

sie im Unterschied zu dieser nur solchen Klagenormen entgegenstehen kann, die ausschließlich den Kläger schützen. Außerdem besteht nicht in jedem Fall von *unclean hands* ein Abwehrzusammenhang.

Es kann daher nicht gesagt werden, die eine Einwendung mache die andere überflüssig.

*(5) Abgrenzung der (allgemeinen) Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung zur Einwendung der wettbewerbliehen *unclean hands**

Gegenüber der im UWG in derselben Weise wie in sonstigen Rechtsgebieten zur Anwendung kommenden Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung wird überwiegend die Einwendung der wettbewerbliehen *unclean hands* gesondert behandelt¹²⁵⁾.

Die erstere gründet ihr Urteil, die Rechtsverfolgung seitens des Klägers widerspreche Treu und Glauben, auf allgemeine Gerechtigkeitsgesichtspunkte, nicht auch auf das besondere Wettbewerbsverhältnis und die Eigenarten des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Sie setzt lediglich voraus, daß der Kläger seinen UWG-Anspruch im Widerspruch zu seinem eigenen Vorverhalten oder in mißbräuchlicher Art und Weise — z. B. nur zum Nachteil des Beklagten — oder zur Durchsetzung einer unredlich erlangten Position geltend macht.

Die Einwendung der *unclean hands* konkretisiert den Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben für die spezifisch wettbewerbliehen Situation, daß gerade Konkurrenten einander auf Einhaltung der Spielregeln überwachen und zugleich der Versuchung ausgesetzt sind, diese selbst zu durchbrechen. Die Einwendung besagt, daß nicht derjenige dazu berufen ist, einem anderen wettbewerbswidriges Verhalten vorzuwerfen, der in engem Zusammenhang damit sich dem anderen gegenüber selbst wettbewerbswidrig verhält.

Dieser Gesichtspunkt begegnet im Wettbewerbsrecht als typischer und häufigster aller Fälle, in denen es darum geht, ob die klägerische Rechtsverfolgung im Einklang mit Treu und Glauben steht¹²⁶⁾. Das verhält sich nicht zufällig so, sondern entspricht der schon erwähnten Interessenlage des Konkurrenten im wirtschaftlichen Wettbewerb: Ihm winken Wettbewerbsvorteile, wenn einerseits er sich über hemmende Spielregeln hinwegsetzt, andererseits seine Mitbewerber an dieselben gebunden bleiben.

Die Möglichkeit und Tendenz, eine solche Ungleichbehandlung zum eigenen Vorteil zu erreichen, kennzeichnet den wirtschaftlichen Wettbewerb. Dieser Gefahr zu begegnen, ist Aufgabe des Wettbewerbsrechts. Das geschieht u. a. dadurch, daß derartige Verhalten unter dem Begriff „Vorsprung durch Rechtsbruch“ als unlauter nach § 1 UWG bekämpft wird. Derselbe Gedanke liegt auch der *unclean hands*-Einwendung zugrunde. Sie will nämlich verhindern, daß ein Wettbewerber die besagte Ungleichbehandlung zu seinen Gunsten sogar im Klagewege durchsetzt. Der Einwendung wohnt somit ein Gleichheitsgedanke inne¹²⁷⁾, welcher der Eigenart des wirtschaftlichen Wettbewerbs Rechnung trägt.

Im Einklang mit diesem besonderen wettbewerbliehen Grundgedanken unterliegt die Einwendung der *unclean hands* einer besonderen Voraussetzung. Diese ist: ein eigenes wettbewerbswidriges Verhalten des Klägers dem Beklagten gegenüber in bestimmtem Zusammenhang mit dessen wettbewerbswidrigem Verhalten.

Es erscheint daher gerechtfertigt, der allgemeinen Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber die Einwendung der wettbewerbliehen *unclean hands* als eine besondere wettbewerbliehen Einwendung zu sehen und zu behandeln.

(wird fortgesetzt)

Dr. jur. Robert Schweizer — Marie-Louise Heldrich
Rechtsanwälte in München*)

Überhangprovision des Handelsvertreters für sogenannte gestorbene Geschäfte

1. Das Problem

Bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes haben v. Brunn u. a.¹⁾ angekündigt: Eine Norm wie § 87 III muß zu vielen Streitigkeiten Anlaß geben. Ungeklärt ist u. a., ob auch für — in der Praxis häufig so genannte — gestorbene Geschäfte²⁾, die noch Auftrag werden, eine Überhangprovision³⁾ in Betracht kommen soll. Für gestorbene Geschäfte fällt generell keine Überhangprovision an, wenn sie nicht mehr „innerhalb einer angemessenen Frist“⁴⁾ im Sinne des § 87 III abgeschlossen werden können. Rechtsprechung, Lehre und Gesetzesmaterialien⁵⁾ befassen sich nicht mit dieser Problematik. Es wird sich zeigen, daß das Verständnis für das Tatbestandsmerkmal „innerhalb einer angemessenen Frist“ vertieft werden muß. Dabei ergeben sich auch Lösungen für die meisten anderen Problemgruppen. Das gilt insbesondere für die den gestorbenen Geschäften verwandten Geschäfte, zum Beispiel für die von einem Auftragsvergabestop von unbestimmter Dauer erfaßten Projekte, für die die Beteiligten noch eine Auftragserteilung erwartet haben.

Beispiele:

Fall 1. Ein Handelsvertreter hatte ein Geschäft abschlußreif vorbereitet. Die Vertragsbedingungen lagen fest. Zum Zustandekommen des Geschäftes stand nur noch die abschließende Erklärung des Geschäftspartners aus. Bis zu dieser Vermittlung⁶⁾ ist die Akquisition wie üblich verlaufen. Bei dem vermittelten Geschäft handelte es sich um ein Projekt, bei dem „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ nur Wochen, höchstens zwei bis drei Monate „zwischen Vermittlung und Abschluß liegen“⁷⁾. Zum 31. 12. 1974 wurde das Vertragsverhältnis des Handelsvertreters beendet. Kurz nach der Vermittlung und noch vor Beendigung des Vertragsverhältnisses teilte der Interessent mit, er könne aus wirtschaftlichen Gründen von dem Angebot keinen Gebrauch machen; falls wider Erwarten

*) in Kanzlei Dr. Schweizer Dr. Weninger & Partner, München.

1) J. H. v. Brunn, Reform des Rechts der Handelsvertreter — Ein Beitrag zur Gestaltung eines Gesetzentwurfs, Berlin und Köln 1953, S. 24; G. und D. Reinicke, Auslegungsfragen zum neuen Recht der Handelsvertreter, NJW 1953, 1609 ff. (1611).

2) In den Einzelheiten wird der Begriff „gestorbene Geschäfte“ im allgemeinen Sprachgebrauch nicht einheitlich verwendet. Diese Abhandlung versteht unter gestorbenen Geschäften solche Projekte, bei denen die Auftragserteilung im Laufe des Akquisitionsverfahrens zu einer Zeit so unwahrscheinlich wird, daß die Beteiligten mit einer Auftragserteilung nicht mehr rechnen. Auch in dieser Erläuterung sind noch Einzelheiten offen. Inwieweit diese offenen Einzelheiten Bedeutung gewinnen, ergibt sich aus den jeweiligen Ausführungen.

