



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 139/04

Verkündet am:  
19. Januar 2005  
P o t s c h ,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:           nein

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

HGB § 89 Abs. 3 Satz 1

Das Vertragsverhältnis wird nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit von beiden Teilen fortgesetzt und damit auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Handelsvertreter weiter für den Unternehmer tätig ist und dieser die vom Handelsvertreter beigebrachten Kundengeschäfte ausführt. Eine erneute Einigung oder ein fortdauerndes Einigsein der Parteien über sämtliche Bedingungen ihrer Zusammenarbeit ist nicht erforderlich.

BGB § 315

Mangels einer Provisionsvereinbarung und eines üblichen Provisionsatzes im Sinne von § 87b Abs. 1 HGB kann die dem Handelsvertreter vom Unternehmer geschuldete Provision nach § 315 BGB bestimmt werden.

BGH, Urteil vom 19. Januar 2005 - VIII ZR 139/04 - OLG Brandenburg  
LG Potsdam

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert, die Richter Dr. Beyer, Wiechers, Dr. Wolst sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 30. März 2004 werden zurückgewiesen.

Die Kosten der Revisionsinstanz tragen die Klägerin zu 13/50 und die Beklagte zu 37/50.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war seit August 1995 als Vertriebspartnerin für die Beklagte damit betraut, den Abschluß von Mobilfunk-Verträgen für das -Netz zu vermitteln und die hierfür erforderlichen Beratungsleistungen zu erbringen. Außerdem verkaufte sie an die gewonnenen Kunden Mobilfunktelefone, die sie von der Beklagten bezog.

Unter dem 6. Mai/27. Mai 1997 regelten die Parteien ihr Vertragsverhältnis durch eine bis zum 31. Dezember 1997 befristete Rahmenvereinbarung 019/97 neu. Nach Nr. 5.1 dieser Vereinbarung schuldete die Beklagte der Klä-

gerin ab dem 1. Mai 1997 für die Vermittlung von sogenannten -  
Teilnehmerverhältnissen - für die die Klägerin den Kunden nach Nr. 5.4 wahl-  
weise eine Mindestvertragslaufzeit von 12 oder 24 Monaten anbot - unter ande-  
rem folgende Prämien: eine Aktivierungsprämie von 330 DM je Teilnehmerver-  
hältnis, eine Leistungsprämie zwischen 15 DM und 50 DM je Karte abhängig  
von der Anzahl der monatlich vermittelten Karten, einen Quartalszielbonus von  
20 DM je Karte bei Erreichen des vereinbarten Quartalsziels und einen Jahres-  
bonus von 10 DM pro Karte bei Erreichen von 3600 -Teilnehmer-  
verhältnissen jährlich. Gemäß Nr. 11.5 der Vereinbarung sollten beide Parteien  
lediglich mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung  
gegen eine Forderung der anderen Partei aufrechnen können.

Bis in das Jahr 1997 bot die Beklagte nur sogenannte Laufzeitverträge  
an, bei denen der Kunde - nach vorheriger Bonitätsprüfung - einen unbefriste-  
ten Kartenvertrag mit einer Mindestlaufzeit abschließt und monatliche Rech-  
nungen über die nutzungsunabhängige Grundgebühr und die geführten Telefo-  
nate erhält. Die Beklagte hatte von 1994 bis zum Frühjahr 1997 600.000 Kun-  
den akquiriert und mußte, um die Mobilfunklizenz zu behalten, bis zum Ende  
des Jahres 1997 insgesamt eine Million Kunden nachweisen. Zur Zeit des Ab-  
schlusses der Rahmenvereinbarung 019/97 bereitete sie unter der Bezeichnung  
F. die Einführung eines Prepaid-Tarifs vor, bei dem dem Kunden zu-  
sammen mit einem Mobilfunktelefon eine Karte verkauft wird, auf der sich ein  
festgelegtes Guthaben befindet, welches der Kunde abtelefonieren kann, und  
die wieder aufgeladen werden kann. Seit der ersten Maiwoche 1997 führte die  
Beklagte Schulungsveranstaltungen zum F. Tarif durch, die ersten  
Verträge für diesen Tarif vermittelte die Klägerin im Juli 1997. Kurz vor der Be-  
klagten hatte im Februar 1997 die D. einen Prepaid Tarif auf  
den Markt gebracht, der dritte Mobilfunk-Anbieter in Deutschland, M.  
, folgte im Oktober 1997.

Mit einer vom 22. August 1997 datierenden 1. Ergänzung zur Rahmenvereinbarung übersandte die Beklagte der Klägerin - die den Zugang bestritten hat - wie auch ihren anderen Vertriebspartnern ein neues Prämienmodell, nach dem diese für die Vermittlung von -Teilnehmerverhältnissen mit der F. Card eine Aktivierungsprämie von 86 DM und für jede gelieferte F. Card eine Verwaltungsgebühr von 30 DM erhalten sollten. Leistungsprämien, Quartals- und Jahresboni sollten für diese Karten nicht gezahlt werden, sie sollten lediglich bei der Vorgabenmenge für diese Prämie und die Boni berücksichtigt werden. Diese Ergänzung zur Rahmenvereinbarung wurde von der Klägerin nicht unterzeichnet. Die Provisionsabrechnung der Beklagten für August 1997 beanstandete die Klägerin mit Schreiben vom 25. September 1997 hinsichtlich der Zahl der verprovisionierten Karten.

