltend gemachten Provisionsanspruch mit 24.264,64 € beziffert, hilfsweise hat er Zahlung eines Handelsvertreterausgleichs in Höhe von 19.128 € verlangt. Mit Schlussurteil vom 4. Oktober 2007 hat das Oberlandesgericht die Beklagte verurteilt, Provision in der geforderten Höhe zu entrichten. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung des Zahlungsbegehrens.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat in der Hauptsache keinen Erfolg. Eine Abänderung des Berufungsurteils ist nur hinsichtlich der Laufzeit der zugesprochenen Prozesszinsen (§ 291 BGB) geboten.

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Der Kläger könne nach § 84 Abs. 3, § 87 Abs. 1 Satz 1 HGB Provision für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte verlan-

gen, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind oder mit Dritten geschlossen werden, die er als Kunden für Geschäfte der gleichen Art geworben hat. Einem (Unter-)Handelsvertreter stünden auch für solche Geschäfte Provision zu, die zwar vor Beendigung des (Unter-)Handelsvertretervertrages abgeschlossen, aber erst danach ausgeführt worden seien. Der Anspruch des Klägers auf Zahlung dieser Überhangprovisionen sei nicht wirksam abbedungen worden. Denn der formularmäßig vereinbarte Ausschluss dieser Provisionen verstoße gegen die zwingende Bestimmung des § 87a Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 HGB und halte damit einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand.

9 Vergebens mache die Beklagte geltend, der Anwendungsbereich des § 87a Abs. 3 Satz 1 HGB sei nicht berührt, weil keiner der von dieser Vorschrift erfassten Leistungsstörungsfälle bei den vom Kläger vermittelten Verträgen oder Geschäften eintreten könne. Bei den vermittelten Telefondienstverträgen sei der Anbieter bei Abruf durch den Kunden zur Erbringung von Verbindungsleistungen verpflichtet, jedenfalls aber zur Mitwirkung bei der Herstellung von Verbindungen zwischen dem Kunden und Dritten im jeweiligen Kommunikationsnetz sowie bei der Übermittlung von Informationen. Stelle er dem Kunden die generelle Möglichkeit, diese Leistungen in Anspruch zu nehmen, erst später als vereinbart - nämlich erst nach Ablauf des Unterhandelsvertreterverhältnisses - zur Verfügung, sei der Anwendungsbereich des § 87a Abs. 3 Satz 1 HGB ohne weiteres eröffnet. Nichts anderes gelte, wenn man mit der Beklagten eine Leistungspflicht des Anbieters erst ab dem konkreten Abruf der Verbindungsleistung durch den Kunden bejahen wolle. Auch in diesem Fall sei eine verspätete Leistungserbringung des Anbieters denkbar, etwa wenn die gewünschte Verbindung nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Zeit zustande komme.

10 Die Vorschrift des § 87a Abs. 3 Satz 1 HGB werde entgegen der Ansicht der Beklagten nicht durch § 87 Abs. 3 HGB verdrängt, denn es lägen keine

- von dieser Regelung erfassten - nachvertraglichen Geschäfte vor. Nicht das einzelne Telefonat, sondern der Vertrag über die Erbringung von Telefondienstleistungen stelle das provisionspflichtige Umsatzgeschäft dar. Zudem würde die Zahlungspflicht der Beklagten selbst dann nicht berührt, wenn man im Hinblick auf die einzelnen vom Kunden abgerufenen Leistungen die Bestimmung des § 87 Abs. 3 Nr. 1 HGB anwenden wollte. Denn die nach Beendigung des (Unter-)Handelsvertretervertrages von den Kunden in Anspruch genommenen Leistungen seien ausschließlich auf die Tätigkeit des Klägers zurückzuführen, und der von der genannten Vorschrift geforderte zeitliche Zusammenhang sei jedenfalls für den hier in Frage stehenden Zeitraum - zwei Jahre nach Beendigung des (Unter-)Handelsvertreterverhältnisses - gegeben.

11 Aus dem Umstand, dass Provisionsverzichtsklauseln in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Anerkennung gefunden hätten, könne die Beklagte nichts für sich herleiten. Zwar könne - wie schon § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB aF zeige - ein Provisionsanspruch vom Fortbestehen des Handelsvertreterverhältnisses abhängig gemacht werden. In den von der Beklagten angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs seien die Verzichtsklauseln jedoch in entscheidenden Punkten anders gefasst gewesen als die streitgegenständlichen Formularabreden.

12 Die Dauer der Provisionszahlungspflicht sei nicht auf einen Monat nach Beendigung des (Unter-)Handelsvertreterverhältnisses begrenzt. Der Anwendungsbereich der von der Beklagten herangezogenen Vorschrift des § 87b Abs. 3 Satz 2 HGB sei schon deswegen nicht eröffnet, weil das Entgelt variabel und leistungsbezogen zu entrichten sei. Zudem enthalte § 87b Abs. 3 Satz 2 HGB lediglich eine Regelung über die Abrechnung der Provision, treffe aber keine Aussagen über den Inhalt der Provisionspflicht. Schon nach dem Wortlaut dieser Bestimmung habe der Handelsvertreter im Falle eines - wie hier - fortbe-

stehenden Dauerschuldverhältnisses fortlaufend Anspruch auf - jeweils von einem Kündigungszeitpunkt zum nächsten berechnete - Provisionszahlungen.

II.