3) Sprachlogisch ist der Begriff inkorrekt, vgl. Schröder, Recht der Handelsvertreter, 5. Aufl., RdNr. 43 zu § 87.

4) Die Anwendung der weiteren Voraussetzungen („Wenn er es vermittelt hat oder es eingeleitet und so vorbereitet hat, daß der Abschluß überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist“) kann in diesem Zusammenhang offen bleiben.

5) Die „Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches (Recht der Handelsvertreter)“, die Quelle, aus der sich noch am ehesten die Motive ergeben, erklärt (Bundestagsdrucksache I. Wahlperiode Nr. 3856, zu E. § 87 III. 1. am Ende; veröffentlicht bspw. auch bei v. Brunn a.a.O. S. 92):

„Der Provisionsanspruch des ausgeschiedenen Handelsvertreters ist nach Absatz 3 außerdem von der Voraussetzung abhängig, daß das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen wird. Diese Einschränkung beruht jedenfalls auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Sie soll zu einer raschen Abwicklung des Vertragsverhältnisses beitragen. Sie gilt auch für ein von dem ausgeschiedenen Handelsvertreter vermitteltes Geschäft. Für diesen mag hierin eine gewisse Härte liegen. Sie muß im Interesse einer beschleunigten Abwicklung hingenommen werden. Wann das Geschäft noch innerhalb einer angemessenen Frist abgeschlossen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.“

6) Zum Begriff Vermittlung vgl. Schröder a.a.O., RdNr. 46 zu § 87.

7) Ein Kriterium, auf das bspw. Schröder a.a.O., RdNr. 48 zu § 87 III, abstellt.

doch noch ein Bedarf entstehen sollte, werde man sich wieder an das Unternehmen wenden. Unternehmer und Handelsvertreter stellten ihre Akquisitionsbemühungen daraufhin im wesentlichen ein. Im Januar 1979 greift der Interessent auf seine alten Pläne zurück. Am 14. 3. 1979 schließen Interessent und Unternehmer den Vertrag ab. Niemand wird auf den Gedanken kommen, dem Handelsvertreter eine Überhangprovision, also den Provisionsanspruch nach § 87 III HGB, zuzugestehen; niemand wird annehmen, daß im Sinne des § 87 III „das Geschäft (noch) innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden ist“.

Fall 2. Wie Fall 1, nur: das Geschäft wurde nicht Ende 1974, sondern Ende 1970 vermittelt. Anfang 1975 griff der Interessent auf die alten Pläne zurück, und am 14. 3. 1975 erteilte er den Auftrag, also zweieinhalb Monate nach Ausscheiden des Handelsvertreters. Soll der Handelsvertreter in diesem Fall noch eine Provision nach § 87 III erhalten? Sollen also Fall 1 und Fall 2 unterschiedlich beurteilt werden? Der Wortlaut des § 87 III könnte eine unterschiedliche Beurteilung veranlassen. Er stellt darauf ab, ob „das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des (Handelsvertreter-)Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden ist“. Zwischen Beendigung des Vertragsverhältnisses und Geschäftsabschluß liegen im Fall 1 über vier Jahre, im Fall 2 dagegen nur zwei Wochen. Widerspricht eine Unterscheidung aber nicht der Regelungsabsicht des Gesetzes? Will das Gesetz nicht auf die Frist zwischen Abschluß der Akquisitionsbemühungen und Geschäftsabschluß abstellen? Diese Frist ist in beiden Fällen gleich groß.

2. Klärung durch Rechtsauslegung?

21 Zunächst drängt sich auf zu argumentieren: Das Problem kann durch Auslegung (also innerhalb des möglichen Wortsinns⁸⁾) gelöst werden. § 87 III spricht von „innerhalb einer angemessenen Frist“. Innerhalb dieses Tatbestandsmerkmals können die besonderen Umstände gestorbener Projekte berücksichtigt werden. Die Materialien bekräftigen diese Ansicht. Sie erklären⁹⁾: „Wann das Geschäft noch innerhalb einer angemessenen Frist abgeschlossen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.“ Bei sogenannten gestorbenen Projekten ist die Frist kürzer zu bemessen als bei einem üblichen Verlauf der Auftragsvergabe. Je länger die letzten rechtsrelevanten Akquisitionsbemühungen zurückliegen, desto kürzer ist die angemessene Frist. Im Einzelfall kann die Frist bei gestorbenen Projekten aufgrund der besonderen Umstände nur wenige Tage betragen.

22 Diese Argumentation überzeugt aber nicht: Um wieviel kürzer ist im Einzelfall die Frist zu bemessen? Einzelne halten schon generell eine 0-Frist für „gerecht und billig“¹⁰⁾. Sie halten § 87 III insgesamt für unangemessen. Sie vertreten die Ansicht, § 89 b könne bereits die Interessen der Beteiligten gerecht ausgleichen, und das Alles-oder-nichts-Prinzip¹¹⁾ vernachlässige die berechtigten Interessen des Nachfolgers und des Unternehmers, wenn der Vorgänger unter bestimmten Voraussetzungen noch Provision für ein Geschäft erhält, das erst nach seinem Ausscheiden abgeschlossen worden ist. Nach dieser Meinung ist schon fraglich, ob es zu § 87 III überhaupt denkbare eine „angemessene Frist“ geben kann. Dieses Bedenken läßt sich evtl. noch durch Empirische Rechtsforschung klären¹²⁾. Es wird aber nach der Regelungsabsicht des Gesetzes¹³⁾ auf jeden Fall gestorbene Projekte geben, für die überhaupt keine Frist bei Beendigung des Vertragsverhältnisses zu laufen beginnt.

Beispiel, weitgehend wie oben 1., Fall 2: Ein Auftrag hätte nach üblichem Geschäftsgang schon seit Jahren erteilt werden müssen. Seit Jahren rechneten Unternehmer und Handelsvertreter nicht mehr mit einer Auftragserteilung. Als das (Handelsvertreter-)Vertragsverhältnis beendet wurde, betrachteten beide das Geschäft schon längst nicht mehr als schwebend, auch nicht in ihren optimistischen Auftragsengangsprognosen. Kurz

vor und nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erklärte der (frühere) Interessent, er erwäge nicht, einen Auftrag zu erteilen.

23 In diesem Beispielfall handelt es sich nach der Regelungsabsicht des § 87 III¹⁴⁾ nicht mehr um ein Geschäft, das noch innerhalb angemessener Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden kann. Der Wortsinn des § 87 III setzt jedoch voraus, daß begrifflich jedes Geschäft¹⁵⁾ noch „innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen“ werden kann¹⁶⁾.

8) Der mögliche Wortsinn (die Bedeutung im Sprachgebrauch) bildet die Grenze der Auslegung, vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1975), S. 332, 309 f., 350.

9) Vgl. oben Fußn. 5.

