

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB § 86

Der Handelsvertreter schuldet dem Unternehmer Auskunft über solche Geschäfte, die er verbotswidrig für ein Konkurrenzunternehmen vermittelt hat (Anschluß an BGH, Urteil vom 23. Januar 1964 - VII ZR 133/62 = NJW 1964, 817).

ZPO § 256

Für eine Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht fehlt es an dem nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse, wenn der Geschädigte im Wege einer Stufenklage sogleich auf Leistung klagen kann.

HGB § 88

AGBG § 9 Bd, Cj

In einem vom Unternehmer verwendeten formularmäßigen Handelsvertretervertrag hält die Klausel

"Alle Ansprüche aus diesem Vertrag verjähren
unabhängig von der Anzeigepflicht zwölf Monate
nach Eintritt der jeweiligen Fälligkeit"

der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht stand.

BGH, Urteil vom 3. April 1996 - VIII ZR 3/95 - OLG Koblenz

LG Mainz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 3/95

Verkündet am:
3. April 1996
Böhringer-Mangold
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. April 1996 durch die Richter Dr. Zülch, Dr. Paulusch, Dr. Hübsch, Dr. Beyer und Ball

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin und die Anschlußrevision des Beklagten werden unter Zurückweisung der weitergehenden Revision der Klägerin die Urteile des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 24. November 1994 und der 12. Zivilkammer - 2. Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Mainz vom 25. Juni 1992 geändert, soweit beide Vorinstanzen die Auskunftsklage und das Oberlandesgericht die den Betrag von 10.809,88 DM übersteigende Widerklage abgewiesen haben.

Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft zu erteilen über die von ihm in der Zeit vom 28. Juni 1991 bis zum 30. September 1991 für Konkurrenzfirmen der Klägerin, insbesondere die Firma G., B., getätigten Umsätze mit Wein, Schaumwein und Spirituosen, und zwar aufgeschlüsselt nach Zeit, Ort, Höhe und Kunde.

Die Klägerin wird verurteilt, an den Beklagten weitere 5.824,45 DM nebst 4 % Zinsen seit 31. Januar 1992 zu zahlen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben die Klägerin 9/10, der Beklagte 1/10, von den Kosten des zweiten Rechtszuges die Klägerin 7/8 und der Beklagte 1/8 zu tragen. Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen der Klägerin zur Last.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin vertreibt Weine, Schaumweine und Spirituosen. Der Beklagte war für sie von Oktober 1989 bis Juni 1991 als Handelsvertreter tätig. Nach § 1 des Handelsvertretervertrages vom 2. August 1989 sollte der Beklagte seine Vermittlungstätigkeit im Gebiet der Regionalverkaufsleitung Hamburg der Klägerin ausüben. Der von der Klägerin verwendete Formularvertrag sieht u.a. vor:

"§ 3 Kundenschutz

1. Die Firma verpflichtet sich, dem Mitarbeiter die vereinbarte Provision für sämtliche Kaufabschlüsse mit geschützten Kunden zu zahlen, gleichgültig, ob er beim Kaufabschluß mitgewirkt hat oder nicht.

Voraussetzung für jegliches Entstehen des Kundenschutzes ist, daß der Kunde im Tätigkeitsbereich des Mitarbeiters wohnt (siehe § 1 Abs. 3).

2. "Geschützte Kunden" sind:

- a) Kunden, die nach Einschaltung des Mitarbeiters erstmals eine Bestellung aufgegeben haben, deren Anschrift und Interesseneigenschaft dem Mitarbeiter aber von der Firma mitgeteilt worden sind (Neukunden aufgrund Interessentenzuleitung);
- b) Kunden, die bereits mit der Firma in Geschäftsbeziehungen stehen und anschließend dem Mitarbeiter zur Bearbeitung zugeteilt werden; der Kundenschutz gilt in diesem Fall für die Kaufabschlüsse nach Zuteilung; Anspruch auf Kundenschutz bei Kunden, die bereits mit der Firma in Ge-

schäftsbeziehungen stehen und anschließend dem Mitarbeiter zur Bearbeitung zugeteilt werden, entsteht erst, wenn der Mitarbeiter einen Auftrag bei den Kunden abgeschlossen hat.

- c) Kunden, die auf Veranlassung eines geschützten Kunden erstmals eine Bestellung aufgegeben haben, jedoch erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Kunde von der Firma dem Mitarbeiter zugeteilt worden ist.
Die Zuteilung erfolgt in dem Zeitpunkt, in dem der Firma die Querverbindung des Neukunden zu dem Mitarbeiter nachgewiesen ist.
- d) Kunden, die durch eigene Werbung oder sonstige Bemühungen des Mitarbeiters erstmals eine Bestellung aufgegeben haben (Neukunden durch Eigenwerbung).