13 Dies hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Zutreffend hat das Berufungsgericht dem Kläger nach § 84 Abs. 3, § 87 Abs. 1 Satz 1, § 87a Abs. 1 Satz 1 HGB in Verbindung mit den zur Provisionshöhe getroffenen vertraglichen Absprachen Ansprüche auf Provisionszahlungen für die Jahre 2005 und 2006 zugebilligt. Die in Nr. 1, Nr. 2 des (Unter-)Handelsvertretervertrages enthaltenen formularmäßigen Provisionsausschlussklauseln halten einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand und sind damit unwirksam. Lediglich hinsichtlich des Zinsausspruches ist die Entscheidung des Berufungsgerichts abzuändern, im Übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

14 1. Nach § 87 Abs. 1 Satz 1 HGB hat der Handelsvertreter - und wegen § 84 Abs. 3 HGB auch dessen Untervertreter - Anspruch auf Provision für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind oder mit Dritten geschlossen werden, die er als Kunden für Geschäfte der gleichen Art geworben hat. Der Provisionsanspruch entsteht dabei aufschiebend bedingt (vgl. § 87a Abs. 1 Satz 1 HGB) bereits mit dem Abschluss des vermittelten Vertrages zwischen dem Unternehmer und dem Kunden. In diesem Zeitpunkt ist die Provisionsforderung nach Grund und Berechnungsfuß - vorbehaltlich des § 87b Abs. 2 Satz 1 HGB - festgelegt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 1989 - IX ZR 66/89, NJW 1990, 1665, unter 2 m.w.N.). Eine anschließende Beendigung des Vertretervertrages beeinträchtigt diese Forderung nicht mehr (BGH, aaO).

15 Vielmehr billigt § 87 Abs. 1 HGB dem Handelsvertreter auch für solche Geschäfte Provisionen zu, die zwar vor Beendigung des Handelsvertreterver-

trages abgeschlossen, aber erst nach diesem Zeitpunkt ausgeführt worden sind (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 1997 - VIII ZR 107/97, NJW-RR 1998, 629, unter II 1; BAG, DB 2008, 761 - so genannte Überhangprovisionen). Es ist daher unschädlich, dass die aufschiebende Bedingung für das Entstehen des Provisionsanspruches (§ 87a Abs. 1 Satz 1 HGB; vgl. hierzu BGH, Urteil vom 21. Dezember 1989, aaO; BGH, Urteil vom 9. Dezember 1963 - VII ZR 113/62, NJW 1964, 497, unter 1; BGHZ 33, 92, 95) in diesen Fällen erst nach Ablauf des Handelsvertreterverhältnisses eintritt. Auch für die Fälle, dass der Unternehmer das vermittelte Geschäft nicht oder anders als abgeschlossen ausführt, hat der Gesetzgeber Vorkehrungen getroffen. Nach der zwingenden (vgl. § 87a Abs. 5 HGB) Regelung des § 87a Abs. 3 HGB hat ein Handelsvertreter Anspruch auf Provision auch dann, wenn die aufschiebende Bedingung für dessen Entstehung nicht eintreten kann, weil der Unternehmer das Geschäft vertragswidrig nicht oder abweichend ausführt. Der Provisionsanspruch entfällt lediglich dann, wenn sich der Unternehmer für die unterbliebene Ausführung entlasten kann.

16 Abweichend von diesem gesetzlichen Anspruchssystem sehen die in Nr. 1 Satz 2 und in Nr. 2 Satz 2 der Vereinbarung vom 1./19. September 2003 enthaltenen Vertragsklauseln einen Ausschluss sämtlicher Provisionsansprüche für die Zeit nach Beendigung des Handelsvertretervertrages vor. Nach dem umfassenden Wortlaut und dem Sinn und Zweck dieser Bestimmungen soll die Provisionszahlungspflicht unmittelbar mit dem Ablauf des Vertretervertrages wegfallen, um so eine langzeitige Bindung der Beklagten an ihre in periodischen Abschnitten fortlaufend zu erfüllenden Zahlungspflichten zu verhindern. Die Provisionszahlungspflicht soll damit sowohl bei bereits während der Vertragslaufzeit eingerichteten und über die Beendigung des Handelsvertretervertrages hinaus zur Verfügung gestellten Telefonanschlüssen/-verbindungen entfallen als auch in den Fällen, in denen der Anbieter dem Kunden den erstmali-

gen Zugang zum Telekommunikationsnetz erst nach Ablauf des Vertretervertrages verschafft. Auch für die in § 87a Abs. 3, 5 HGB geregelten Fälle der vertragswidrig unterbleibenden oder verzögerten Ausführung des vermittelten Geschäftes machen die Ausschlussklauseln keine Ausnahme. Mit diesem umfassenden Regelungsgehalt ist aber eine unangemessene Benachteiligung des (Unter-)Handelsvertreters nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB verbunden.