10) Zum Beispiel v. Brunn a.a.O., S. 29 f. und S. 25: „Als vorbildlich kann hier die Bestimmung in Art. 19 Abs. 1 des Schweizerischen Agenturvertrags-Gesetzes gelten. Danach besteht ein Provisionsanspruch nur, wenn die Bestellung vor Beendigung des Agenturvertrages eingelaufen ist, sofern nichts anderes vereinbart oder üblich ist. Diese Regelung bringt eine gerechte und billige Verteilung auf die einzelnen Vertreter und macht der Praxis in der Anwendung keine Schwierigkeiten.“

11) § 87 I S. 2 bestimmt bekanntlich: „Ein Anspruch auf Provision besteht für ihn (den neuen Handelsvertreter) nicht, wenn die Provision nach Absatz 3 dem ausgeschiedenen Handelsvertreter zusteht.“

12) Vgl. Schweizer, Empirische Kartellrechtsforschung, WRP 1975, S. 408 ff. Die Entstehungsgeschichte und die in der Praxis bestehenden Unsicherheiten in der Rechtsauslegung bilden übrigens ein Musterbeispiel für die Notwendigkeit Empirischer Rechtsforschung im Gesetzgebungsverfahren. Gewichtige Stimmen hielten, wie erwähnt, die in § 87 III getroffene Regelung schlechthin für unangemessen. Es war (und ist) demnach fraglich, ob der ausfüllungsbedürftige Wertungsmaßstab „angemessene Frist“ überhaupt — für § 87 III — ausfüllungsfähig ist. Ausfüllungsbedürftige Wertungsmaßstäbe werden durch das allgemeine Rechtsbewußtsein, durch die Wertvorstellungen der Allgemeinheit ausgefüllt, vgl. Schweizer a.a.O., S. 411 Anm. 55. Wenn § 87 III aber nicht dem allgemeinen Rechtsbewußtsein oder dem Rechtsbewußtsein der beteiligten Verkehrskreise entsprechen sollte, könnte der ausfüllungsbedürftige Wertungsmaßstab „innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ nicht ausgefüllt werden.

13) Dazu ausführlicher unten 32.12.

14) Unten 32.12.

15) Das der ausgeschiedene Handelsvertreter „vermittelt oder es so eingeleitet und so vorbereitet hat, daß der Abschluß überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist“ (§ 87 III).

16) Etwas anderes gilt, wenn als möglicher Wortsinn noch akzeptiert wird: Die Worte „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ unterstellen nicht, daß ab Beendigung des Vertragsverhältnisses für jedes Geschäft eine Frist läuft. Diese Worte können ihrem Wortsinn nach auch betonen: die Frist „soll zu einer raschen Abwicklung des Vertragsverhältnisses beitragen“ (vgl. Fußn. 5). Auch wenn für den ausgeschiedenen Handelsvertreter darin eine gewisse Härte liegen mag (a.a.O.), so muß doch für die gerade noch zum Abschluß anstehenden Geschäfte umgehend „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ der Abschluß erfolgen. Für gestorbene Geschäfte läuft keine Frist mehr. Das gleiche gilt für ruhende oder sich dahinschleppende Geschäfte, für die eine angemessene Abschlußfrist ohnehin schon abgelaufen ist. Für die anderen Geschäfte, für die noch eine Frist läuft, muß darauf abgestellt werden, daß der Abschluß nach Vertragsbeendigung angemessen rasch erfolgt. Es kann bspw. nicht berücksichtigt werden, daß die ersten Akquisitionsphasen ungewöhnlich rasch verlaufen sind. Es darf deshalb die nach Beendigung des Vertragsverhältnisses noch zu bewältigende Phase in solchen Fällen nicht großzügig betrachtet werden. Auch in diesen Fällen muß „zu einer raschen Abwicklung des Vertragsverhältnisses“ (a.a.O.) das Geschäft umgehend nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden.

Mit anderen Worten: Der Zusatz „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ erweitert nach seinem Wortsinn nicht. Er schränkt ein. Die Geschäfte, für die keine angemessene Abschlußfrist mehr läuft, will er nicht — erweiternd — wieder aufgreifen. Er bezieht sich vielmehr nur auf die Geschäfte, für die noch eine Abschlußfrist läuft. Für diese will er klarstellen: das Vertragsverhältnis muß schnell abgewickelt werden. Für die noch relevanten Geschäfte erhält der Handelsvertreter nur dann noch eine Provision, wenn sie — auf das jeweilige Geschäft bezogen — schnell nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden. Oder nochmals anders ausgedrückt: § 87 III spricht von „einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ und nicht von einer Frist ab Beendigung des Verhältnisses. Die Worte „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ sollen nur Absatz 3 gegenüber den Absätzen 1 und 2 abgrenzen. Absatz 3 gilt für Geschäfte, die nach Beendigung des Verhältnisses abgeschlossen werden; die Absätze 1 und 2 betreffen dagegen Geschäfte, die noch vor Auflösung des Handelsvertretervertrages zustande kommen.

Wenn dieser Wortsinn als möglich akzeptiert wird, muß nach den bekannten rechtsmethodischen Kriterien ausgelegt werden. Bspw. muß dann durch Auslegung ermittelt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen auch für Geschäfte, die bei Vertragsbeendigung ruhen, eine Überhangprovision in Betracht kommt. Die Ergebnisse einer solchen Auslegung müssen mit den Ergebnissen der Lückenausfüllung (unten 31.2) übereinstimmen, weil für Auslegung und Lückenausfüllung die gleichen Kriterien gelten (Larenz a.a.O., S. 351).

24 Folglich ist die oben 21 erwogene Rechtsauslegung nach den Grundsätzen des *argumentum e contrario*, zumindest des *argumentum ad absurdum*, unzulässig¹⁷⁾.

25 Im Einzelfall wird allerdings argumentiert werden können: Es kann dahinstehen, ob für gestorbene Projekte überhaupt noch eine Frist im Sinne des § 87 III läuft. Jedenfalls schwebt die Auftragserteilung gegenüber dem üblichen Gang der Auftragsvergabe schon so lange, daß — wenn man überhaupt annehmen möchte, daß noch eine Frist zu laufen begonnen hat — die „angemessene Frist“ im Sinne des § 87 III außerordentlich kurz zu bemessen ist. Folglich reicht ein Geschäftsabschluß, der erst Monate nach Ausscheiden des Handelsvertreters erfolgt, nicht aus. Somit besteht auf jeden Fall kein Anspruch auf Überhangprovision.