3. Der Kundenschutz erlischt:

...

...

§ 7 Provisionspflichtige Geschäfte

- 1. Der Mitarbeiter erhält als Entgelt für alle Geschäfte, die während der Vertragsdauer mit den für ihn geschützten Kunden abgeschlossen und abgewickelt werden, eine Provision.

...

§ 8 Entstehung und Fälligkeit der Provision

- 1. Der Provisionsanspruch des Mitarbeiters entsteht unbedingt, sobald und soweit der Kunde den Kaufpreis bezahlt hat.

2. Dem Mitarbeiter steht - unabhängig von der Zahlung durch den Kunden - ein Anspruch auf Vorschuß in Höhe des Provisionsbetrages zu, wenn die Firma das abgeschlossene Geschäft ausgeführt hat.
3. Der Provisionsanspruch ist fällig und spätestens zahlbar Ende des Monats, der auf den Monat folgt, in dem der Kunde den Kaufpreis bezahlt hat.

...

§ 11 Provisionsabrechnung

1. Die Provisionsabrechnung erfolgt einmal im Monat. Die Abrechnung und Auszahlung des Guthabens erfolgt zwischen dem 15. und 20. des Folgemonats.

...

...

§ 15 Verjährung

Die Geltendmachung von Ansprüchen setzt voraus, daß Grund und Höhe des Anspruches schriftlich spätestens 3 Monate nach deren Entstehen bei der Firma geltend gemacht werden.

Alle Ansprüche aus diesem Vertrag verjähren unabhängig von der Anzeigepflicht zwölf Monate nach Eintritt der jeweiligen Fälligkeit.

Bei Ansprüchen der Firma auf Rückzahlung von Provisionen und Provisionsvorschüssen beginnt die Verjährung zu dem Zeitpunkt, in dem die Firma von den Umständen Kenntnis erlangt, die den Rückzahlungsanspruch rechtfertigen."

§ 10 des Vertrages sah Provisionssätze zwischen 12 und 30 % sowie einen umsatzorientierten Jahresbonus vor. Nach

§ 6 des Vertrages war dem Beklagten während der Vertragszeit eine Tätigkeit für andere Unternehmen untersagt. Für Verstöße gegen dieses Verbot sah § 14 eine Vertragsstrafe vor. Nach § 12 war der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen und während der ersten drei Vertragsjahre mit sechswöchiger Frist zum Kalendervierteljahr kündbar.

In einer Zusatzvereinbarung vom 2. August 1989 sagte die Klägerin dem Beklagten für von ihm veranlaßte Erstaufträge von Neukunden eine zusätzliche Provision von 5 % (im folgenden: Neukundenprovision) zu.

Im Frühjahr 1990 weitete die Klägerin ihre Geschäftstätigkeit auf das Gebiet der damaligen DDR aus. In ihrem Auftrag reisten der Beklagte und drei weitere Handelsvertreter der Klägerin im März 1990 zu der Messe "Gastro Rostock". Dort wurden insbesondere mit Großkunden erhebliche Umsätze erzielt. Der Beklagte bereiste darüber hinaus im ersten Halbjahr 1990 das Gebiet der damaligen DDR und vermittelte dort Geschäfte für die Klägerin.

Mit Schreiben vom 28. Juni 1991 kündigte der Beklagte das Vertragsverhältnis zum 30. Juni 1991 mit der Begründung, die Klägerin habe ihm für im ersten Halbjahr 1990 vermittelte DDR-Geschäfte die geschuldete Neukundenprovision vorenthalten und die Berücksichtigung der dort erzielten Umsätze bei der Ermittlung des Jahresbonus verweigert. Seit Anfang Juli 1991 war der Beklagte für andere Unternehmen als Handelsvertreter tätig.

Die Klägerin begehrt Auskunft über die Umsätze, die der Beklagte in der Zeit vom 28. Juni 1991 bis 30. September 1991 mit Wein, Schaumwein und Spirituosen für andere, mit ihr konkurrierende Unternehmen erzielt hat. Ferner begehrt sie die Feststellung, daß der Beklagte ihr den aus dieser Tätigkeit entstandenen Schaden zu ersetzen habe. Daneben hat sie den Beklagten auf Unterlassung nachvertraglichen Wettbewerbs, auf Auskunft und Schadensersatz hierwegen sowie auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch genommen. Der Beklagte hat Widerklage auf Zahlung rückständiger Provisionen und Boni erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 25.075,76 DM nebst Rechtshängigkeitszinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin unter ihrer Zurückweisung im übrigen den Beklagten zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 1.000 DM nebst 5 % Zinsen seit 21. Oktober 1992 verurteilt und die Verurteilung der Klägerin unter Abweisung der weitergehenden Widerklage auf 10.809,88 DM nebst Rechtshängigkeitszinsen ermäßigt. Mit der Revision verfolgt die Klägerin das Auskunfts- und das Feststellungsbegehren für den Zeitraum vom 28. Juni 1991 bis zum 30. September 1991 weiter. Ferner beantragt sie, die Widerklage abzuweisen. Der Beklagte tritt der Revision entgegen und begehrt mit der Anschlußrevision die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung weiterer 5.824,45 DM. Die Klägerin beantragt, die Anschlußrevision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Klägerin