17 a) Entgegen der Ansicht der Revision handelt es sich bei den vom Kläger für die Jahre 2005 und 2006 geltend gemachten Ansprüchen nicht um Provisionsforderungen aus nachvertraglichen Geschäften, die nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 87 Abs. 3 HGB verlangt werden könnten. Denn nach den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen ist nicht das jeweils vom Kunden geführte einzelne Telefongespräch Gegenstand der Provisionspflicht, sondern der vom Kläger vermittelte Abschluss eines - auf einen bestimmten Festnetztarif bezogenen - Telefondienstvertrages. Dies ergibt sich aus dem in Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 5 der Vereinbarung vom 1./19. September 2003 aufgeführten Pflichtenprogramm. Darin wurde dem Kläger die Verpflichtung auferlegt, (umsatzstarke) Kunden für die von der Beklagten repräsentierten Telefonanbieter zu gewinnen und den bestehenden Kundenstamm fortlaufend zu erweitern. Die einzelnen Telefonate sind nur für die Höhe und Fälligkeit der Provisionsansprüche von Bedeutung (vgl. § 87a Abs. 4 HGB, § 4b der Vereinbarung vom 1./19. September 2003).

18 Auch die Revision zieht letztlich nicht in Zweifel, dass der Kläger nicht Gesprächseinheiten, sondern Telefonkunden zu vermitteln hatte. Sie sieht aber den für die Entstehung eines Provisionsanspruchs erforderlichen Geschäftsabschluss (§ 87 Abs. 1 Satz 1 HGB) nicht in dem Zustandekommen eines Telefondienstvertrages, sondern will jedes einzelne Telefonat als eigenständigen

Vertragsabschluss werten, weil der Kläger durch den vermittelten Telefondienstvertrag letztlich nur "Rahmenbeziehungen" zwischen Kunden und Anbieter hergestellt habe. Hierbei verkennt sie die Eigenart eines Telefondienstleistungsvertrages. Durch den Abschluss eines als Dauerschuldverhältnis zu qualifizierenden Telefondienstvertrags verpflichtet sich der Anbieter, dem Kunden den Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz zu eröffnen und es ihm fortlaufend zu ermöglichen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit anderen Teilnehmern eines Telefonfestnetzes oder eines Mobilfunknetzes Sprache und sonstige Daten auszutauschen (BGHZ 158, 201, 203; BGH, Urteil vom 16. November 2006 - III ZR 58/06, NJW 2007, 438, Tz. 8; jeweils m.w.N.). Ein Kunde, der ein Telefonat zu dem ihm eingeräumten Tarif führt, nimmt damit nur die ihm vertraglich eingeräumte Nutzungsmöglichkeit wahr, schließt aber nicht mit dem Anbieter fortlaufend Einzelverträge ab. Deswegen liegt hier gerade kein Rahmenvertrag vor, der nur bestimmte Bedingungen für künftig abzuschließende Einzelverträge festlegt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 30. April 1992 - VII ZR 159/91, NJW-RR 1992, 977, unter II 3 a m.w.N.). Jede andere Betrachtung würde zu einer unnatürlichen Aufspaltung der zwischen Telefonkunden und Anbieter eingegangenen Rechtsbeziehungen führen.

19 b) Da folglich keine Provisionen aus nachvertraglichen Geschäften (§ 87 Abs. 3 HGB) in Rede stehen, kann der Kläger nach § 87 Abs. 1, § 87a Abs. 1 HGB Provisionen für die Umsätze verlangen, die nach Beendigung des Vertretervertrages unstreitig mit den von ihm vermittelten Kunden erzielt worden sind. Keine Partei zieht in Zweifel, dass das (Unter-)Handelsvertreterverhältnis spätestens mit Ablauf des 31. Dezember 2004 sein Ende gefunden hat. Der Sache nach handelt es sich bei den geltend gemachten Forderungen um Überhangprovisionen, nämlich um Provisionen für nach dem 1. Januar 2005 ausgeführte Telefondienstverträge. Ein Telefondienstvertrag wird durch den Anbieter ausge-

führt, wenn er seine - oben unter 1 a beschriebene - Verpflichtung erfüllt, dem Kunden den Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz zu verschaffen und es ihm dadurch zu ermöglichen, abgehende Telefonverbindungen aufzubauen und ankommende Verbindungen entgegenzunehmen. Die Ausführung eines solchen Dauerschuldvertrages erschöpft sich nicht in der (einmaligen) Bereitstellung eines Anschlusses oder einer Netzverbindung, vielmehr hat der Unternehmer dem Kunden während der gesamten Vertragslaufzeit die Möglichkeit der Nutzung der eingerichteten Netzverbindung zu gewähren.

20 c) Der Anspruch des Klägers auf Zahlung der sich aus den ab dem 1. Januar 2005 getätigten Telefonaten ergebenden Provisionen ist durch die in Nr. 1 Satz 2 und Nr. 2 Satz 2 des (Unter-)Handelsvertretervertrages vom 1./19. September 2003 enthaltenen Ausschlussklauseln nicht wirksam abbedungen worden. Hierbei handelt es nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 BGB. Sie unterliegen damit der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, der sie - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - im Hinblick auf § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 87a Abs. 3, 5 HGB nicht standhalten.

21 aa) Die Bestimmung des § 87 Abs. 1 HGB ist allerdings nicht zwingend. Daher können - wie sich mittelbar auch aus § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 HGB aF ergibt - Ansprüche des Handelsvertreters auf Überhangprovisionen zumindest individualvertraglich wirksam ausgeschlossen werden (BGHZ 33, 92, 94, unter 1; Senatsurteil vom 10. Dezember 1997, aaO, unter II 1 a; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, 2. Aufl., § 87 Rdnr. 64; Emde in: Staub, Großkommentar zum HGB, 5. Aufl., § 87 Rdnr. 11; Hopt, Handelsvertreterrecht, 4. Aufl., § 87 Rdnr. 48; Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl., § 87 Rdnr. 48; jeweils m.w.N.). Ob dies generell auch für den Ausschluss solcher Provisionen durch

vom Vertragspartner des Handelsvertreters gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen gilt, ist bislang höchstrichterlich nicht geklärt. Der Senat hat diese Frage in seiner Entscheidung vom 10. Dezember 1997 ausdrücklich offen gelassen (aaO, unter II 1 b).