26 Nahe liegt auf den ersten Blick auch diese Überlegung: 26.1 § 89 b soll nach allgemeiner Meinung einen Vorteilsausgleich für die vom Unternehmer noch nicht voll abgeholte Leistung des Handelsvertreters schaffen¹⁸⁾. Er soll — wie § 87 III auch — die Vorteile aus Geschäften erfassen, die nach Ausscheiden des Handelsvertreters abgeschlossen werden. Dementsprechend führen die Gesetzesmaterialien aus: „Er (der Unternehmer) kann weiterhin aus Geschäften mit diesen Kunden wirtschaftlichen Gewinn ziehen...“, zum anderen durch Einsparung der für Nachbestellungen nach § 87 Abs. 1 S. 1 dem Handelsvertreter zustehenden Provision. Denselben Nutzen zieht der Unternehmer nach Ausscheiden des Handelsvertreters aus den von diesem getätigten Geschäften, sofern der Handelsvertreter für diese noch nicht die volle Provision erhalten hat. Dies ist bei den erwähnten, sich über eine längere Zeitspanne erstreckenden Geschäften vor allem dann der Fall, wenn durch eine entsprechende Vereinbarung (wie z. B.: „mit Beendigung des Vertragsverhältnisses erlischt der Anspruch auf Provision“) der Provisionsanspruch des Handelsvertreters ausgeschlossen wird. Daß der Unternehmer für diese Vorteile, die ihm nur dadurch zuteil werden, daß der Handelsvertreter ausscheidet, einen Ausgleich zu zahlen hat, ist gerechtfertigt¹⁹⁾.“

26.2 Dementsprechend wurde auch bereits vor Inkrafttreten des § 87 III herausgestellt: „Für das beim Ausgleichsanspruch festgelegte Tatbestandsmerkmal des Verlustes von Provisionsansprüchen aus bereits abgeschlossenen Geschäften ist das Verhältnis des § 87 III über die Provisionsansprüche des ausgeschiedenen Vertreters zu § 89 b über den Ausgleichsanspruch damit insofern klar, als *entweder der eine oder andere Anspruch dem Vertreter zustehen muß*. Die Abdingbarkeit des Anspruchs auf Provisionen aus bereits abgeschlossenen, aber erst nach Beendigung des Vertreterverhältnisses abgewickelten Geschäften ist damit ziemlich bedeutungslos²⁰⁾.“

26.3 Ein nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zustandekommes Geschäft soll also entweder durch § 87 III oder durch § 89 b erfaßt werden. Folglich steht dem Handelsvertreter jedenfalls dann keine Überhangprovision zu, wenn der Ausgleichsanspruch nach § 89 b bereits vor Geschäftsabschluß festgelegt worden ist. Diese Meinung wird dadurch bekräftigt, daß sonst die in den Gesetzesmaterialien geäußerte Regelungsabsicht unverwirklicht bliebe; nämlich die Absicht, daß die Einführung des Tatbestandsmerkmals „angemessene Frist“ zu einer raschen Abwicklung des Vertragsverhältnisses beitragen soll²¹⁾.

26.4 Diese Rechtsauslegung erfaßt jedoch nur die Geschäfte, die nach Vereinbarung eines Ausgleichs nach § 89 b abgeschlossen wurden oder werden. Ungeklärt bleiben noch die zwischen Vertragsbeendigung und Ausgleichvereinbarung abgeschlossenen Geschäfte. Das gilt vor allem für die schon oben 22 beschriebenen Geschäfte, für die es nach der Regelungsabsicht des Gesetzes überhaupt keine „angemessene Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ gibt; die also eine Einschränkung des § 87 III über dessen möglichen Wortsinn²²⁾ hinaus verlangen.

27 Somit kann das Problem nicht durch Auslegung, sondern nur durch Lückenfeststellung und Lückenausfüllung gelöst werden.

3. Klärung durch Lückenfeststellung und Lückenausfüllung

31 Die rechtsmethodischen Grundsätze²³⁾

31.1 Im Gesetz besteht bekanntlich eine Lücke, wenn das Gesetz planwidrig fehlerhaft ist. Planwidrig (und nicht nur rechtspolitisch) fehlerhaft ist das Gesetz, wenn nach der ihm zugrundeliegenden Wertung eine Regelung erwartet werden muß, eine Regelung aber nicht getroffen worden ist²⁴⁾. Von einer offenen Lücke spricht man, wenn das Gesetz auch nicht scheinbar eine Regelung enthält. Eine verdeckte Lücke liegt vor, wenn das Gesetz zwar dem Wortsinn nach eine Regelung trifft, diese (dem Wortsinn entsprechende) Regelung aber der dem Gesetz zugrundeliegenden Wertung widerspricht. Es gibt sog. anfängliche und nachträgliche Lücken. Die anfänglichen Lücken können dem Gesetzgeber — eine weitere begriffliche Unterscheidung — bewußt oder unbewußt gewesen sein.

Für die hier besprochene Problematik kommt in Betracht: Es liegt eine Lücke vor, weil der Wortlaut auf eine „angemessene Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ abstellt und damit sämtliche Geschäfte einbezieht; und zwar beispielsweise auch solche Geschäfte, die gerade seit angemessener Frist schon „gestorben“ sind. Diese Lücke ist verdeckt, weil die Rechtsfrage dem Wortlaut des § 87 III nach zwar geregelt wird, der Wortlaut aber nach der dem Gesetz immanenten Teleologie eingeschränkt werden muß; und zwar in diesem Sinne: „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ ist zu streichen²⁵⁾. Die verdeckte Lücke ist anfänglich und — weil die Regelungsbedürftigkeit vom Gesetzgeber übersehen wurde — unbewußt.

31.2 Lückenausfüllung²⁶⁾

Die verdeckte Lücke wird durch sog. teleologische Reduktion²⁷⁾ der Norm ausgefüllt. Die teleologische Reduktion muß die von der dem Gesetz zugrundeliegenden Wertung her erforderlichen Einschränkungen des Wortsinns vornehmen²⁸⁾. Die dem Gesetz zugrundeliegende Wertung ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm oder dem vorrangigen Sinn und

17) Vgl. Klug, Juristische Logik, Berlin u. a. 1966, S. 137 f.; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. (1959), § 56 III; Larenz a.a.O. (Anm. 6), S. 376 f., 323.

18) Vgl. z. B. Baumbach-Duden, 20. Aufl., Anm. 1 A zu § 89 b; Begründung zum Entwurf a.a.O. (Fußn. 5) I 2 zu E § 89 b; bei v. Brunn a.a.O. abgedruckt S. 107.

19) Begründung a.a.O. (Fußn. 5), zu E § 89 b I 2 am Ende; bei v. Brunn S. 108.

20) Vgl. v. Brunn a.a.O., S. 35.

21) Vgl. oben Fußn. 5. Zur Verbindlichkeit der Regelungsabsicht des Gesetzgebers, vgl. unten Fußn. 53. Zur Verbindlichkeit der Rechtsinterpretation vor Erlass einer Gesetzesänderung nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers, vgl. bspw. Urteil des BSG 21, 68 = SozR Nr. 5 zu § 1252 RVO.

22) Vgl. aber oben Fußn. 16.

23) Grundlegend Larenz a.a.O. (Fußn. 8), S. 354 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

24) Davon zu unterscheiden ist, daß der mögliche Wortsinn mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zuläßt (und der mögliche Wortsinn nach den bekannten Auslegungskriterien ausgelegt werden muß). Vgl. auch oben Fußn. 8.

25) Einschränkung durch Weglassen von Worten! Mangels anderer Anhaltspunkte muß nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen schon aufgrund dieses außergewöhnlichen Umstandes eine Lücke vermutet werden, wenn man noch bedenkt: wie bereits mehrfach erwähnt, soll das Tatbestandsmerkmal „innerhalb einer angemessenen Frist“ dazu beitragen, das Vertragsverhältnis schnell abzuwickeln. Die Materialien geben auch nicht andeutungsweise einen Hinweis darauf, daß durch Einführung der Worte „Beendigung des Vertragsverhältnisses“ die Abwicklung des Vertragsverhältnisses hinausgeschoben werden soll. Im Gegenteil. Das Gesetz will, soweit hier von Bedeutung, die im Entwurf 1940 getroffene Regelung sanktionieren; und im Entwurf 1940 fehlen gerade die Worte „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“; vgl. dazu unten 32.12.