Nachdem die Parteien das Vertragsverhältnis über den 31. Dezember 1997 hinaus fortgeführt hatten, übersandte die Beklagte der Klägerin im Juni 1998 eine Rahmenvereinbarung Nr. 068/98 vom 13. Mai 1998, die für die Zeit vom 1. April 1998 bis 3. Dezember 1998 gelten sollte. Darin war ein Jahreszielbonus nicht mehr vorgesehen; für die Freischaltung und Registrierung der F. Card sollte nur noch eine Aktivierungsprämie von 60 DM gezahlt werden. Dieser Vertragsänderung widersprach die Klägerin mit Schreiben vom 22. Juni 1998. Unter dem 15. September 1998 sprach die Beklagte die Kündigung des Prämiensystems der Rahmenvereinbarung 1998 aus und kündigte zugleich zum 1. Oktober 1998 die Einführung eines neuen Prämienmodells an, nach dem sie auch keine Leistungsprämie und keinen Quartalszielbonus mehr auszahlen wollte. Dem widersprach die Klägerin mit Schreiben vom 7. Oktober 1998.

Die Klägerin vermittelte im Jahr 1998 insgesamt 9.187 Verträge, davon 7.150 im F. Tarif und 2.037 Laufzeitverträge. Sie kaufte bei der Be-

klagten insgesamt 8.202 F. Karten ein. Die Beklagte zahlte für die Laufzeitverträge Leistungsprämien und Quartalszielboni bis zum 30. September 1998, einen Jahreszielbonus gewährte sie dafür 1998 nicht. Für die im Jahr 1998 vermittelten F. Karten zahlte sie weder Leistungsprämien noch einen Quartals- oder Jahreszielbonus.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin in erster Linie restliche Leistungsprämien, Quartalszielboni und den Jahresbonus 1998 auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 sowohl für die 1998 vermittelten Laufzeitverträge als auch für die 1998 vermittelten F. Karten in Höhe von insgesamt 714.429 DM brutto nebst Zinsen verlangt. Hilfsweise hat sie ihre Klage auf die 1. Ergänzung zur Rahmenvereinbarung gestützt und für die 1998 vermittelten F. Karten - soweit von der Beklagten noch nicht gezahlt - die Aktivierungsprämie von 86 DM je Karte, insgesamt 214.121,40 DM brutto, sowie die Verwaltungsgebühr von 30 DM je gekaufte Karte, insgesamt 284.619,60 DM brutto, zusammen 498.741 DM beansprucht. Daneben hat sie für die im Jahr 1998 vermittelten Laufzeitverträge die Leistungsprämie und den Quartalszielbonus für das vierte Quartal 1998 sowie den Jahresbonus 1998, insgesamt 57.477,20 DM brutto, geltend gemacht. Im Berufungsverfahren hat sie äußerst hilfsweise die Klageforderung auf die Provisionsabrechnung der Beklagten für März 1999 in Höhe von 17.063,60 DM gestützt.

Die Beklagte hat hilfsweise die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von 283.620 DM erklärt und behauptet, die Klägerin beziehungsweise ihre Untervertriebspartner hätten in 1.586 Fällen gegenüber der Beklagten nur vorgegeben, F. Karten an Kunden vermittelt zu haben. Tatsächlich habe die Klägerin diese Karten teilweise als sogenannte Demokarten benutzt und sei im übrigen das Startguthaben dieser Karten auf einer einem Untervertriebspartner der Klägerin zur Verfügung stehenden 0190-Nummer ab-

telefoniert worden. In keinem Fall sei hinterher die Karte wieder aufgeladen worden. Für diese Karten habe sie deshalb vergeblich jeweils 60 DM Aktivierungsprämie, 20 DM Verwaltungsprämie und einen Werbekostenzuschuß von 20 DM gezahlt; sie seien auch zu Unrecht bei der Berechnung der Leistungsprämien und Quartalszielboni berücksichtigt worden, so daß insgesamt ein Prämienbetrag von 204.320 DM zu Unrecht an die Klägerin überwiesen worden sei. Außerdem habe sie das Guthaben von jeweils 50 DM auf diesen Karten, insgesamt 79.300 DM, verloren.

Weiter hilfsweise hat die Beklagte die Aufrechnung mit einem Betrag von 1.446,86 DM erklärt, den die Klägerin aus insgesamt fünf Demokartenverträgen für seit Januar 1999 noch offenstehende Gesprächsgebührenrechnungen schulde.

Das Landgericht hat der Klage auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 in vollem Umfang stattgegeben. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 459.018,20 DM (234.692,27 €) nebst Zinsen verurteilt worden ist. Dagegen wenden sich beide Parteien mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision. Die Klägerin begehrt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat, soweit für die Revisionsinstanz noch von Interesse, zur Begründung ausgeführt:

Der Klägerin stünden gemäß Nr. 5.1 der Rahmenvereinbarung 019/97 für die 1998 vermittelten Laufzeitverträge restliche Leistungsprämien, Quartalszielboni und der Jahresbonus in Höhe von insgesamt 57.477,20 DM zu. Die Parteien hätten die zunächst bis zum 31. Dezember 1997 befristete Rahmenvereinbarung, bei der es sich um einen Handelsvertretervertrag gemäß § 84 Abs. 1 HGB handele, über diesen Zeitpunkt hinaus fortgesetzt, so daß er nach § 89 Abs. 3 Satz 1 HGB als auf unbestimmte Zeit verlängert gelte. Eine einvernehmliche Änderung des in der Rahmenvereinbarung 019/97 vorgesehenen Prämienmodells sei nicht erfolgt. Die Beklagte habe das Prämienmodell auch nicht einseitig ändern können. Die Kündigung der Beklagten vom 15. September 1998, bei der schon zweifelhaft sei, ob sie (auch) im Hinblick auf die Rahmenvereinbarung von 1997 erklärt worden sei, habe jedenfalls im vierten Jahr der Zusammenarbeit der Parteien nach § 89 Abs. 1 Satz 1 HGB nur mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende erklärt und deshalb nicht vor dem 31. Dezember 1998 wirksam werden können; sie sei daher für die 1998 vermittelten Verträge ohne Bedeutung.