I. Auskunftsklage:

1. Das Berufungsgericht hat einen Auskunftsanspruch der Klägerin verneint und dazu ausgeführt:

Auskunft könne nach Treu und Glauben nur verlangt werden, wenn sie dem Verpflichteten zumutbar und für die Ermittlung des dem Auskunftskläger entstandenen Schadens voraussichtlich von Nutzen sei. An letzterem fehle es, denn die begehrte Auskunft wäre zum Beleg und zur Bezifferung eines der Klägerin durch den Wettbewerbsverstoß des Beklagten entstandenen Schadens ungeeignet. Dieser sei in erster Linie nach einem etwaigen Umsatzrückgang bei der Klägerin zu bemessen. Dagegen habe die Klägerin keinen Anspruch auf Herausgabe des vom Beklagten erzielten Gewinns. Ihr Schaden entspreche auch nicht dem vom Beklagten anderweit vermittelten Umsatz. Der ihr entgangene Gewinn könne vielmehr nur aufgrund erlittener Umsatzeinbußen ermittelt werden. Art und Menge der vom Beklagten für andere Unternehmen verkauften Getränke kämen hierfür nur ansatzweise als Grundlage einer Schadensschätzung in Betracht. Für einen Umsatzrückgang habe die Klägerin trotz gerichtlichen Hinweises nichts dargetan. Sie habe auch nicht behauptet, der Beklagte habe einen Teil ihrer Stammkunden abgeworben. Daß er die für andere Unternehmen vermittelten Geschäfte in gleichem Umfang

auch zugunsten der Klägerin hätte tätigen können, sei nicht ersichtlich und entspreche nicht der Lebenserfahrung. Unter diesen Umständen könne dem Beklagten nicht zugemutet werden, umfangreiche, für die Ermittlung der Schadenshöhe aber untaugliche Auskünfte über seine eigene Geschäftstätigkeit zu geben.

2. Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Der Beklagte schuldet die von der Klägerin verlangte Auskunft.

a) Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht - in anderem Zusammenhang - an, daß die Kündigung des Beklagten vom 28. Juni 1991 das Handelsvertreterverhältnis der Parteien in Ermangelung eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung nicht bereits zum 30. Juni 1991, sondern erst zum 30. September 1991 (§ 12 Nr. 3 des Handelsvertretervertrages) beendet hat. Durch seine Vermittlungstätigkeit für Konkurrenzunternehmen verstieß der Beklagte daher während des Zeitraums, für den die Klägerin Auskunft begehrt, gegen das Konkurrenzverbot nach § 6 des Handelsvertretervertrages. Der Klägerin stehen wegen dieses Verhaltens Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung zu. Zu deren Vorbereitung dient, wie das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend erkennt, der eingeklagte Auskunftsanspruch.

b) Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht dagegen, soweit es ein Auskunftsrecht der Klägerin unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben verneinen will. Die Klägerin hat nach §§ 249, 252 BGB Anspruch auf Ersatz des Gewinns, der ihr dadurch entgangen ist, daß der Beklagte

Kaufverträge über Wein, Schaumwein und Spirituosen vertragswidrig nicht für sie, sondern für Konkurrenzunternehmen vermittelt hat. Grundlage für die Ermittlung des entgangenen Gewinns ist, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, der Umsatz, den die Klägerin im Falle vertragsgemäßen Verhaltens des Beklagten aufgrund von dessen Vermittlungstätigkeit in dem fraglichen Zeitraum erzielt hätte. Der Umfang des dem Unternehmer durch verbotene Konkurrenztaetigkeit des Vertreters entgangenen Geschäfts lässt sich aber, worauf die Revision zutreffend hinweist, am ehesten an den Geschäften erkennen, die der Handelsvertreter in der fraglichen Zeit für Konkurrenzunternehmen vermittelt hat. Aus diesem Grunde schuldet der Handelsvertreter, der ein Wettbewerbsverbot verletzt und sich damit schadensersatzpflichtig gemacht hat, dem Unternehmer Auskunft über die für Konkurrenten vermittelten Geschäfte (BGH, Urteil vom 23. Januar 1964 - VII ZR 133/62 = NJW 1964, 817 unter I; Staub/Brüggemann, HGB, 4. Aufl., § 86 Rdnr. 42; Hopt, Handelsvertreterrecht, § 86 Rdnr. 32).