26) Vgl. Larenz a.a.O., S. 377 ff.

27) Häufig wird auch von Restriktion gesprochen.

28) Nach dem „Gebot, Ungleiches ungleich zu behandeln“ (Larenz a.a.O., S. 378).

Zweck einer anderen Norm, aus der sog. Natur der Sache oder aus einem für eine bestimmte Fallgruppe vorrangigen, dem Gesetz immanenten Prinzip²⁹).

32 Lösung

32.1 Die dem Gesetz zugrundeliegende Wertung

32.11 Rechtsprechung und Schrifttum

a) Unbestritten soll das Tatbestandsmerkmal „angemessene Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“, wie erwähnt, aus „Zweckmäßigkeitserwägungen zu einer raschen Abwicklung des Vertragsverhältnisses beitragen“³⁰). Dieser Beitrag zu einer raschen Abwicklung soll nach allgemeiner Meinung³¹) dadurch erzielt werden: Der ausgeschiedene Handelsvertreter soll die Provision nur dann erhalten, wenn das Geschäft bis zu der Zeit abgeschlossen ist, bis zu der ein Geschäftsabschluß „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“³²) für Geschäfte dieser Art erwartet werden kann; und zwar ist abzustellen auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge seit der letzten rechtsrelevanten Tätigkeit des Handelsvertreeters.

Anders ausgedrückt: Ein Anspruch kommt nicht mehr in Betracht, wenn die Zeit überschritten ist, bis zu der — betrachtet für den Zeitraum seit der letzten rechtsrelevanten Tätigkeit des Handelsvertreeters — „üblicherweise“³³) ein Geschäft dieser Art abgeschlossen wird. Es kommt darauf an, wann „nach Art und Inhalt des vermittelten oder eingeleiteten oder vorbereiteten Geschäfts unter Berücksichtigung der insoweit üblichen Behandlung von Anschlußverhandlungen“³⁴) ein Auftrag „üblicherweise“ erteilt wird. Dementsprechend nimmt das Schrifttum beispielsweise an, daß die Frist für einen Anspruch nach § 87 III in der Regel (nur) bis zum Erscheinen der neuen Muster läuft, wenn es sich um saisonbedingte Waren handelt³⁵). Und dementsprechend stellt der BGH³⁶) darauf ab, ob nach der letzten rechtsrelevanten Tätigkeit „dann innerhalb einer angemessenen Frist die endgültige Bedarfsdeckung nach diesen Mustern erfolgt“.

b) Rechtsprechung und Literatur stellen allerdings die dem Gesetz zugrundeliegende Wertung und die sich daraus ergebenden Folgen nicht in dieser umfassenden Form dar: Sie sprechen nicht zusammenhängend Beginn, Dauer und Ende der Frist, sondern immer nur Teilaspekte an. Der BGH geht a.a.O.³⁷) auf den *Beginn* der Frist ein: Der Anspruch auf die Überhangprovision soll bestehen, wenn die Handlungen „nach den Gepflogenheiten des betreffenden Geschäftszweiges und der Absicht der Beteiligten der Erforschung des Bedarfs dienen sollen und wenn dann innerhalb einer angemessenen Frist die endgültige Bedarfsdeckung erfolgt“. Der BGH erwähnt nicht, daß die Frist auch mit Beendigung des Vertragsverhältnisses zu laufen beginnen könnte. Maßgeblich ist für den BGH, daß der Handelsvertreter den Abschluß des Geschäfts bis zu einem bestimmten Stadium vorangetrieben hat „und dann das Geschäft innerhalb einer angemessenen Zeit“ abgeschlossen worden ist. Die *Dauer* der Frist bespricht der BGH a.a.O. nicht. „Die Gepflogenheiten des betreffenden Geschäftszweiges und die Absicht der Beteiligten“ nennt er in anderem Zusammenhang. Die Entscheidungsgründe lassen nur vermuten, daß der BGH für die Dauer der Frist darauf abgestellt hätte, ob das Geschäft bis zu der Zeit abgeschlossen worden ist, bis zu der ein Geschäftsabschluß „nach den Gepflogenheiten des betreffenden Geschäftszweiges und der Absicht der Beteiligten“, „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ erwartet werden konnte.

Das Schrifttum setzt sich mit dem Beginn der Frist nicht expressis verbis auseinander³⁸), sondern nur mit ihrer *Dauer*.

Außerungen zur Dauer der Frist:

— „In der Lebensmittelbranche sind z. B. kürzere Zeiträume angemessen als bei der Lieferung von Werkzeugmaschinen“³⁹).

— „Maßstab kann nur die Eigenart des angebahnten Geschäfts sein, wenn die Vorschrift noch einen vertretbaren Sinn haben soll“⁴⁰).

— „Welche Frist angemessen ist, bestimmt sich nach Art und Inhalt des Geschäfts“⁴¹).

— „Welche Frist angemessen ist, bestimmt sich nach Art und Inhalt des vermittelten oder eingeleiteten oder vorbereiteten Geschäfts unter Berücksichtigung der insoweit üblichen Behandlung von Abschlußverhandlungen. Werden derartige Geschäfte üblicherweise schnell nach der Vermittlung (Einleitung und Vorbereitung) abgeschlossen, so ist auch die im Sinne des Abs. 3 angemessene Frist nur eine sehr kurze Frist. Die Frist kann andererseits sehr geräumig sein, wenn es sich um Geschäfte handelt, bei denen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine geräumige Frist zwischen Vermittlung (Einleitung und Vorbereitung) und Abschluß liegt“⁴²).

— Das Tatbestandsmerkmal „dient der beschleunigten Absicherung der Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmer und dem ausgeschiedenen Handelsvertreter“⁴³).

Diese Äußerungen des Schrifttums zur Dauer der Frist können nur so verstanden werden: Wenn überhaupt, dann ist die Frist jedenfalls nicht länger als die Zeit zwischen der letzten rechtsrelevanten Tätigkeit des Handelsvertreeters und dem (juristischen) Zeitpunkt, zu dem nach „Handelsbrauch, Ortsüblichkeit und dem Charakter des Geschäfts“, „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“, „üblicherweise“ mit einem Abschluß des angebahnten Geschäfts gerechnet werden kann.