Die Klägerin habe dagegen keinen Anspruch auf Leistungsprämie, Quartalsziel- und Jahresboni für die Vermittlung des F. Produktes. Ein solcher Anspruch ergebe sich insbesondere nicht aus der Rahmenvereinbarung Nr. 019/97, die ausschließlich Laufzeitverträge, nicht aber unterschiedslos alle -Teilnehmerverhältnisse erfasse. In der Vereinbarung selbst sei bereits eine Differenzierung angelegt, indem für den sogenannten Profi-Tarif ein beson-

derer Bonus vorgesehen sei, den es für andere Tarife nicht gegeben habe. Außerdem setze die Vereinbarung in Nrn. 3.2 und 5.4 eine Unbedenklichkeitsprüfung durch die Beklagte und eine Mindestvertragslaufzeit von 12 beziehungsweise 24 Monaten voraus; beides habe für F. Karten nicht gegolten. Die Vereinbarung enthalte zudem keine Angaben über die von der Klägerin bei Vermittlung des F. Produktes zu zahlenden Bezugspreise für die Mobilfunktelefone und integrierten Startguthaben. Die in der Anlage zum Vertrag genannten Preise für Mobilfunktelefone zwischen 339 DM und 819 DM könnten sich nur auf Laufzeitverträge beziehen, weil die Pakete mit F. Karten einschließlich Mobilfunktelefon und Startguthaben von 50 DM für nur 149 DM an den Endkunden abgegeben worden seien und der Einkaufspreis der Handelsvertreter unter diesem Betrag gelegen haben müsse.

Auch die Umstände bei Vertragsabschluß sprächen nicht dafür, daß die Parteien den F. Tarif in die Provisionsregelung hätten einbeziehen wollen. Die Beklagte habe zu jener Zeit die Einführung dieses Tarifs zwar vorbereitet, die Markteinführung sei aber noch nicht erfolgt gewesen. Eine Auslegung der Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 nach Treu und Glauben führe ebenfalls zu dem Ergebnis, daß diese für die F. Karten nicht gelten könne, weil deren Einbeziehung in die Vereinbarung für die Beklagte zu unbilligen Ergebnissen führe. Die Klägerin habe die F. Pakete von der Beklagten für 129 DM netto, also bis zum 31. März 1998 für 148,35 DM brutto und danach wegen der Umsatzsteuererhöhung von 15 % auf 16 % für 149,64 DM brutto bezogen. Wenn die Beklagte der Klägerin Provisionen wie bei Laufzeitverträgen zahlen müßte, stünden - so das Berufungsgericht - ihren Einnahmen in Höhe von rund 149 DM je nach den zu zahlenden Leistungsprämien und Boni Ausgaben zwischen 330 DM und 410 DM netto gegenüber. Eine wirtschaftlich derart unsinnige Vereinbarung sei als Ergebnis einer Auslegung allenfalls bei einem entsprechenden eindeutigen und vollständigen Vertragswortlaut zu rechtferti-



gen, an dem es hier fehle. Schließlich differenziere auch die Verkehrsauffassung zwischen Prepaid-Vertragsverhältnissen und Langzeitvertragsverhältnissen. Nach dem Ergebnis des eingeholten Sachverständigengutachtens sähen sowohl Mobilfunk-Kunden als auch Handelsvertreter und Provider Prepaid-Vertragsverhältnisse als gegenüber Laufzeitvertragsverhältnissen neues und zu unterscheidendes Produkt an, das vom Provider anders verprovisioniert werden müsse.

Mangels einer Einigung der Parteien über die von der Beklagten für die Vermittlung des F. Produkts zu zahlende Provision sei grundsätzlich gemäß § 87b Abs. 1 HGB der übliche Satz als vereinbart anzusehen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei jedoch für die Zeit der Markteinführung des F. Tarifs durch die Beklagte im Juni/Juli 1997 eine übliche Vergütung nicht festzustellen, weil zu jener Zeit nur ein anderer Anbieter am Markt gewesen sei und sich die Beklagte als vergleichsweise kleiner Anbieter in einer völlig anderen Situation befunden habe.

Der Provisionsanspruch der Klägerin für die Vermittlung des F. Produkts sei daher gemäß §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen. Entgegen der Auslegungsregel des § 316 BGB stehe das Leistungsbestimmungsrecht nicht der Klägerin als Gläubigerin, sondern der Beklagten zu, weil die Parteien während des gesamten Vertragsverhältnisses einvernehmlich die Leistungsbestimmung der Beklagten überlassen hätten. Die Beklagte habe in der 1. Ergänzungsvereinbarung zur Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 eine Leistungsbestimmung getroffen, die der Billigkeit entspreche und deshalb für die Klägerin verbindlich sei (§ 315 Abs. 3 BGB). Der Beklagten stehe bei der Vermittlung einer F. Karte keinerlei Rechtsanspruch auf Einnahmen zu, die über den Verkauf der Karte hinausgingen; sie habe vielmehr nur die Aussicht, durch die Veräußerung eines weiteren Prepaid-Guthabens