Kann der von dem Handelsvertreter verbotswidrig für Konkurrenzunternehmen vermittelte Umsatz als Grundlage einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO dienen, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, so kann die Eignung der von der Klägerin verlangten Auskunft für die Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs nicht verneint werden. Es kann deshalb auch keine Rede davon sein, dem Beklagten sei die Auskunftserteilung nicht zumutbar.

Anders, als das Berufungsgericht möglicherweise verstanden werden könnte, setzt ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der verbotswidrigen Vermittlungstätigkeit des Beklagten ferner nicht voraus, daß dieser Stammkunden abgeworben hat; denn der Klägerin ist Gewinn auch aus solchen Geschäften entgangen, die der Beklagte mit Neukunden für Konkurrenzunternehmen abgeschlossen hat. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann ein Schaden der Klägerin auch nicht deshalb verneint werden, weil diese keinen Rückgang ihres Gesamtumsatzes dargetan hat; hierfür ist vielmehr allein entscheidend, ob und in welcher Höhe sie im Falle vertragsgerechten Verhaltens des Beklagten zusätzlichen Umsatz aus den von diesem vermittelten Geschäften erzielt hätte.

II. Feststellungsklage:

1. Soweit die Klägerin die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für den Schaden begehrt hat, der ihr aus der verbotswidrigen Vermittlungstätigkeit des Beklagten in der Zeit vom 28. Juni 1991 bis 30. September 1991 entstanden ist, hat das Berufungsgericht die Klage als unzulässig abgewiesen. Es hat gemeint, es fehle an einem Feststellungsinteresse der Klägerin, weil ein Schaden in Gestalt entgangenen Gewinns nur durch Umsatzeinbußen eintreten sein könne, solche indessen nicht dargetan seien. Daß der Klägerin aus der vorzeitigen Beendigung der Handelsvertretertätigkeit des Beklagten in Zukunft noch Schaden entstehen könne, erscheine ausgeschlossen.

2. Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg. Die Feststellungsklage ist unzulässig.

Zwar kann das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse aus den soeben dargelegten Gründen hinsichtlich des bereits eingetretenen Schadens nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden. Es fehlt aber deswegen, weil die Klägerin den aus der unerlaubten Konkurrenztaetigkeit des Beklagten hergeleiteten Schadensersatzanspruch im Wege der Stufenklage sogleich mit einer - zunächst noch unbezifferten - Leistungsklage verfolgen koennte, wodurch ein weiterer Prozeß vermieden wuerde (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 1961 - II ZR 205/59 = MDR 1961, 751; MünchKommZPO-Lüke, § 254 Rdnr. 9; Zöller/Greger, ZPO, 19. Aufl., § 254 Rdnr. 1). Eine Feststellungsklage ist zwar insgesamt zulässig, wenn im Zeitpunkt der Klageerhebung die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist, mag der Schaden auch bereits teilweise beziffert werden koennen (BGH, Urteil vom 30. März 1983 - VIII ZR 3/82 = WM 1983, 766 = NJW 1984, 1552 unter A I 2 c; Urteil vom 21. Februar 1991 - III ZR 204/89 = VersR 1991, 788; Zöller/Greger aaO § 256 Rdnr. 7 a). Für eine solche Fallgestaltung ist hier indessen nichts ersichtlich. Zwar hat die Klägerin die Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten für allen Schaden begehrt, der ihr aus der vom Beklagten in der Zeit vom 28. Juni 1991 bis 30. September 1991 ausgeübten Tätigkeit für Konkurrenzunternehmen entstanden ist "und noch entstehen wird". Ein feststellbarer Zukunftsschaden aufgrund einer noch nicht abgeschlossenen Schadensentwicklung kommt hier indessen nicht in Betracht. Zwar mögen der Klägerin durch die verbotswidrige Konkur-

renzvertretung des Beklagten auch Folgeaufträge solcher Kunden entgangen sein, die der Beklagte bei vertragstreuem Verhalten ihr zugeführt hätte. Ein solcher Zukunftsschaden wird sich indessen allenfalls im Wege einer Schadensprognose nach § 287 ZPO ermitteln lassen. Eine konkrete Schadensfeststellung durch Beobachtung des weiteren Schadensverlaufs, die allein es rechtfertigen könnte, zunächst von einer Leistungsklage abzusehen, kommt unter solchen Umständen nicht in Betracht.