Aus diesen Äußerungen läßt sich ferner mittelbar schließen, daß es zum *Beginn* der Frist — wie der BGH — an den kontinuierlichen Geschäftsgang anknüpfen und auf die letzte relevante Leistung des Handelsvertreeters abstellen will. Mit anderen Worten: Die Frist dauert — wie ausgeführt — nach dem Schrifttum (jedenfalls) nicht länger als die Zeit zwischen der letzten rechtsrelevanten Tätigkeit des Handelsvertreeters und dem Geschäftsabschluß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge. Sinn und Zweck der Frist verlangen, daß der Beginn der Frist nicht auf die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinausgeschoben wird. Die Frist beginnt nach dem Sinn und Zweck der letzten rechtsrelevanten Tätigkeit des Handelsvertreeters. Daß das Schrifttum diese Auffassung vertritt, wird

29) Wie oben 31.1 ausgeführt, setzt bereits die Feststellung einer verdeckten Lücke voraus, daß die Wertung des Gesetzes festgestellt wird. Mit der Feststellung der Gesetzeslücke ergibt sich damit in der Regel auch bereits die Lückenausfüllung. Larenz a.a.O., S. 388 f., und Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 32.

30) Vgl. oben Fußn. 5.

31) Vgl. unten b.

32) Vgl. Schröder a.a.O., RdNr. 48.

33) Vgl. Schröder a.a.O.

34) Vgl. Schröder a.a.O.

35) Vgl. Schröder a.a.O. mit Hinweis auf die Gutachten der IHK.

36) Rechtsatz des Urteils vom 14. 10. 1957 — II ZR 129/56 — DB 1957, 1068; Handelsvertreterrecht, Entscheidungen und Gutachten, Nr. 174 und — allerdings ohne den hier zitierten Rechtsatz — BB 1957, 1086. Vollständig lautet der Rechtsatz: „Eine Einleitung und Vorbereitung eines Geschäfts im Sinne von § 87 Abs. 3 HGB liegt auch dann vor, wenn durch Vermittlung des Handelsvertreeters vor Beendigung seines Vertragsverhältnisses einem Kunden Muster verkauft worden sind, die nach den Gepflogenheiten des betreffenden Geschäftszweiges und der Absicht der Beteiligten nur der Erforschung des endgültigen Bedarfs des Kunden dienen sollen und wenn dann innerhalb einer angemessenen Frist die endgültige Bedarfsdeckung nach diesen Mustern erfolgt.“

37) Fußn. 36.

38) In der Regel verweist die Literatur aber auf das Urteil des BGH vom 14. 10. 1957, vgl. z. B. Knapp, Das Recht der Handelsvertreter, Frankfurt a. M., 1974, Anm. 8 zu § 87. Kein Schriftsteller wendet sich gegen das BGH-Urteil.

39) Bandasch, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 5 b zu § 87.

40) Heymann-Kötter, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. (21. Gesamtauflage), Anm. 3 zu § 87.

41) Giefers, Recht des Handelsvertreeters, Freiburg i. Br. 1965, S. 118.

42) Vgl. Schröder a.a.O., RdNr. 48.

43) Heymann-Kötter a.a.O.; ähnlich bspw. Giefers a.a.O.: „Mit der Fristsetzung soll der Entlohnung des Handelsvertreeters für die Nachwirkungen seiner Tätigkeit eine Grenze gezogen werden.“

der unbefangene Leser schon daraus schließen, daß es unbestritten darauf abstellt, ob „derartige Geschäfte üblicherweise *nach der Vermittlung (Einleitung und Vorbereitung) abgeschlossen werden*“ oder „es sich um Geschäfte handelt, bei denen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine geräumige Frist *zwischen Vermittlung (Einleitung und Vorbereitung) und Abschluß* liegt“. Außerdem weist das Schrifttum einhellig darauf hin, daß die angemessene Frist des § 87 III für solche Geschäfte länger ist, bei denen der Geschäftsabschluß üblicherweise längerer Vorbereitungszeit bedarf. Das Schrifttum erwägt an keiner Stelle, daß für Geschäfte mit längerer Vorbereitungszeit die angemessene Frist kürzer sein könne als für Geschäfte mit kürzerer Vorbereitungszeit. Diese Erwägung würde sich aber aufdrängen, wenn die Frist erst mit Beendigung des Vertragsverhältnisses zu laufen beginnen sollte. Diese Erwägung hat sich so stark aufgedrängt, daß aus dem Schweigen geschlossen werden muß: Die Frist beginnt nach Ansicht des Schrifttums selbstverständlich mit der letzten rechtsrelevanten Leistung des Handelsvertreters.

Ein Beispiel:

Für Geschäfte einer bestimmten Art (1) dauert die Vorbereitungszeit, gerechnet ab dem ersten Akquisitionsgespräch, üblicherweise eineinhalb Jahre, für Geschäfte einer anderen Art (2) üblicherweise 1 Jahr. Ein Geschäft 1 wurde am 1. 1. 1971 angebahnt, ein Geschäft 2 am 1. 10. 1973. Beendigung des Vertragsverhältnisses 31. 12. 1974. Soll für Geschäft 1 die angemessene Frist im Sinne des § 87 III länger sein als für Geschäft 2? Diese Frage ist nur dann nicht offenkundig, wenn die Frist selbstverständlich mit der letzten rechtsrelevanten Tätigkeit des Handelsvertreters beginnt.

Rechtsprechung und Schrifttum gehen somit von der oben a) dargestellten rechtlichen Wertung des Gesetzes aus.

32.12 Diese rechtliche Wertung trifft zu. Wenn Rechtsprechung und Schrifttum eine andere rechtliche Wertung des Gesetzes annähmen, könnte ihnen nicht gefolgt werden: § 87 III geht auf § 8 des Entwurfes eines Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Handelsvertreter und Handelsreisenden (Handelsvertretergesetz) von 1940 zurück⁴⁴⁾. Dieser Entwurf bestimmt in § 8: „Erfolgsvergütung für nachträgliche Geschäfte. Für ein Geschäft, das erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zustande gekommen ist, gebührt dem Handelsvertreter eine Erfolgsvergütung, wenn er es vermittelt hat oder wenn der Abschluß hauptsächlich auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist und innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt⁴⁵⁾.“

Der Entwurf enthielt also nicht den Zusatz, der die hier diskutierten Probleme im wesentlichen erst hervorruft. Der Entwurf bestimmt, daß der Abschluß innerhalb angemessener Frist erfolgen muß. Von einer angemessenen Frist „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ ist keine Rede und schon gar nicht von einer Frist *ab* Beendigung des Verhältnisses (zur Unterscheidung von *nach* und *ab*, vgl. Fußn. 16).

Die Gesetzesmaterialien zum Gesetz vom 6. August 1953 geben keinen Hinweis darauf, daß mit der Einführung des Zusatzes „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ die Regelungsabsicht des Entwurfes von 1940 hätte geändert werden sollen. M. a. W.: Das Gesetz vom 6. 8. 1953 übernimmt den Entwurf von 1940. Es fügt aber die Worte „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ hinzu. Dieser Zusatz schafft erst weitgehend die hier diskutierten Probleme. In den Materialien ist mit keinem Wort erwähnt, warum dieser Zusatz eingeführt worden ist. Sie erwähnen nicht einmal, daß er eingeführt worden ist⁴⁶⁾.

Allein schon aus diesem Grunde muß man davon ausgehen, daß es sich nur um ein Redaktionsversehen handelt. Der Zusatz „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ ist — muß vermutet werden — aufgenommen worden, weil es sich um einen nach Beendigung des Vertragsverhältnisses entstehenden Anspruch handelt. Es wurde aber nicht bedacht, daß dadurch

Rückschlüsse auf den Beginn der Laufzeit der angemessenen Frist gezogen werden könnten.