erneut verdienen zu können, wobei allerdings die F. Karte ein Produkt für Wenigtelefonierer sei. Maßgeblich für die Billigkeit der Handelsvertreterprovision sei deshalb - auch nach dem Rechtsgedanken des § 87b Abs. 2 HGB - in erster Linie, welche Leistung der Beklagten mit dem Verkauf der F. Karte zufließe. Das sei der von der Klägerin zu zahlende Kaufpreis von 129 DM netto. Wenn die Beklagte der Klägerin dafür eine Nettoprovision von 86 DM zuzüglich 30 DM netto in Form einer Verwaltungsgebühr biete, ihr also nur 13 DM netto verblieben, von denen sie auch noch das Mobiltelefon finanzieren müsse, sei dies gegenüber der Klägerin nicht unbillig. An der getroffenen Leistungsbestimmung müsse sich die Beklagte festhalten lassen, weil sich die Parteien weder nachträglich auf eine niedrigere Provision verständigt hätten noch die Beklagte berechtigt gewesen sei, ohne Änderungskündigung die Provision einseitig herabzusetzen.

Die Beklagte schulde daher die Aktivierungsprämie von 86 DM netto pro Karte. Daraus ergebe sich die von der Klägerin geltend gemachte Restforderung in der rechnerisch unstreitigen Höhe von insgesamt 214.121,40 DM. Außerdem stehe der Klägerin die als solche bezeichnete Verwaltungsgebühr von 30 DM zu, die für jede der gelieferten 8202 F. Karten zu zahlen sei. Die von der Klägerin rechnerisch richtig mit 284.619,60 DM brutto angesetzte gesamte Verwaltungsgebühr sei um den Betrag von 97.200 DM brutto zu kürzen, den die Beklagte nach ihren Einkaufsrechnungen auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung Nr. 068/98 bereits bezahlt habe, so daß die Klägerin noch 187.419,60 DM an Verwaltungsgebühren verlangen könne.

Die Hilfsaufrechnungen der Beklagten führten nicht zum Erlöschen der Ansprüche der Klägerin. Der Aufrechnung mit der - von der Klägerin bestrittenen - Gebührenforderung von 1.446,86 DM stehe das Aufrechnungsverbot in Nr. 11.5 der Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 entgegen. Soweit die Beklagte im

übrigen mit Forderungen aus behaupteten vorsätzlichen Vertragsverletzungen beziehungsweise vorsätzlichen unerlaubten Handlungen aufgerechnet habe, könne zwar die Berufung auf das vertragliche Aufrechnungsverbot gegen § 242 BGB verstoßen, wenn für die Entscheidung über die behauptete unerlaubte Handlung wie hier keine umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich sei. Die Schadensersatzforderungen der Beklagten seien jedoch dem Grunde und der Höhe nach nicht schlüssig dargetan beziehungsweise die erheblichen Tatsachen nicht ausreichend unter Beweis gestellt.

Es sei unstrittig geblieben, daß die Klägerin 224 der beanstandeten 1586 Karten selbst als sogenannte Demokarten bezogen habe, so daß nicht ersichtlich sei, inwiefern die Klägerin die Beklagte über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung einer Provision getäuscht habe. Soweit für Demokarten von der Beklagten Provision nicht geschuldet gewesen, aber dennoch bezahlt worden sei, könne der Beklagten allenfalls ein Bereicherungsanspruch zustehen, den sie jedoch nicht geltend gemacht habe, der anhand der von ihr vorgelegten Berechnungen nicht berechnet werden und wegen des Aufrechnungsverbotes in diesem Verfahren auch nicht berücksichtigt werden könne.

Darüber hinaus sei weder substantiiert vorgetragen noch unter Beweis gestellt, ob überhaupt ein Untervertriebspartner der Klägerin der Beklagten gegenüber vorgegeben habe, einen Endkunden geworben zu haben. Die Beklagte habe auch keinen Beweis für ihre bestrittene Behauptung angetreten, die ange-rufenen 190-Nummern seien solche eines Untervertriebspartners der Klägerin. Im übrigen sei - selbst wenn Untervertriebspartner der Klägerin F. Pakete mit dem Ziel gekauft haben sollten, die Guthaben auf einer eigenen 0190-Nummer abzutelefonieren - nicht ersichtlich, daß der Beklagten der von ihr geltend gemachte Schaden entstanden wäre. Die Beklagte hätte die im We-

ge der Hilfsaufrechnung zurückverlangten Provisionen, Prämien und Werbekostenzuschüsse in Höhe von 204.320 DM auch dann zahlen müssen, wenn die Klägerin oder ihre Untervertriebspartner "echte" Kunden vermittelt hätten. Ein etwaiger Schaden der Beklagten könne nur darin liegen, daß auf keine dieser F.

F. Karten ein neues Startguthaben aufgeladen worden sei. In welchem Umfang dies bei Kunden erfahrungsgemäß der Fall sei und welche Gewinne dabei von der Beklagten erzielt würden, habe sie nicht vorgetragen. Auch daß die Startguthaben, für die sie einen Preis von insgesamt 79.300 DM bekommen habe, bei einem Abtelefonieren über 0190-Nummern für sie in vollem Umfang einen Schadensposten darstellten, habe sie nicht in nachvollziehbarer Weise vorgetragen. Im übrigen sei nicht ersichtlich, warum überhaupt ein Schaden entstanden sein solle, weil die Klägerin bzw. ihre Untervertriebspartner für jedes F. Paket 129 DM zuzüglich Mehrwertsteuer hätten bezahlen müssen.