III. Widerklage, soweit vom Berufungsgericht zuerkannt:

1. Das Berufungsgericht hat zugunsten des Beklagten einen restlichen Provisionsanspruch von 10.809,88 DM errechnet und hierzu ausgeführt:

Die Klägerin schulde ihren Handelsvertretern auch für die auf der Messe "Gastro Rostock" vermittelten Geschäfte die Neukundenprovision von 5 % und grundsätzlich auch die Abschlußprovision in Höhe von 12 %. Eine Einschränkung gelte nur für Weine und Sekte der sogenannten "K.-Ausstattung", für die vereinbarungsgemäß nur 3 % Abschlußprovision und keine Neukundenprovision zu zahlen seien. Hinsichtlich der Neukundenprovision sei von einem Auftragsvolumen von 212.981,45 DM auszugehen, weil ein Messeumsatz nur in dieser Höhe schlüssig dargelegt sei. Hiervon abzuziehen seien der Auftrag K.betriebe R. in Höhe von 144.765 DM und von dem Auftrag H. S. ein Teilbetrag von 12.360 DM, weil diese sich auf Lieferungen in "K.-Ausstattung" bezögen. 5 % Neukundenprovision stehe den auf der

Messe eingesetzten vier Vertretern der Klägerin deshalb nur aus einem Auftragsvolumen von 55.856,45 DM (212.981,45 DM abzüglich 144.765 DM und 12.360 DM) zu. Der hiervon auf den Beklagten entfallende 1/4-Anteil betrage 698,21 DM. Für den Auftrag H. G. im Gesamtwert von 317.838 DM, für den der Provisionssatz 12 % betrage, stehe dem Beklagten eine Provisionsdifferenz von 5.187,11 DM zu.

Neukundenprovision könne der Beklagte schließlich auch für diejenigen Geschäfte fordern, die er nach der Messe "Gastro Rostock" bis zum 30. Juni 1990 im Gebiet der damaligen DDR allein vermittelt habe. Bei einem unstreitigen Auftragswert von 98.491,27 DM schulde ihm die Klägerin insoweit 4.924,56 DM.

Diese frühestens im Laufe des Jahres 1990 entstanden und mit Zustellung der Widerklage am 31. Januar 1992 rechtshängig gemachten Ansprüche seien nicht verjährt. Die Verjährung richte sich nach § 88 HGB, denn die in § 15 des Handelsvertretervertrages vorgesehene Verjährungsregelung sei unwirksam, weil sie den Handelsvertreter gegenüber dem Unternehmer hinsichtlich des Verjährungsbeginns benachteilige.

2. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision stand.

a) Dem Grunde nach wendet sich die Revision allein dagegen, daß das Berufungsgericht dem Beklagten 4.924,56 DM Neukundenprovision für die im Anschluß an die Messe "Gastro Rostock" auf dem Gebiete der damaligen DDR vermittelten Ge-

schäfte zuerkannt hat. Für diese Geschäfte, so meint die Revision, ergebe sich aus der Zusatzvereinbarung vom 2. August 1989 kein Anspruch auf Neukundenprovision, denn die Zusatzvereinbarung beziehe sich ebenso wie die Provisionsregelung des am gleichen Tage abgeschlossenen Handelsvertretervertrages nur auf "geschützte Kunden", zu denen Kunden in der damaligen DDR nicht zählten. Für die im Anschluß an die Messe "Gastro Rostock" vermittelten DDR-Geschäfte bestehe überdies deshalb kein Rechtsanspruch auf Provisionszahlung, weil der Beklagte sich über die mit Rundschreiben Nr. 14 vom 27. März 1990 ausgesprochene Weisung der Klägerin hinweggesetzt habe, Geschäftsabschlüsse in der DDR zu unterlassen. Daß die Klägerin für solche Geschäfte gleichwohl Abschlußprovision bezahlt habe, rechtfertige nicht die Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, hierfür sei auch Neukundenprovision geschuldet.

Mit diesen Rügen dringt die Revision nicht durch.

Es mag zwar sein, daß dem Beklagten nach den Bestimmungen des Handelsvertretervertrages und der Zusatzvereinbarung vom 2. August 1989 Abschluß- und Neukundenprovisionen nur für "geschützte Kunden", d.h. solche mit Wohnsitz in dem dem Beklagten zugewiesenen Tätigkeitsgebiet Hamburg zustehen sollten. Das Berufungsgericht konnte aber dem späteren Verhalten der Parteien im Wege tatrichterlicher Auslegung ohne Rechtsfehler entnehmen, daß die Provisionspflicht einvernehmlich auf die von dem Beklagten außerhalb seines Tätigkeitsgebietes in der damaligen DDR geworbenen Kunden ausgedehnt worden ist. Hinsichtlich der Abschlußprovisionen zieht dies auch die Revision nicht in Zweifel. Hat aber die