Es kommt hinzu: Zum Entwurf 1940 hat Dietz, der an den Gesetzgebungsarbeiten beteiligt war, klargestellt, daß auf den Handelsbrauch (zum Geschäftsabschluß) abgestellt werden muß⁴⁷⁾. Es wurde also zum Entwurf 1940 die Meinung vertreten, die Rechtsprechung und Schrifttum auch zum geltenden Recht vertreten⁴⁸⁾.

Es kommt weiter hinzu: Die Materialien zum Gesetz vom 6. 8. 1953 betonen, wie erwähnt, daß die Frist eingeführt worden ist, um sicherzustellen, daß das Vertragsverhältnis rasch abgewickelt werden kann. Man muß somit davon ausgehen, daß das Gesetz den Zusatz „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ nicht hinzugefügt hat, um die Abwicklung doch wieder unmotiviert hinauszuschieben. Dieses Ergebnis wird bekräftigt, wenn man die Begründung zum Entwurf im Zusammenhang liest: „Diese Einschränkung beruht jedenfalls auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Sie soll zu einer raschen Abwicklung des Vertragsverhältnisses beitragen. Sie gilt auch für ein von dem ausgeschiedenen Handelsvertreter vermitteltes Geschäft. Für diesen mag hierin eine gewisse Härte liegen. Sie muß im Interesse einer beschleunigten Abwicklung hingenommen werden⁴⁹⁾.“ Es widerspräche jeder Lebenserfahrung, wollte man annehmen, der Gesetzgeber habe trotz dieser Motive durch die Einführung des Zusatzes „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ in beachtlichem Umfang die Einschränkung wieder aufheben wollen⁵⁰⁾.

Die von Rechtsprechung und Schrifttum ermittelte rechtliche Wertung⁵¹⁾ entspricht somit dem Willen des Gesetzgebers. Dieser Wille des Gesetzgebers ist grundsätzlich verbindlich⁵²⁾.

Die von Rechtsprechung und Schrifttum ermittelte rechtliche Wertung trifft also zu.

32.2 Zusammenfassung, Ergänzung der von Rechtsprechung und Schrifttum ermittelten rechtlichen Wertung, Konsequenzen für gestorbene Projekte

32.21 Der Anspruch auf eine Überhangprovision besteht jedenfalls⁵³⁾ nur, wenn das Geschäft innerhalb der Zeit zustande kommt, in der nach Handelsbrauch ein Geschäftsabschluß erwartet wird. Eine längere Frist kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber selbst auf den Handelsbrauch abstellt und das Ziel, eine rasche Abwicklung zu erreichen, eher eine Verkürzung denn eine Verlängerung der Frist verlangt.

32.22 Wenn im Einzelfall das Geschäft von der Kontaktaufnahme bis zum Geschäftsabschluß nach Handelsbrauch, also

44) G. u. D. Reinicke an dem in Anm. 1 a.O., S. 1609 1. Sp.

45) Veröffentlicht in Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht Nr. 17 (1940).

46) Vgl. insbes. v. Brunn an dem in Fußn. 1 a.O., S. 26 ff., 91 f.

47) Vgl. Dietz, Denkschrift zum Entwurf, in Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, S. 88.

48) Vgl. oben 32.11.

49) Vgl. oben Fußn. 5.

50) Vgl. dazu das Beispiel oben 22.

51) Oben 32.11 a.

52) Vgl. Larenz a.a.O., S. 302 ff., 315 ff., 333; aus der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang besonders interessant, bei Larenz S. 317 f. erwähnt, BGHZ 28, 144 ff.: Umstellung des Wortes „regelmäßig“ in § 197 BGB mit Auswirkung auf den Wortsinn ohne Änderung der Regelungsabsicht des Gesetzgebers.

53) Ob die Frist kürzer bemessen werden muß, kann hier dahinstehen. Für eine Abkürzung spricht: das einschränkende Tatbestandsmerkmal „angemessene Frist“ beruht — wie schon mehrfach erwähnt — auf Zweckmäßigkeitserwägungen und soll zu einer raschen Abwicklung des Vertragsverhältnisses beitragen, auch wenn darin für den Handelsvertreter „eine gewisse Härte liegen mag“. Gegen eine Abkürzung spricht, daß ausreichende Kriterien für eine Abkürzung fehlen. Empirische Rechtsforschung liegt nicht vor. Außerdem ist nicht ausgeschlossen, daß insoweit die Empirische Rechtsforschung keine besseren Daten liefern kann. Mit Rücksicht darauf, daß Rechtsnormen möglichst leicht erkennbar und durchführbar sein sollen, vgl. Fußn. 61, wird man deshalb von einer Abkürzung absehen.

wie üblich, verläuft, kann beliebig von jedem (juristischen) Zeitpunkt an die Frist bemessen werden. Beispiel:

In der Regel dauert es von der ersten Kontaktaufnahme an 2 Jahre, bis bestimmte Maschinen erstmals an einen neuen Kunden verkauft werden. Die ersten Sachgespräche finden üblicherweise nach drei Monaten statt. Nach einem Jahr trifft der Interessent seine Grundsatzentscheidung zugunsten des Projekts. Sechs Monate nimmt die Detailplanung in Anspruch. Dann beginnen die wesentlichen Finanzverhandlungen, also nach 1½ Jahren. Sie dauern drei Monate. Die abschließenden Vertragsverhandlungen und unternehmensinterne Entscheidungen und Sitzungen von Aufsichtspersonen beanspruchen nochmals drei Monate. In diesem Beispiel ist es im Ergebnis gleichgültig, ob die Frist ab erster Kontaktaufnahme berechnet wird oder ab einem späteren Zeitpunkt. Wenn sie ab erster Kontaktaufnahme berechnet wird, dauert sie zwei Jahre. Wenn sie beispielsweise mit der Grundsatzentscheidung des Interessenten beginnt, dauert sie ein Jahr. Sie läuft jedenfalls⁵⁴⁾ nach zwei Jahren ab.

32.24 Wenn einzelne Phasen zwischen Kontaktaufnahme und Geschäftsabschluß unüblich verlaufen, darf nicht beliebig ein Zeitpunkt gewählt und dann festgestellt werden, ob von diesem Zeitpunkt ab die übliche Akquisitionsdauer eingehalten oder überschritten worden ist. Ein Beispiel:

Üblicherweise werden für bestimmte Geschäfte drei Jahre benötigt, bis das Geschäft abgeschlossen wird. Die Akquisition zerfällt in sechs Phasen: Jede Phase dauert bei gewöhnlichem Lauf der Dinge sechs Monate. Im zu beurteilenden Einzelfall verläuft die Akquisition insofern unüblich, als die ersten fünf Phasen aufgrund günstiger Umstände in zusammen sechs Monaten erledigt werden und die letzte Phase 2½ Jahre dauert. Das Unternehmen hat diesen unüblichen Verlauf nicht zu vertreten. Die Kontaktaufnahme erfolgt am 1. 5. 1970, die letzte rechtsrelevante Tätigkeit des Handelsvertreters: 1. 11. 1970. Zum 31. 12. 1970 scheidet der Handelsvertreter aus. Das Geschäft wird am 1. 4. 1973 abgeschlossen. Wäre die letzte Phase wie üblich verlaufen, hätte das Geschäft zum 1. 5. 1971 abgeschlossen werden können. Soll für die Dauer und den Beginn der Frist allgemein auf die übliche Zeit zwischen Kontaktaufnahme und Geschäftsabschluß abgestellt werden? Dann wäre der Abschluß vom 1. 4. 1973 innerhalb angemessener Frist erfolgt. Oder soll der Verlauf beispielsweise seit der letzten Tätigkeit des Handelsvertreters oder seit seinem Ausscheiden maßgeblich sein? Dann läge der Abschluß vom 1. 4. 1973 weit nach Abschluß der angemessenen Frist.