## II.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung stand; die Revisionen beider Parteien sind daher zurückzuweisen.

### A. Revision der Klägerin

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 umfasse nicht die Vermittlung des F. Produktes und begründe daher keinen Anspruch der Klägerin auf Leistungsprämie, Quartalsziel- und Jahresboni für die Vermittlung von F. Teilnehmerverhältnissen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Auslegung von Vertragsbestimmungen (§§ 133, 157 BGB) ist grundsätzlich Sache des Tatrichters und unterliegt nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht (ständige Rechtsprechung, Senatsurteil vom 21. Januar 2004 - VIII ZR 115/03,

NJW-RR 2004, 1017, unter II 2, m.w.Nachw.). Bei dem Klauselwerk des Rahmenvertrages Nr. 019/97 handelt es sich zwar nach den Feststellungen des Berufungsgerichts um von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen. Daß diese über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden und deshalb in vollem Umfang nachprüfbar sind (Senatsurteil vom 21. Januar 2004, aaO), macht jedoch die Revision nicht geltend und ist angesichts der in den Bedingungen enthaltenen Vereinbarung des Gerichtsstandes Potsdam auch nicht offensichtlich (vgl. Senatsurteil vom 16. Oktober 1996 - VIII ZR 54/96, WM 1997, 131, unter II 1). Der Senat kann die Auslegung deshalb nur daraufhin überprüfen, ob sie unter Verletzung der gesetzlichen Auslegungsregeln und der aus ihnen entwickelten allgemeinen Auslegungsgrundsätze vorgenommen worden ist, gegen die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt oder den unterbreiteten Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt hat (ständige Rechtsprechung, Senatsurteil vom 26. Februar 2003 - VIII ZR 270/01, NJW 2003, 2382, unter II 2 a, m. w. Nachw.). Das ist nicht der Fall.

Soweit die Klägerin rügt, die Regelung für die Vermittlung des Profi-Tarifs lasse keine Rückschlüsse darauf zu, ob die Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 auch den F.            Tarif zum Gegenstand habe, verkennt sie, daß das Berufungsgericht diesen Schluß nicht zieht, sondern lediglich - grundlegend für seine folgenden Erwägungen - feststellt, die Vereinbarung ziele nach dem Verständnis der Parteien nicht auf eine für alle            -Teilnehmerverhältnisse einheitliche Vergütungsregelung.

Entgegen der Rüge der Revision begründet es auch keinen Rechtsfehler, daß das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen hat, wonach die Regelungen Nr. 3.2 und 5.4 der Rahmenvereinbarung, die eine Unbedenklichkeitsprüfung der Klägerin und Mindestvertragslaufzeiten von 12

beziehungsweise 24 Monaten voraussetzen, in den von der Beklagten nach Einführung des F. Tarifs 1998 und 1999 verwendeten Rahmenvereinbarungen weiterhin enthalten waren. Unabhängig davon stellen diese Regelungen in der Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 ein Indiz dafür dar, daß die Parteien bei Abschluß der Vereinbarung nur an Laufzeitverträge gedacht haben. Denn die späteren Rahmenvereinbarungen umfassen zusätzlich besondere Bestimmungen über die Vergütung für die Vermittlung von Kundenverträgen mit der F. Card, die Nr. 3.2 und 5.4 blieben für die darin ebenfalls geregelten Laufzeitverträge weiterhin von Bedeutung. Entgegen der Darstellung der Revision galt für F. Karten nach dem von ihr in Bezug genommenen Vortrag der Klägerin keine (Mindest-)Vertragslaufzeit, sondern lediglich eine bestimmte Gültigkeitsdauer, durch die nur die Beklagte, nicht aber die Kunden verpflichtet wurden.

Erfolglos rügt die Revision weiter, die Argumentation des Berufungsgerichts, der Einkaufspreis für ein Handy müsse bei der Vermittlung von F. Karten niedriger liegen als bei Laufzeitverträgen, verstoße gegen die allgemeine Lebenserfahrung und Denkgesetze. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wurden die F. Pakete einschließlich Mobiltelefon zu einem Verkaufspreis von 149 DM an den Endkunden abgegeben. Daß die Vermittler bei dieser Preisgestaltung kaum bereit gewesen sein dürften, an die Beklagte die in der Anlage zur Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 genannten Einkaufspreise zwischen 339 DM und 819 DM je Telefon zu zahlen, liegt auf der Hand. Bei der Behauptung der Revision, der Kaufpreis, den der Endkunde für ein Mobiltelefon zu entrichten habe, sei bei Laufzeitverträgen eher noch niedriger als bei Prepaid-Verträgen, handelt es sich um neuen Sachvortrag, der in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigen ist.

Es verstößt auch nicht gegen die Denkgesetze und die allgemeine Lebenserfahrung, wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommt, die Parteien hätten im Mai 1997 und damit unmittelbar vor der von der Beklagten bereits geplanten und vorbereiteten Einführung des Prepaid-Tarifs im Juni 1997 sowie den ersten Vermittlungen dieses Tarifs durch die Klägerin im Juli 1997 eine vertragliche Vereinbarung geschlossen, die diesen Tarif nicht umfaßt habe, so daß dafür bei Markteinführung eine vertragliche Provisionsabsprache nicht existiert habe. Daß die Beklagte erstmals im August 1997 mit der 1. Ergänzungsvereinbarung zur Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 auf die Notwendigkeit einer Provisionsregelung für den neuen Tarif reagiert hat, steht in Einklang damit, daß die Parteien auch die Rahmenvereinbarung Nr. 019/97 rückwirkend geschlossen haben und die Beklagte der Klägerin die Rahmenvereinbarung Nr. 068/98 vom 13. Mai 1998, die ab dem 1. April 1998 gelten sollte, erst im Juni 1998 übersandt hat. Es erscheint deshalb durchaus nicht fernliegend, daß die Parteien eine Absprache darüber, welche Vermittlungsprovision für das F. Produkt gezahlt werden sollte, zurückgestellt haben, bis die ersten Vermittlungen tatsächlich erfolgt waren.