Klägerin für Geschäfte mit DDR-Kunden Abschlußprovisionen gezahlt, obwohl nach § 7 Abs. 1 des Handelsvertretervertrages ein Anspruch auf Abschlußprovision nur für Geschäfte mit "geschützten Kunden" bestand, so ist die Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, neugeworbene DDR-Kunden seien auch hinsichtlich der Neukundenprovision wie "geschützte Kunden" zu behandeln, zumindest möglich und daher als tatrichterliche Auslegung einer konkludent zustande gekommenen Individualvereinbarung für die Revisionsinstanz bindend.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die in § 15 des Handelsvertretervertrages geregelte Abkürzung der Verjährungsfrist sei unwirksam, weil § 15 Abs. 3 die Klägerin hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist einseitig bevorzuge, steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Auffassung des Schrifttums (BGHZ 75, 218; BGH, Urteil vom 10. Mai 1990 - I ZR 175/88 = WM 1990, 2085; Staub/Brüggemann aaO § 88 Rdnr. 3; Hopt aaO § 88 Rdnr. 9).

Welche Folgen sich daraus für den Bestand der Abkürzungsregelung im übrigen ergeben, bedarf keiner Vertiefung, denn § 15 Abs. 2 des Handelsvertretervertrages hält auch für sich allein betrachtet der Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht stand.

aa) Allerdings ist allgemein anerkannt, daß die vierjährige Verjährungsfrist des § 88 HGB bei Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Handelsvertreter und Unternehmer abgekürzt werden kann, wenn und soweit billigenwerte Interessen zumindest einer der Vertragsparteien

eine angemessene Beschränkung der Verjährungsfrist rechtfertigen (BGHZ 75, 218, 220; BGH, Urteil vom 10. Mai 1990 - I ZR 175/88 = WM 1990, 2085 unter I 3; OLG Hamm NJW-RR 1988, 674; OLG Celle NJW-RR 1988, 1064, 1065). Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 10. Mai 1990 aaO) hat mit Zustimmung des Schrifttums (Hopt aaO § 88 Rdnr. 9; H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 7. Aufl., Anh. §§ 9 - 11 Rdnr. 416; M. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl., § 9 Rdnr. H 105) in einem nicht nach dem AGB-Gesetz beurteilten Handelsvertretervertrag eine Abkürzung der vierjährigen Verjährungsfrist des § 88 HGB auf sechs Monate für rechtswirksam gehalten, wenn für den Beginn des Laufs der abgekürzten Frist die Kenntnis von der Anspruchsentstehung Voraussetzung ist.

bb) Hier geht es demgegenüber um die Beurteilung einer Verjährungsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers, bei der die vierjährige Verjährungsfrist des § 88 HGB zwar weniger einschneidend - auf 12 statt auf 6 Monate - abgekürzt, der Lauf der abgekürzten Frist aber bereits mit der Fälligkeit des Anspruchs und ohne Rücksicht auf die Kenntnis von der Anspruchsentstehung beginnen soll. Diese Regelung benachteiligt die Vertragspartner der Klägerin unangemessen und ist deshalb nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam, denn sie kann zur Folge haben, daß Ansprüche des Handelsvertreters verjähren, bevor dieser von ihrer Existenz Kenntnis erlangt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 10. Mai 1990 aaO unter I 3).

Nach dem Inhalt des von der Klägerin verwendeten formularmäßigen Handelsvertretervertrages können Provisionsan-

sprüche des Handelsvertreters entstehen, fällig werden und verjähren, ohne daß dieser von ihrer Existenz erfährt und ohne daß die Klägerin die Provisionen abgerechnet hat: Nach § 3 Nr. 2 und § 7 Nr. 1 Satz 1 hat der Handelsvertreter Anspruch auf Provision auch für solche Geschäfte mit für ihn geschützten Kunden, die ohne seine Mitwirkung zustande gekommen sind. Fällig werden seine Provisionsansprüche gemäß § 8 Nr. 3 allein durch Zeitablauf nach Kaufpreiszahlung seitens des Kunden. § 11 verpflichtet die Klägerin zwar zu monatlicher Provisionsabrechnung; für den Eintritt der Fälligkeit der Provisionsansprüche kommt es indessen - anders als in dem vom Bundesgerichtshof am 10. Mai 1990 entschiedenen Fall (aaO unter I 2) - auf die Provisionsabrechnung nicht an. Besteht nach der Vertragsgestaltung mithin die Möglichkeit, daß Provisionsansprüche entstanden und fällig geworden sind, ohne daß der Handelsvertreter von ihrer Existenz erfährt, und soll nach § 15 Abs. 2 allein die Fälligkeit eines Anspruchs den Lauf der Verjährungsfrist auslösen, so besteht die naheliegende Gefahr, daß Ansprüche des Vertreters verjähren, ohne daß dieser (rechtzeitig) von ihrer Existenz erfährt. Diese Gefahr besteht freilich auch dann, wenn die gesetzliche Regelung des § 88 HGB an die Stelle des § 15 Abs. 2 tritt, denn auch sie setzt keine Kenntnis des Vertreters voraus. Allerdings hat dieser bei einer vierjährigen Verjährungsfrist erheblich größere Chancen, von fälligen, nicht abgerechneten Provisionsansprüchen Kenntnis zu erlangen, als dies bei einer Frist von nur einem Jahr der Fall ist. Ein rechtlich aner kennenswertes Interesse der Klägerin an einer derartigen Vertragsgestaltung ist nicht zu erkennen.