22 bb) Diese Frage bedarf auch im vorliegenden Fall keiner abschließenden Klärung. Denn die von der Beklagten gestellten Provisionsausschlussklauseln sind jedenfalls deswegen unwirksam, weil sie - wie bereits unter II 1 ausgeführt - auch solche Provisionen erfassen, die dadurch zu Überhangprovisionen werden, dass der Unternehmer das vermittelte Geschäft nicht oder verspätet ausführt (§ 87a Abs. 3, Abs. 5 HGB). Solche Provisionen können nicht einmal in Individualvereinbarungen ausgeschlossen werden (vgl. BGHZ 33, 92, 94 f.; vgl. auch Küstner in: Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 1, 3. Aufl., Rdnr. 1186); erst recht gilt dies für Allgemeine Geschäftsbedingungen (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 1997, aaO, unter II 1 b, m.w.N.; vgl. ferner für Versicherungsvertreterverträge Löwisch in: Ebenroth/Boujong/ Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 92 Rdnr. 18; Schmidt in: Ulmer/Brandner/ Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., Anh. § 310 Rdnr. 408).

23 (1) Entgegen der Ansicht der Revision setzen sich die von der Beklagten gestellten formularmäßigen Provisionsausschlussklauseln in Widerspruch zu § 87a Abs. 3 HGB. Die Revision meint zwar, die Bestimmung des § 87a Abs. 3 HGB sei auf die vorliegend in Frage stehenden besonderen Vertragsbeziehungen beim Vertrieb von Telekommunikationsdienstleistungen nicht anwendbar. Die Vorschrift sei vielmehr auf Warenvertreter zugeschnitten und könne für die atypische Vermittlungstätigkeit des Klägers, dessen Aufgabe in der Herstellung einer Rahmenbeziehung zwischen Kunden und Telefongesellschaft bestanden habe, keine Geltung beanspruchen. Diese Erwägungen treffen jedoch - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht zu. Die Bestimmung des

§ 87a Abs. 3 HGB findet auch auf die Vermittlung von Dienstleistungen Anwendung; die von der Revision befürwortete Einschränkung ihrer inhaltlichen Reichweite auf typische Warenaustauschgeschäfte findet im Gesetz keine Stütze. Zudem hat der Bundesgerichtshof die Bestimmung des § 87a Abs. 3 HGB trotz der für Versicherungsvertreter geltenden Besonderheiten (§ 92 Abs. 2 HGB) auch auf die Vermittlung von Versicherungsverträgen angewandt (Urteil vom 19. November 1982 - I ZR 125/80, DB 1983, 2135, unter [I] 2 a).

24 (2) Vergeblich macht die Revision geltend, Leistungsstörungen im Sinne des § 87a Abs. 3 HGB seien bei Telefondienstleistungen ausgeschlossen, jedenfalls aber nicht ernsthaft zu befürchten. Diese Einschätzung trifft nicht zu. Der Anwendungsbereich des § 87a Abs. 3 HGB ist weit gefasst. Er betrifft nicht nur die Fälle einer ganz oder teilweise unterbleibenden Ausführung des Geschäftes, sondern auch dessen mangelhafte Durchführung. Hierzu zählen vor allem die Fälle der verspäteten Ausführung (BGHZ 33, 92, 95; Senatsurteil vom 10. Dezember 1997, aaO; jeweils m.w.N.). Solche vertragswidrigen Leistungsverzögerungen sind bei der Bereitstellung von Telefonanschlüssen oder von Verbindungsnetzen zu bestimmten Fernsprechtarifen in mehrfacher Weise möglich und - anders als die Revision meint - keineswegs nur theoretischer Natur. Wie bereits unter II 1 a ausgeführt, verpflichtet sich bei einem Telefondienstvertrag der Anbieter, dem Kunden den Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz zu eröffnen und ihm die Möglichkeit einzuräumen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit anderen Teilnehmern eines Telefonfestnetzes oder eines Mobilfunknetzes Sprache und sonstige Daten auszutauschen (vgl. BGHZ 158, aaO; BGH, Urteil vom 16. November 2006, aaO; jeweils m.w.N.). Vertragswidrige Verzögerungen bei der Ausführung dieser Dienstleistungen können daher zum einen bei der erstmaligen Einrichtung des beantragten Telefonanschlusses oder der erstmaligen Freischaltung des gewünschten Tarifs auftreten, zum anderen aber auch

im weiteren Verlauf der auf längere Zeit angelegten Geschäftsverbindung. Denn die Telekommunikationsgesellschaft - diese ist auch im Verhältnis zum Untervertreter Unternehmerin im Sinne von § 87a Abs. 3 HGB (vgl. Senatsurteil vom 5. März 2008 - VIII ZR 31/07, WM 2008, 923, Tz. 13) - ist verpflichtet, dem Kunden fortlaufend die technischen Voraussetzungen für den ungestörten Austausch von Sprache und Daten zur Verfügung zu stellen.