Schließlich zwingt entgegen der Auffassung der Revision nicht der Umstand, daß der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Entzug der Mobilfunklizenz drohte, wenn es ihr nicht gelang, im Laufe des Jahres 1997 die Zahl ihrer Kunden von 600.000 auf eine Million zu erhöhen, zu der Annahme, sie habe der Beklagten für die Vermittlung des F. Produktes Provisionen in der gleichen Höhe versprochen wie für Laufzeitverträge. Denn auch wenn es der Beklagten um Wachstum, nicht um Gewinn ging, wie die Revision geltend macht, folgt daraus nicht denknotwendig, daß sie bei Einführung der F. Karte bereit war, dafür jedes wirtschaftlich noch so unsinnige Ergebnis in Kauf zu nehmen. Die nur zwei Monate nach Beginn der Markteinführung erstellte 1. Ergänzungsvereinbarung zur Rahmenvereinbarung

Nr. 019/97 und die Tatsache, daß die Beklagte nach ihrem von der Revision in Bezug genommenen Sachvortrag Sondermaßnahmen in Form von die Kosten für die F. Karte weit übersteigenden Provisionen (erst) ergriff, als die Kundenzahlen nach Einführung der Prepaid-Karte nicht in der erforderlichen Größenordnung anstiegen, sprechen eher dagegen. Auch wenn die Beklagte bei Einführung der F. Karte vorrangig die Kundenzahlen erhöhen wollte, ist es deshalb aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht eine Auslegung der Rahmenvereinbarung Nr. 019/97, die zu Provisionsansprüchen der Klägerin für die Vermittlung einer F. Karte in einer Größenordnung zwischen 330 DM und 410 DM führen würde, als unbillig angesehen hat. Es wäre dann für die Beklagte günstiger gewesen, zwei Karten einschließlich Mobilfunktelefon und Startguthaben zu verschenken als ein solches Teilnehmerverhältnis von der Klägerin vermitteln zu lassen. Daß die Beklagte nach erfolgreicher Markteinführung der F. Card Provisionen zwischen 140 DM und 200 DM je Karte gezahlt hat, wie die Revision geltend macht, steht der Würdigung des Berufungsgerichts nicht entgegen.

## B. Revision der Beklagten

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, daß das durch die Rahmenvereinbarung 019/97 zunächst bis zum 31. Dezember 1997 befristete Vertragsverhältnis der Parteien gemäß § 89 Abs. 3 Satz 1 HGB als auf unbestimmte Zeit verlängert gilt. Voraussetzung dafür ist, daß es nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit von beiden Teilen fortgesetzt worden ist, also nicht nur eine einseitige Fortsetzung vorliegt, der der andere Teil nicht unverzüglich widersprochen hat (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 11/3077 S. 9). Eine solche beiderseitige Fortsetzung ist hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erfolgt. Anders als die Revision meint, bedarf es keiner einvernehmlichen Weiterfüh-



rung in dem Sinne, daß eine erneute Einigung oder ein fortdauerndes Einigsein der Parteien über sämtliche Bedingungen ihrer Zusammenarbeit erforderlich wäre. Es genügt jedenfalls, daß der Handelsvertreter weiter für den Unternehmer tätig ist und dieser die vom Handelsvertreter herbeigeführten Kundengeschäfte ausführt (Ebenroth/Boujong/Joost/Löwisch, HGB, § 89 Rdnr. 14). Beides war hier der Fall. Darauf, daß die Klägerin sich nicht mit der 1. Ergänzungsvereinbarung zur Rahmenvereinbarung 019/97 einverstanden erklärt hatte, kommt es für die Verlängerung des zwischen den Parteien aufgrund der ursprünglichen Rahmenvereinbarung bestehenden Vertragsverhältnisses auf unbestimmte Zeit nicht an.

Die Beklagte ist daher aufgrund der Rahmenvereinbarung 019/97 verpflichtet, an die Klägerin für die 1998 vermittelten Laufzeitverträge weitere Leistungsprämien, Quartalszielboni und den Jahresbonus 1998 in der rechnerisch unstreitigen Höhe von 57.477,20 DM brutto zu zahlen. Daß die Parteien die Rahmenvereinbarung 019/97 weder einvernehmlich geändert haben noch die Beklagte berechtigt war, einseitig eine Änderung herbeizuführen, stellt die Revision nicht in Frage.

2. Zutreffend ist auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte schulde der Klägerin für die 1998 vermittelten F. Teilnehmerverhältnisse mangels einer vertraglichen Provisionsvereinbarung und eines üblichen Provisionssatzes im Sinne von § 87b Abs. 1 HGB aufgrund einer einseitigen Leistungsbestimmung nach § 315 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 1961 - VII ZR 15/60, LM § 87b HGB Nr. 1, unter III 3) weitere Provision in Form von Aktivierungsprämie und Verwaltungsgebühr in Höhe von insgesamt 459.018,20 DM. Die Revision rügt vergeblich, die Beklagte habe der im Rahmen der §§ 315, 316 BGB zu beachtenden Billigkeit bereits durch die tatsächlich geleistete Vergütung genügt.