Die Unangemessenheit der Verjährungsregelung nach § 15 Abs. 2 des Handelsvertretervertrages wird nicht dadurch kompensiert, daß dem Vertreter in Fällen schuldhaft unrichtiger oder unvollständiger Provisionsabrechnungen Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin zustehen können. Ein derartiger Sekundäranspruch gleicht die unangemessene Verkürzung der Verjährungsfrist schon deswegen nicht hinreichend aus, weil er verschuldensabhängig ist und daher versagt, soweit Provisionsabrechnungen ohne der Klägerin zuzurechnendes Verschulden - etwa aufgrund eines entschuldbaren Rechtsirrtums über die Provisionspflichtigkeit bestimmter Geschäfte - unvollständig sind.

cc) Mit einem anderen, den Handelsvertreter weniger benachteiligenden und deshalb u.U. zulässigen Inhalt kann die Verjährungsklausel in § 15 des Handelsvertretervertrages nicht aufrechterhalten werden. Voraussetzung hierfür ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß eine Klausel sich inhaltlich und sprachlich in einen zulässigen und einen unzulässigen Regelungsteil trennen läßt und der zulässige Teil ohne sprachliche Umgestaltung oder Ergänzung als eigenständige und sinnvolle Regelung aufrechterhalten werden kann (BGHZ 93, 29, 37, 48 ff; 106, 19, 25 ff; Senatsurteil vom 20. Januar 1993 - VIII ZR 10/92 = WM 1993, 660 unter II 6 b m.Nachw.; einschränkend BGH, Urteil vom 18. Mai 1995 - IX ZR 108/94 = WM 1995, 1397 unter B II 4 b). Eine solche Trennung ist hier nicht möglich. Die Klausel läßt sich auch nicht in anderer Weise ohne unzulässige geltungserhaltende Reduktion (dazu z.B. BGHZ 106, 259, 267; 124, 254, 262) auf einen noch zulässigen Inhalt zurückführen.

dd) Ist die Verjährungsregelung nach § 15 des Handelsvertretervertrages mithin insgesamt unwirksam, so richtet sich die Verjährung der mit der Widerklage verfolgten Provisionsansprüche nach § 88 HGB (§ 6 Abs. 2 AGBG). Das Berufungsgericht hat demnach mit Recht angenommen, daß die vierjährige Verjährung, die für die hier in Streit stehenden Ansprüche frühestens mit Ablauf des Jahres 1990 begonnen hat, durch die Erhebung der Widerklage am 31. Januar 1992 unterbrochen worden ist.

B. Anschlußrevision des Beklagten

I. Mit der Anschlußrevision wendet sich der Beklagte zum einen dagegen, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung der Provisionsansprüche für die auf der Messe "Gastro Rostock" vermittelten Geschäfte einen Anspruch auf Neukundenprovision nur für einen Teil des Messeumsatzes in Höhe von 55.856,45 DM anerkannt hat. Er meint, Neukundenprovision schulde die Beklagte aus dem gesamten Messeumsatz von 364.675,27 DM. Das gelte auch für den in "K.-Ausstattung" zu liefernden Teil des Auftrages der H. G. im Wert von 87.299 DM.

Ferner begehrt der Beklagte restliche Abschlußprovision für den Auftrag H. G., für den die Klägerin nur 3 % Abschlußprovision gezahlt hat. Das Berufungsgericht habe, so macht er geltend, den vollen Provisionssatz von 12 % zu Unrecht auf den in "G.-Ausstattung" zu liefernden Teil des Auftrags (230.539 DM) beschränkt; 12 % Abschluß-

provision schulde die Klägerin auch aus den restlichen 87.299 DM für den in "K.-Ausstattung" zu liefernden Teil des Auftrages. Das Berufungsgericht habe die Erklärungen des Beklagten im Verhandlungstermin vom 3. November 1994 verfahrensfehlerhaft als Zugeständnis gewertet, für Weine und Sekte in "K.-Ausstattung" sei vereinbarungsgemäß nur eine Abschlußprovision von 3 % ohne Neukundenprovision zu zahlen. Bei dieser Erklärung sei es nicht um den Auftrag der H. G., sondern um den der K.betriebe R. gegangen, für den eine Sondervereinbarung gegolten habe.