25 Soweit die Revision anführt, keine der betroffenen Telefongesellschaften - und auch keiner ihrer Konkurrenten - denke jemals daran, einem vermittelten Kunden die Inanspruchnahme ihrer Dienste für gewisse Zeit "vorzuenthalten", verkennt sie, dass die unterbliebene oder mangelhafte Ausführung der geschuldeten Dienstleistungen nach § 87a Abs. 3 HGB schon bei einem "Vertretenmüssen" einen Anspruch auslöst. Es genügt daher, dass das vertragswidrige Verhalten auf bloßer Fahrlässigkeit oder einem übernommenen Risiko beruht (vgl. etwa Hopt, Handelsvertreterrecht, aaO, § 87a Rdnr. 26; Roth in: Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl., § 87a Rdnr. 6; jeweils m.w.N.). Dass technische Störungen oder Bearbeitungsfehler zu einer verspäteten Freischaltung oder verzögerten Wiederbereitstellung der Netzverbindung führen können, bedarf angesichts der Lebenserfahrung keiner Vertiefung. Auch die Möglichkeit, dass die Telefongesellschaft einen erteilten Auftrag vertragswidrig storniert (vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 21. November 1991 - I ZR 98/90, NJW-RR 1992, 868) oder wegen eingetretener Insolvenz nicht mehr ausführen kann (vgl. Senatsurteil vom 5. März 2008, aaO, Tz. 18 m.w.N.), lässt sich nicht ausschließen. Diese Leistungsstörungen müssen keineswegs auf die Dauer des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertretervertrages beschränkt bleiben. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie sich auch auf einen Zeitraum nach Beendigung dieses Vertrages erstrecken und damit Überhangprovisionen nach § 87a Abs. 3 HGB auslösen. Wie die Revisionserwiderung zutreffend zu bedenken gibt, sind solche, sich nach Vertragsende fortsetzende vertragswidrige Vorent-

haltungen der geschuldeten Dienstleistung vor allem bei kurz vor Beendigung des (Unter-)Handelsvertretervertrages vermittelten Aufträgen denkbar. Auch solche Ansprüche sollen aber nach den von der Beklagten gestellten umfassenden Provisionsausschlussklauseln in Wegfall geraten.

26 Damit verstoßen die verwendeten Formularklauseln gegen zwingendes Recht (§ 87a Abs. 3, 5 HGB) und benachteiligen den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Die Unangemessenheit dieser Abreden entfällt nicht deswegen, weil - so die Revision - bei Leistungsstörungen im Netzbetrieb nicht ohne weiteres festgestellt werden könne, in welchem Umfang der Kunde bei ungestörter Verbindung Telefongespräche geführt hätte. Mögliche Schwierigkeiten bei der Feststellung der Anspruchshöhe, denen zudem durch Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO begegnet werden kann, ändern nichts daran, dass dem Kläger durch die beanstandeten Klauseln unabdingbare Forderungen aberkannt werden sollen.

27 (3) Die Revision führt weiter an, "vergleichbare" Provisionsausschlussklauseln fänden gegenüber Versicherungsvertretern seit Jahrzehnten unbeanstandet Verwendung; auch der Senat habe sie mehrfach als unbedenklich eingestuft. Dies trifft jedoch nicht zu. Der Senat hat sich in den von der Revision angeführten Entscheidungen mit der Wirksamkeit solcher Klauseln nicht ausdrücklich befasst. Gegenstand der Senatsurteile vom 22. Dezember 2003 (VIII ZR 117/03, WM 2004, 1483) und vom 1. Juni 2005 (VIII ZR 335/04, WM 2005, 1866) war ein Ausgleichsanspruch von Versicherungsvertretern nach § 89b HGB aF, nicht dagegen die - hier in Frage stehende - Provisionsfortzahlungspflicht. Allerdings ist Voraussetzung für das Entstehen eines Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB aF, dass der Handelsvertreter infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provisionen verliert, die er bei Fortsetzung seiner Tätigkeit erhalten hätte. Der Senat hatte aber in den ge-

nannten Fällen keinen Anlass, die Wirksamkeit der dort verwendeten Provisionsausschlussklauseln nach § 307 BGB, § 87a Abs. 3 HGB in Zweifel zu ziehen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, unterscheiden sich die dortigen Provisionsausschlussabreden in entscheidenden Punkten von den hier in Frage stehenden Formularklauseln. In dem dem Senatsurteil vom 22. Dezember 2003 (aaO) zugrunde liegenden Versicherungsvertretervertrag war - insoweit vergleichbar mit dem vorliegenden Fall - unter Nr. 14 des Klauselwerks zwar vorgesehen, dass jegliche Provisionsansprüche mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses erlöschen. Anders als im Streitfall war die Entstehung eines unbedingten Provisionsanspruchs ("Abschlussprovision") aber nicht an den Zeitpunkt der Ausführung des Geschäfts (§ 87a Abs. 1, Abs. 3 HGB) geknüpft, sondern an die Vermittlung eines Versicherungsvertrages, wobei hierfür bereits die Aufnahme eines ordnungsgemäßen Antrags genügen sollte. Die der Senatsentscheidung vom 1. Juni 2005 (aaO) zugrunde liegende Provisionsausschlussklausel ordnete ebenfalls das Erlöschen jeglicher Ansprüche mit Beendigung des Vertragsverhältnisses an, machte hiervon aber - anders als die hier vorliegenden Klauseln - eine ausdrückliche Ausnahme für die "noch fällig werdenden Abschlussprovisionen aus eingereichten, aber noch nicht dokumentierten Anträgen".