Das Berufungsgericht hat der Sache nach festgestellt, die Beklagte habe nach der im Juli 1997 erfolgten ersten Vermittlung von F. Karten durch die Klägerin die dafür zu leistende Provision nach § 315 BGB auf die in der 1. Ergänzungsvereinbarung zur Rahmenvereinbarung vom 22. August 1997 genannten Beträge festgelegt. Diese Feststellung greift die Revision nicht an. Dabei scheint das Berufungsgericht davon auszugehen, daß die Leistungsbestimmung bereits durch die Übersendung der 1. Ergänzungsvereinbarung an die Klägerin erfolgt ist. Das mag zweifelhaft sein, weil zum einen die Klägerin den Zugang dieses Dokumentes bestritten hat (§ 315 Abs. 2 BGB) und zum andern darin seinem Wortlaut nach zunächst nur ein - von der Klägerin nicht angenommenes - Angebot auf Abschluß eines Vertrages enthalten war. Die Beklagte hat jedoch gegenüber der Klägerin 1997 tatsächlich auf der Grundlage der 1. Ergänzungsvereinbarung abgerechnet. Denn die Klägerin hat in ihrem Schreiben vom 25. September 1997 beanstandet, daß die Beklagte bei der Abrechnung für August 1997 eine bestimmte Anzahl von F. Karten unberücksichtigt gelassen habe, und dafür Provision in der Höhe verlangt, die sich aus der 1. Ergänzungsvereinbarung ergibt. Spätestens mit der Abrechnung für August 1997 hat die Beklagte also die für die Vermittlung von F. Karten zu zahlende Provision einseitig auf die in der 1. Ergänzungsvereinbarung genannten Beträge festgelegt.

An die damit gegenüber der Klägerin getroffene Leistungsbestimmung hat das Berufungsgericht die Beklagte zu Recht gebunden gesehen. Die Leistungsbestimmung konkretisiert den Leistungsinhalt endgültig, sie ist für den Bestimmenden unwiderruflich (BGH, Urteil vom 24. Januar 2002 - IX ZR 228/00, NJW 2002, 1421, unter III). Darauf, ob auch eine Bestimmung der Leistung in der geringeren Höhe, wie sie die Beklagte 1998 tatsächlich erbracht hat, noch billigem Ermessen entsprochen hätte (§ 315 Abs. 3 BGB), kommt es deshalb nicht an.

3. Das Berufungsgericht hat schließlich zu Recht die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit einer Schadensersatzforderung in Höhe von 283.620 DM für unbegründet gehalten. Die Rüge der Revisionserwiderung, die Hilfsaufrechnung der Beklagten sei nicht mehr Gegenstand des Verfahrens gewesen, weil die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 25. Juni 2002 erklärt habe, daß die Hilfsaufrechnung nicht weiter geltend gemacht werde, greift nicht durch; denn danach ist erneut mündlich verhandelt worden, und die Hilfsaufrechnung ist im Tatbestand des Berufungsurteils als zuletzt geltend gemachte Einwendung wiedergegeben, ohne daß die Parteien Tatbestandsberichtigung beantragt hätten.

a) In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 7. März 1985 - III ZR 90/83, ZIP 1985, 921, unter III 1, m. w. Nachw.) ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß die Berufung der Klägerin auf das zwischen den Parteien vereinbarte Verbot der Aufrechnung mit weder unbestrittenen noch rechtskräftig festgestellten Forderungen gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen kann, soweit die Forderung, mit der aufgerechnet wird, aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung herrührt. Dasselbe kann je nach den Umständen des Einzelfalls auch für Forderungen aus einer vorsätzlichen Vertragsverletzung gelten (BGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - XI ZR 160/01, NJW 2002, 2779 = WM 2002, 1654 unter II 2 b; Urteil vom 9. Mai 1966 - VIII ZR 8/64, NJW 1966, 1452). Die aus diesen Rechtsgrundsätzen vom Berufungsgericht abgeleitete Zulässigkeit der Aufrechnung der Beklagten greift die Revision als ihr günstig nicht an.

b) Einen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch der Beklagten hat das Berufungsgericht jedoch zu Recht verneint.

Dabei kann dahinstehen, ob - wie die Revision geltend macht - das Berufungsgericht unter Verstoß gegen § 286 ZPO rechtsfehlerhaft angenommen hat, der Vortrag der Beklagten, die Klägerin habe 1586 F. Karten nicht an Endkunden vermittelt, sei nicht ausreichend substantiiert. Denn das Berufungsgericht hat im folgenden unterstellt, daß Untervertriebspartner der Klägerin F. Pakete mit dem Ziel gekauft haben, die Guthaben auf eine eigene 0190-Nummer abzutelefonieren, und hat einen dadurch verursachten Schaden der Klägerin verneint. Jedenfalls von dieser Alternativbegründung wird das Urteil des Berufungsgerichts getragen.