II. Diesen Angriffen hält die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht stand.

1. Die Anschlußrevision beanstandet mit Recht, daß das Berufungsgericht den Auftrag H. G. bei der Berechnung der dem Beklagten zustehenden Neukundenprovision in vollem Umfang unberücksichtigt gelassen hat. Das Berufungsgericht begründet dies damit, der auf den Auftrag H. G. entfallende Umsatz von 317.838 DM könne nicht in dem vom Beklagten mit 364.675,27 DM angegebenen Gesamtumsatz der Messe "Gastro Rostock" enthalten sein, weil der durch Urkunden belegte Messeumsatz sich ohne den Auftrag H. G. schon auf 212.981,45 DM belaufe. Daran ist richtig, daß die Summe der Aufträge, aus denen sich nach der Darstellung des Beklagten der Messeumsatz zusammensetzt, den von ihm angegebenen Gesamtumsatz erheblich übersteigt. Dies kann indessen nicht dazu führen, den Auftrag H. G. bei der Berechnung der Neukundenpro-

vision gänzlich unberücksichtigt zu lassen. Das Berufungsgericht entnimmt der Zusatzvereinbarung der Parteien vom 2. August 1989, daß die Handelsvertreter der Klägerin ohne räumliche Beschränkung Anspruch auf Neukundenprovision für jeden von ihnen veranlaßten Erstauftrag haben. Es hat sich ferner nicht davon zu überzeugen vermocht, daß für DDR-Geschäfte eine abweichende Vereinbarung getroffen worden sei. Demgemäß hat es dem Beklagten Neukundenprovision für alle auf der Messe "Gastro Rostock" geschlossenen Verträge

- ausgenommen solche über Weine und Sekte in "K.-Ausstattung" - und für alle weiteren DDR-Geschäfte zuerkannt, die der Beklagte im Anschluß an die Messe bis zum 30. Juni 1990 vermittelt hat. Aus welchem Grunde hiervon der Auftrag H. G. - soweit er nicht Ware in "K.-Ausstattung

betrifft - ausgenommen sein soll, ist den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen. Der Auftrag wurde

- auch nach der Darstellung der Klägerin - auf der Messe "Gastro-Rostock" erteilt. Für die dort getätigten Umsätze schuldet die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aber Abschluß- und Neukundenprovision in vertraglich bestimmter Höhe. Danach hat der Beklagte Anspruch auf anteilige Neukundenprovision (1/4 von 5 %) auch für den in "G.-Ausstattung" zu liefernden Teil des Auftrages H. G., der sich auf 230.539 DM beläuft. Dies ergibt zugunsten des Beklagten einen Betrag von 2.881,74 DM.

2. Erfolg hat auch die Verfahrensrüge der Anschlußrevision. Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist nicht zu entnehmen, wodurch der Beklagte zugestanden haben soll, daß für Weine und Sekte in "K.-Ausstattung" vereinbarungsge-

mäß nur 3 % Abschlußprovision ohne Neukundenprovision zu zahlen seien. Der Sitzungsniederschrift über die Berufungsverhandlung vom 3. November 1994 ist eine Erklärung dieses Inhalts nicht zu entnehmen. Die einzige dort protokollierte Erklärung des Beklagten beschränkt sich auf den Auftrag der K.betriebe R.. Für die anderen Aufträge, darunter den der H. G., wollte der Beklagte nach der protokollierten Erklärung diese Einschränkung dagegen gerade nicht gelten lassen. Die Klägerin schuldet daher für sämtliche DDR-Aufträge mit Ausnahme desjenigen der K.betriebe R. die vertraglich vereinbarte Abschluß- und Neukundenprovision. Hieraus ergeben sich zugunsten des Beklagten Ansprüche auf anteilige Abschlußprovision von weiteren 9 % und auf anteilige Neukundenprovision von 5 % aus der auf die "K.-Ausstattung" entfallenden Teilsumme des Auftrages H. G. in Höhe von 87.299 DM, das sind zusammen $(87.299 \text{ DM} \times 9 \% \times 1/4 = 1.964,23 \text{ DM} + 87.299 \text{ DM} \times 5 \% \times 1/4 = 1.091,23 \text{ DM})$ 3.055,46 DM.

3. Dem Beklagten stehen somit weitere Provisionsansprüche von insgesamt 5.937,20 DM zu. Da die mit der Anschluß-

revision weiterverfolgte Widerklage mit 5.824,45 DM hinter dieser Summe zurückbleibt, war ihr in vollem Umfang stattzugeben.

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch

Dr. Beyer

Ball