28 (4) Die in Nr. 1 Satz 2, Nr. 2 Satz 2 der Vereinbarung vom 1./19. September 2003 enthaltenen Provisionsausschlussklauseln können nicht auf einen unbedenklichen Regelungsgehalt zurückgeführt werden. Eine solche geltungserhaltende Reduktion der inhaltlich zu weitgehenden Klauseln ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unzulässig (Senatsurteil vom 10. Dezember 1997, aaO, unter II 1 b bb; BGHZ 114, 338, 342 f.; 109, 197, 203, jeweils m.w.N.). Wenn eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Vertragspartner des Verwenders auch nur für einen Teil der von der Klausel nach Wortlaut und erkennbaren Sinn erfassten Fallgestaltungen unange-

messen benachteiligt, ist sie nach § 307 BGB insgesamt unwirksam, es sei denn, sie lässt sich nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen zulässigen und einen unzulässigen Regelungsteil trennen (Senatsurteil, aaO; BGHZ 114, aaO; 109, aaO). Daran fehlt es hier. Einen im Hinblick auf § 87a Abs. 3 Satz 1 HGB zulässigen Inhalt könnten die verwandten Klauseln nur durch Erweiterung um einen Ausnahmetatbestand erlangen, der der zwingenden gesetzlichen Vorschrift Rechnung trägt (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 1997, aaO). Dies käme aber einer geltungserhaltenden Reduktion gleich.

29 2. Vergebens beruft sich die Revision darauf, im Falle der Unwirksamkeit der Formularklauseln sei der Provisionsanspruch des Klägers auf einen Monat nach Beendigung des (Unter-)Handelsvertreterverhältnisses, hier also auf den Monat Januar 2005, zu beschränken. Diese Rechtsfolge will die Revision, anknüpfend an die den Kunden eingeräumte Kündigungsfrist von einem Monat, aus § 87b Abs. 3 Satz 2 HGB herleiten.

30 a) Die Vorschrift des § 87b Abs. 3 HGB trifft jedoch keine Bestimmung über die Dauer einer Provisionszahlungspflicht, sondern legt nur - in Ergänzung zu den in Abs. 1, 2 aufgeführten Berechnungsfaktoren - die Berechnungsweise für Provisionen bei Gebrauchsüberlassungs- und Nutzungsverträgen fest. Dabei unterscheidet sie zwischen Verträgen mit bestimmter Dauer (§ 87b Abs. 3 Satz 1 HGB), bei denen sie als Bemessungsgrundlage das Entgelt für die fest vereinbarte Vertragsdauer vorgibt, und Verträgen mit unbestimmter Laufzeit (§ 87b Abs. 3 Satz 2 HGB). In den letztgenannten Fällen soll Bemessungsgrundlage für die Provision zunächst der Zeitraum sein, zu dem das Dauerschuldverhältnis erstmals vom Kunden gekündigt werden kann. Wird dieses fortgesetzt, hat der Handelsvertreter Anspruch auf "weitere entsprechend berechnete Provisionen" (§ 87b Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 HGB).

31 b) Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich sowohl aus dem Gesetzeswortlaut als auch aus dem Zusammenspiel der Vorschriften der §§ 87, 87a, 87b, 87c HGB, dass § 87b Abs. 3 HGB nur eine Regelung über Abrechnungsmodalitäten trifft. Die Entstehung des Provisionsanspruchs richtet sich - von vertraglichen Vereinbarungen abgesehen - allein nach §§ 87, 87a HGB (so zutreffend Küstner, aaO, Rdnr. 1052; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, aaO, § 87b Rdnr. 32; vgl. ferner OLG Düsseldorf, DB 1977, 817). § 87b Abs. 3 Satz 2 HGB legt demgegenüber nur fest, dass bei Dauerverträgen mit unbestimmter Laufzeit der Provisionsanspruch nach Zeitabschnitten berechnet wird, und zwar - wie das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat - jeweils von Kündigungszeitpunkt zu Kündigungszeitpunkt. Soweit Teile der Literatur demgegenüber den Standpunkt einnehmen, mit ungenutztem Ablauf der eingeräumten Kündigungsfrist entstehe jeweils ein neuer Provisionsanspruch (vgl. Brüggemann in: Staub/Brüggemann, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 87b Rdnr. 11; Schlegelberger/Schröder, HGB, 5. Aufl., § 87b Rdnr. 14a), findet diese Sichtweise im Gesetz keine Stütze. Wenn ein Handelsvertreter den Abschluss eines Dauerschuldverhältnisses vermittelt, erwirbt er hierdurch einen bedingten Provisionsanspruch für die Dauer dieses Vertrages, der laufzeitabhängig - meist in Einzelabschnitten - abgerechnet wird. Mit dem ungenutzten Ablauf eines Kündigungstermins ist schon nach der Verkehrsanschauung kein neuer Geschäftsabschluss verbunden; es wird lediglich das bestehende Dauerschuldverhältnis fortgesetzt (so auch LAG Hamm, DB 1984, 674, 675; Küstner, aaO, m.w.N.; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, aaO, § 87b Rdnr. 44).