Der Beklagten mag zwar ein Vermögensnachteil dadurch entstanden sein, daß sie irrtümlich und ohne Rechtsgrund an die Klägerin für diese F. Karten jeweils eine Aktivierungsprämie von 60 DM sowie eine Verwaltungsprämie und teilweise zusätzlich einen Werbekostenzuschuß von jeweils 20 DM gezahlt sowie diese Karten bei der Erreichung der erforderlichen Stückzahlen für die Leistungsprämie und den Zielbonus bei den Laufzeitverträgen berücksichtigt hat, obwohl sie die genannten Leistungen nur für die Vermittlung von F. Karten an Endkunden versprochen hatte. Bei der Ermittlung ihres Schadens muß sie sich jedoch, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, den Vorteil anrechnen lassen, den sie dadurch erlangt hat, daß sie für jede dieser F. Karten einen Kaufpreis von 129 DM netto erhalten hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 136, 52, 54 f.; 91, 206, 209 f., jeweils m. w. Nachw.) ist ein Vorteil berücksichtigungsfähig, wenn seine Anrechnung dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, d.h. den Geschädigten nicht unzumutbar belastet und den Schädiger nicht unbillig begünstigt. Anrechenbar sind insbesondere solche Vorteile, die mit dem geltend gemachten Nachteil in einem qualifizierten Zusammenhang stehen, der bei wertender Betrachtung beide gewissermaßen zu einer Rechnungseinheit verbindet. Das ist hier der Fall. Denn die Möglichkeit zur Erlan-

gung des Kaufpreises einerseits und die Verpflichtung zur Provisionszahlung andererseits standen für die Beklagte in einem untrennbaren wirtschaftlichen Zusammenhang.

Ihr mag wegen rechtsgrundlos geleisteter Provisionen ein Bereicherungsanspruch gegen die Klägerin zustehen. Einen solchen hat sie jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht geltend gemacht und könnte sie wegen des vertraglichen Aufrechnungsverbots im vorliegenden Rechtsstreit auch nicht einwenden, weil die Klägerin bestritten hat, verprovisionierte F. Karten nicht an Endkunden vermittelt zu haben. Bei der Ermittlung des Schadens, der der Beklagten aufgrund der von ihr behaupteten Pflichtverletzung der Klägerin entstanden ist, muß der von ihr durch Aktivierungsprämie, Verwaltungsgebühr und Werbekostenzuschuß gezahlten Provision in Höhe von maximal 100 DM je Karte, wie oben ausgeführt, der von ihr erzielte Kaufpreis von 129 DM gegenüber gestellt werden. Der Beklagten blieben demnach bei jedem Geschäft 29 DM, von denen sie das mitverkaufte Mobilfunktelefon und den dem Kunden für das Startguthaben von 50 DM zur Verfügung gestellten Netzzugang finanzieren mußte. Daß sie für die dem Kunden mit dem Startguthaben zugewandten Gesprächsgebühren ihrerseits jeweils 50 DM aufwenden mußte, liegt eher fern. Jedenfalls hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet, daß der Betrag von 29 DM für die von ihr gegenüber ihren Kunden zu erbringende Leistung nicht auskömmlich war. Deshalb hat es das Berufungsgericht auch zu Recht als nicht nachvollziehbar angesehen, weshalb sie durch den Verbrauch der Startguthaben einen (weiteren) Schaden von 50 DM je Karte erlitten haben soll.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe auf die gegen die Schadensberechnung bestehenden Bedenken unter Verstoß gegen § 139 ZPO nicht hingewiesen, bleibt ohne Erfolg. Dabei kann eine Verletzung der richterli-

chen Hinweispflicht nach § 139 ZPO unterstellt werden. Wird eine solche von der Revision beanstandet, muß im Einzelnen ausgeführt werden, was der Revisionskläger auf den vermißten Hinweis hin vorgetragen hätte (BGH, Urteil vom 6. Mai 1999 - IX ZR 430/97, NJW 1999, 2113, unter 1 c; Senatsurteil vom 13. März 1996 - VIII ZR 99/94, NJW-RR 1996, 949, unter II 2; Musielak/Ball, ZPO, 4. Aufl., § 551 Rdnr. 11). Die Beklagte hat lediglich geltend gemacht, sie hätte ergänzend vorgetragen, daß sich der Abschluß der Prepaid Verträge für sie erst dann lohne, wenn die Kunden die Karten wieder aufladen, und unter Beweis gestellt, daß es regelmäßig zu einer solchen Wiederaufladung komme. Auch daraus ist nicht zu entnehmen, in welcher Höhe die Aufwendungen der Beklagten ihre Einnahmen bei dem Verkauf einer F. Karte überstiegen haben und in welchem Umfang ein etwa dabei in Kauf genommenes Defizit durch ein späteres Wiederaufladen der Karte seitens des Kunden kompensiert worden wäre. Daran, daß der eingetretene Schaden nicht schlüssig dargelegt ist, hätte der ergänzende Sachvortrag also nichts geändert, so daß eine etwaige Verletzung der richterlichen Hinweispflicht durch das Berufungsgericht folgenlos geblieben ist.

Im übrigen nimmt die Revision die Feststellung des Berufungsgerichts hin, in 224 der 1586 Fälle habe die Klägerin ausdrücklich Demokarten bezogen, so daß es insoweit an einer zum Schadensersatz verpflichtenden Täuschung der Beklagten durch die Klägerin fehle, und anhand der vorgelegten Berechnung der Beklagten lasse sich nicht ermitteln, welcher Schadensbetrag auf diese 224 Karten entfalle. Auch aus diesem Grund hat das Berufungsgericht den

Vortrag der Beklagten zu dem ihr durch die behauptete eigene Verwendung von F. Karten seitens der Klägerin oder ihrer Untervertriebspartner entstandenen Schaden zu Recht als nicht schlüssig angesehen.

Dr. Deppert

Dr. Beyer

Wiechers

Dr. Wolst

Hermanns