Die Antwort kann mit größerer Verbindlichkeit die Empirische Rechtsforschung geben⁵⁵⁾. Solange keine durch Empirische Rechtsforschung ermittelte Daten vorliegen, ist ausschlaggebend:

Das Tatbestandsmerkmal soll zu einer raschen Abwicklung des Vertragsverhältnisses beitragen⁵⁶⁾, ebenso wie beispielsweise § 89 b IV S. 2, der bestimmt: „Er (der Ausgleichsanspruch nach § 89 b) ist innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses geltend zu machen.“ Außerdem ist zu berücksichtigen, daß das einzelne Geschäft entweder durch § 87 III oder durch § 89 b erfaßt werden soll⁵⁷⁾. Mit dieser Wertung wäre unvereinbar, in dem angeführten Beispiel die angemessene Frist erst im ersten Halbjahr 1973 enden zu lassen. Von einer beschleunigten Abwicklung des Vertragsverhältnisses, das notfalls Härten gegenüber dem Handelsvertreter in Kauf nimmt, könnte keine Rede sein. Außerdem wäre das Geschäft im Regelfall bereits vom Ausgleichsanspruch des § 89 b erfaßt. Die Regelungsabsicht des Gesetzes würde u. U. von der Praxis auf den Kopf gestellt. Der Handelsvertreter könnte oder müßte daran interessiert sein, die Regulierung des Ausgleichsanspruches zu verzögern.

32.25 Der rechtsrelevante (juristische) Zeitpunkt für den Beginn der Frist.

Solange keine durch Empirische Rechtsforschung⁵⁸⁾ ermittelten Daten zur Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals vorliegen, ist entscheidend: welcher andere Zeitpunkt als die letzte rechtsrelevante⁵⁹⁾ Tätigkeit des Handelsvertreters sollte als Beginn der Frist gewählt werden?

Die erste Kontaktaufnahme scheidet aufgrund der Überlegungen oben 32.24 als Anknüpfungspunkt aus. Die erste Kontaktaufnahme kann auch nicht etwa mit diesem Zusatz als Anknüpfungskriterium dienen: wenn einzelne Akquisitionsphasen schneller als üblich abgelaufen sind, verkürzt sich die angemessene Frist entsprechend. Sonst würde u. U. selbst dann keine angemessene Frist mehr laufen, wenn der Handelsvertreter erst kurz vor seinem Ausscheiden das sich dahinschleppende Geschäft durch eine neue, besonders gelungene Initiative wieder vorangetrieben hätte.

Wenn man auf den Zeitpunkt der Kündigung oder auf die Beendigung des Vertragsverhältnisses abstellen wollte: Unternehmer und Handelsvertreter müßten sich für jedes Projekt bei den Interessenten erkundigen, wie denn das Geschäft steht; in welchem Stadium des üblichen Geschäftsganges sich das Geschäft denn befinde oder in welchem Stadium sich denn das Geschäft zur Zeit der Kündigung oder der Vertragsbeendigung befunden habe! Und angenommen, der Geschäftspartner würde antworten: „Das Projekt ruht.“ Dann müßten Unternehmer und Handelsvertreter rückfragen: Zur Errechnung der Dauer der angemessenen Frist nach § 87 III müssen wir wissen, in welchem Stadium das Projekt ruht. Sind beispielsweise die Finanzüberlegungen schon abgeschlossen oder ist mit ihnen noch nicht begonnen worden? Je nachdem, wie ihre Auskunft ausfällt, dauert die Frist evtl. drei Monate länger⁶⁰⁾. Oder wenn die Antwort des Geschäftspartners lautete: „Das Projekt ist gestorben.“ Dann müßten Unternehmer und Handelsvertreter rückfragen: In welchem Stadium befand sich das Geschäft, ehe es gestorben ist . . . !

Wird auf die letzte rechtsrelevante Tätigkeit des Handelsvertreters abgestellt, treten diese Schwierigkeiten nicht auf. Dieser Zeitpunkt macht die Norm am ehesten „leicht erkennbar und durchführbar“⁶¹⁾.

Es kommt hinzu: Kern der Regelungsabsicht des § 87 III ist, daß der ausgeschiedene Handelsvertreter die Provision erhalten soll, weil das Zustandekommen des Geschäfts ganz oder zumindest überwiegend ihm zu verdanken ist, und es dann „außerhalb seines Einflusses liegt, wann das Geschäft abgeschlossen wird“⁶²⁾. Die Frist soll (nur) — wie mehrfach erwähnt — aufgrund von „Zweckmäßigkeitserwägungen einschränken“⁶³⁾. Die Einschränkung eines Prin-

54) Vgl. Fußn. 53.

55) Vgl. Fußn. 12.

56) Vgl. oben Fußn. 5, Fußn. 43 et pass.

57) Oben 26.3.

58) Oben Fußn. 12.

59) Was darunter im einzelnen zu verstehen ist, kann hier dahinstehen. Auch hier entscheiden wieder die subjektiven und objektiv-teleologischen Kriterien. Reine Höflichkeitsbesuche werden jedenfalls nach diesen Kriterien grundsätzlich keine rechtsrelevante Tätigkeit darstellen.

60) Vgl. das Beispiel oben 32.22.

61) Vgl. zu diesem Grundprinzip der Normsetzung Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 56 III.

62) An dem in Fußn. 5 a.O., v. Brunn a.a.O., S. 91, erklärt die Begründung: „Der Handelsvertreter, der ein Geschäft vermittelt und so vorbereitet hat, daß es nach seinem Ausscheiden keiner besonderen Bemühungen seines Nachfolgers oder des Unternehmers bedurfte, um den Kunden zu dem Geschäftsabschluß zu bewegen.“

63) Praktische Erwägungen sprechen dafür, daß auch der Handelsvertreter die Provision allein erhält, der ein Geschäft eingeleitet und so vorbereitet hat, daß es nach seinem Ausscheiden keiner besonderen Bemühungen seines Nachfolgers oder des Unternehmers bedurfte, um den Kunden zu dem Geschäftsabschluß zu bewegen.“

64) Vgl. Fußn. 5.

65) Zum objektiv-teleologischen Kriterium des Bedeutungszusammenhangs, vgl. Larenz a.a.O., S. 311 ff.

66) Vgl. Fußn. 53.

67) Folgt man Fußn. 16: entsprechend dem Wortlaut.