32 c) Aus § 87b Abs. 3 Satz 2 HGB lässt sich folglich keine zeitliche Begrenzung des bei einem vermittelten Dauerschuldverhältnis entstehenden Provisionsanspruchs des ausgeschiedenen (Unter-)Handelsvertreters ableiten. Dieser erhält auch bei einem beendeten Vertretervertrag - sofern solche Ansprüche, wie hier, vertraglich nicht wirksam ausgeschlossen wurden - die ver-

einbarten Provisionen für die Dauer der Laufzeit des vermittelten Vertrages (vgl. LAG Hamm, aaO; OLG Düsseldorf, aaO; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, aaO, § 87b Rdnr. 44; Löwisch, aaO, § 87b Rdnr. 29; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, 2. Aufl., § 87b Rdnr. 16; im Ergebnis jetzt auch Hopt, aaO, § 87b Rdnr. 17; aA Roth, aaO, § 87b Rdnr. 4). Da § 87b Abs. 3 Satz 2 HGB schon aus den angeführten Gründen dem Provisionsverlangen des Klägers nicht entgegen steht, bedarf die weiter von der Revision vertiefte Frage keiner Klärung, ob diese Bestimmung bei Dauerverträgen mit einem variablen, ergebnisbezogenen Entgelt überhaupt Anwendung findet (ablehnend etwa Baumbach/Hopt, aaO, § 87b Rdnr. 13; Löwisch, aaO, § 87b Rdnr. 25; Küstner, aaO, Rdnr. 1041 f.; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, aaO, § 87b Rdnr. 33; Roth, aaO, § 87b Rdnr. 4).

33 3. Ohne Erfolg macht die Revision weiter geltend, der Provisionsanspruch des Klägers sei jedenfalls in analoger Anwendung der für nachvertragliche Geschäfte geltenden Vorschrift des § 87 Abs. 3 HGB auf einen angemessenen Zeitraum zu begrenzen. Diese zeitliche Grenze will die Revision ebenfalls bei einem Monat nach Beendigung des (Unter-)Handelsvertretervertrags ziehen, weil auch hierfür von Bedeutung sei, dass sich die vom Kläger vermittelten Telefonkunden mit einer Kündigungsfrist von einem Monat vom Vertrag lösen können. Die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung der in § 87 Abs. 3 HGB geregelten Grundsätze auf die vorliegend in Frage stehenden Überhangprovisionen aus bereits während der Laufzeit des Vertretervertrags abgeschlossenen Geschäften liegen jedoch nicht vor.

34 a) Es fehlt schon an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat in § 87 Abs. 1, Abs. 3 HGB umfassende Regelungen über Provisionsansprüche getroffen. Dabei hat er bewusst dem Zeitpunkt der Erfüllung des vermittelten Geschäftes keine Bedeutung beigemessen; auch die Laufzeit eines

vermittelten Umsatzgeschäftes spielte in seinen Überlegungen keine Rolle. Dass er über die Fälle des § 87 Abs. 1 HGB hinaus einem Handelsvertreter auch dann Ansprüche zuerkannte, wenn dessen Vermittlungsbemühungen bei Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses schon weitgehend gediehen waren (§ 87 Abs. 3 HGB), beruht letztlich auf "praktischen Erwägungen" (BT-Drs. 1/3856, S. 23 f.); es sollten Streitigkeiten über die Aufteilung einer Provision zwischen dem ausgeschiedenen Handelsvertreter und seinem Nachfolger vermieden werden.

35 b) Zudem besteht auch keine vergleichbare Interessenlage. § 87 Abs. 3 HGB ist geschaffen worden, um einem Handelsvertreter, der bereits erhebliche Anstrengungen unternommen, aber noch keinen Vertragsabschluss erreicht hat, einen wirtschaftlichen Gegenwert für seine Bemühungen zukommen zu lassen (BT-Drs. 1/3856, S. 23). Die Regelung will damit eine Benachteiligung des ausscheidenden Handelsvertreters verhindern. Gleichzeitig war der Gesetzgeber bestrebt, die Interessen des bislang tätigen Handelsvertreters und seines Nachfolgers in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Aus diesem Grunde hat er - aus "Zweckmäßigkeitserwägungen" und um eine rasche Abwicklung des Handelsvertreterverhältnisses zu ermöglichen (BT-Drs. 1/3856, S. 24) - den Provisionsanspruch des früheren Vertreters davon abhängig gemacht, dass das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses abgeschlossen wird. Wollte man diese Regelung auf die im Streitfall anzutreffende Sachlage übertragen, verkehrte man die Bestimmung des § 87 Abs. 3 HGB in ihr Gegenteil. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten die Rechte des ausgeschiedenen Handelsvertreters erweitert werden. Die von der Revision geforderte entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf die vorliegende Fallgestaltung zöge aber eine Einschränkung der Provisionszahlungspflicht nach sich. Auch stellen sich bei der Vermittlung von Dauerverträgen in aller Regel nicht im gleichen Maße wie bei den von § 87 Abs. 3 HGB

erfassten Fällen Abgrenzungsprobleme zwischen der Tätigkeit des ausgeschiedenen Handelsvertreters und der seines Nachfolgers (vgl. LAG Hamm, aaO). Der ausgeschiedene Vertreter hat seine Leistung vollständig erbracht. Sollte eine Verlängerung des Dauerschuldverhältnisses auf die Bemühungen seines Nachfolgers zurückzuführen sein, wird sich dies regelmäßig ohne weiteres feststellen lassen. Schließlich ist auch zu beachten, dass im Streitfall die lange Dauer der Provisionszahlungspflicht letztlich darauf beruht, dass die Parteien die Provisionsansprüche an das jeweilige Telefonaufkommen geknüpft und nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, eine feste Einmalzahlung zu vereinbaren (vgl. zu dieser Möglichkeit Senatsurteil vom 1. Juni 2005 - VIII ZR 335/04, WM 2005, 1866). Die von der Revision nun als lückenhaft empfundene Regelung beruht also auf einer privatautonomen Entscheidung und nicht auf einer unzureichenden gesetzlichen Ausgestaltung der beiderseitigen Rechte und Pflichten.

36 4. Auch im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) lässt sich die von der Revision geforderte zeitliche Begrenzung der Provisionszahlungspflicht nicht erreichen.

37 a) Zwar bedient sich die Rechtsprechung in den Fällen der ergänzenden Vertragsauslegung, in denen mit dem Wegfall einer nach § 307 BGB unwirksamen Klausel eine nicht durch dispositives Gesetzesrecht ausfüllbare Lücke entsteht, dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die aufgetretene Lücke zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Vertragspartners des Verwenders verschiebt (st.Rspr., vgl. etwa Senatsurteile vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, NJW 2009, 2662, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, Tz. 37; BGHZ 179, 186, Tz. 25; 137, 153, 157 m.w.N.). Hiervon kann im Streitfall keine Rede sein. Die Beklagte, die ihrerseits

von den Telefonanbietern Provisionen bezieht, profitiert auch nach Beendigung des mit dem Kläger geschlossenen Vertrages von dessen Vermittlungsleistungen. Durch die Unwirksamkeit der Provisionsausschlussklauseln wird ihr lediglich zugemutet, einen Teil der von ihr bezogenen Provisionen auch nach Vertragsende an den Kläger weiterzugeben. Soweit die Revision geltend macht, dem Kläger sei nicht nur für die Vermittlungstätigkeit, sondern auch für die "aktive Betreuung des Kundenstammes" Provision gezahlt worden, zeigt sie keinen Vortrag in den Tatsacheninstanzen dazu auf, in welchem Umfang solche vermittlungsfremden Tätigkeiten in die Provisionsbemessung eingeflossen sind. Es ist daher nicht ersichtlich, dass der Beklagten nach dem Ausscheiden des Klägers erhebliche Betreuungsleistungen entgingen und es ihr deswegen nicht zuzumuten ist, dem Kläger den vollen Provisionsanteil auszubezahlen. Dass sie Mehraufwendungen hatte, weil vergütungspflichtige Nacharbeiten durch einen Nachfolger des Klägers angefallen sind, hat die Beklagte nicht behauptet.

38 b) Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet darüber hinaus auch dann aus, wenn eine Regelungslücke in verschiedener Weise geschlossen werden könnte und keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bestehen, für welche Alternative sich die Parteien als redliche Vertragspartner entschieden hätten (vgl. etwa Senatsurteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 397/03, NJW-RR 2005, 1619, unter II 3 b m.w.N.). Im Streitfall ist nicht ersichtlich, ob und auf welche zeitliche Begrenzung sich die Parteien verständigt hätten. Möglicherweise hätten sie sich bei Kenntnis der Unwirksamkeit der verwendeten Klausel auf eine andere Berechnungsmethode (Einmalprovision für gesamte Laufzeit oder jedenfalls für die Zeit nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses) verständigt.

39 5. Die Revision der Beklagten bleibt damit in der Hauptsache ohne Erfolg, wobei die Entscheidungsformel im Berufungsurteil nach § 319 Abs. 1 ZPO

von Amts wegen um einen Zahlendreher im ausgeurteilten Betrag zu berichtigen ist (24.264,64 € statt 24.246,64 €). Eine Abänderung des Berufungsurteils ist jedoch hinsichtlich des Zinsausspruches veranlasst. Das Berufungsgericht hat Rechtshängigkeitszinsen (§ 291 BGB) erstmals ab dem auf die Zustellung der Stufenklage folgenden Tag zugesprochen (30. März 2005) und dann nach Fälligkeitszeitpunkten gestaffelt. Dabei hat es - was die Revision zu Recht rügt - übersehen, dass sich die am 29. März 2005 zugestellte Stufenklage allein auf den Monat Januar 2005 bezog. Erst im Berufungsverfahren hat der Kläger die Stufenklage auf weitere Zeiträume erstreckt. Daher können nur für die Provision für Januar 2005 (1.633,13 €) Prozesszinsen ab 30. März 2005 zugesprochen werden. Hinsichtlich der Provisionsansprüche für die Monate Februar 2005 bis einschließlich Dezember 2006 ist Rechtshängigkeit erst in der Berufungsverhandlung vom 11. Januar 2007 eingetreten (§ 261 Abs. 2, § 264 Nr. 2 ZPO). Für die diese Zeiträume betreffenden Provisionen können Zinsen also frühestens ab 12. Januar 2007, für den Monat Dezember (599,45 €) sogar erst ab 23. Januar 2007 (vgl. § 291 Satz 1 Halbs. 2 BGB) verlangt werden.

Ball Dr. Milger Dr. Achilles
Dr. Schneider Dr. Fetzer

Vorinstanzen:
LG Stuttgart, Entscheidung vom 01.09.2006 - 33 O 41/05 KfH -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 04.10.2007 - 19 U 173/06 -