

Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer die Nichtausführung des vom Handelsvertreter vermittelten Geschäfts nicht zu vertreten hat

Handelsrecht

§ 87a HGB

BGH

Wulff, WuB 2017, 673

Amtl. Leitsatz

Nicht zu vertreten im Sinne des § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB hat der Unternehmer Umstände, die nicht seinem unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich zuzuordnen sind, wie etwa unvorhersehbare Betriebsstörungen oder rechtswidrige Eingriffe von hoher Hand (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 5. März 2008 = WM 2008, 923).

B G H, Urteil vom 1. Juni 2017

(VII ZR 277/15, Braunschweig) – WM 2017, 1293

Die spätere Insolvenzsuldnerin M. AG & Co. KG hatte ein Geldanlagemodell angeboten, bei dem die Anleger (im Folgenden: Treugeber) mit der G. Beteiligungstreuhand GmbH (im Folgenden: G. GmbH), der einzigen Kommanditistin der M. AG & Co. KG, einen Treuhandvertrag abschließen konnten, mittels dessen die G. GmbH dem jeweiligen Treugeber wirtschaftlich die Stellung eines Kommanditisten der M. AG & Co. KG vermittelte. Die Mindestbeteiligungsdauer für die Treugeber betrug zehn Jahre. Alleinige Komplementärin der M. AG & Co. KG war die D. AG. Die M. AG & Co. KG beauftragte die Beklagte durch Emissions-Dienstleistungsvertrag (im Folgenden: EDV) vom 15.3.2004, ihr, der M. AG & Co. KG, die Nutzung einer Konzeption zur Aufnahme von Kommanditkapital durch die Beteiligung von Treugebern zur Verfügung zu stellen und die Vermittlung der Treuhandverträge zu übernehmen. Nach diesem Vertrag erhielt die Beklagte unter anderem eine Vermittlungsprovision in Höhe von 10,75 % der von den Treugebern auf der Beitrittserklärung gezeichneten Einlagen (Einmal- und Rateneinlagen ohne Agio) für ihre Tätigkeit betreffend die Vermittlung von Kommanditkapital. Mit Bescheid vom 15.6.2005 untersagte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (im Folgenden: BaFin) der M. AG & Co. KG unter Bezugnahme auf das vorstehend genannte Geldanlagemodell gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG, das Finanzkommissionsgeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, dadurch zu betreiben, dass die M. AG & Co. KG auf der Grundlage von Ver-

trägen über sogenannte treuhänderische Beteiligungen Gelder von Anlegern entgegennimmt, um hiermit Finanzinstrumente im eigenen Namen für fremde Rechnung anzuschaffen und zu veräußern. Ferner ordnete die BaFin die unverzügliche Abwicklung der unerlaubt betriebenen Finanzkommissionsgeschäfte an. Gleichlautende Bescheide ergingen am 15.6.2005 an die G. GmbH und am 26.7.2005 an die D. AG. Mit Beschluss des Amtsgerichts – Insolvenzgericht – vom 12.9.2005 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der M. AG & Co. KG eröffnet und der Kläger zum Verwalter in diesem Insolvenzverfahren ernannt. Ferner wurde mit Beschluss des Amtsgerichts – Insolvenzgericht – vom 10.11.2005 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der G. GmbH eröffnet. Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der D. AG wurde mit Beschluss des Amtsgerichts – Insolvenzgericht – vom 5.1.2006 mangels Masse abgelehnt. Der vom 20.6.2005 datierende Widerspruch der M. AG & Co. KG gegen den an diese gerichteten Bescheid der BaFin vom 15.6.2005 blieb erfolglos. Nach Freigabe des betreffenden Verwaltungsrechtsverhältnisses aus der Insolvenzmasse wurde seitens der M. AG & Co. KG Anfechtungsklage erhoben, die aus formalen Gründen erfolglos blieb (BVerwGE 140, 142). Mit Widerspruchsbescheid der BaFin vom 16.12.2009 wurde der gegen die D. AG gerichtete Bescheid vom 26.7.2005 aufgehoben. Mit Widerspruchsbescheid der BaFin vom 23.7.2010 wurde der gegen die G. GmbH gerichtete Bescheid vom 15.6.2005 aufgehoben, soweit das Widerspruchsverfahren nicht eingestellt wurde und soweit nicht Erledigung eingetreten war. Im vorliegenden gerichtlichen Verfahren hat der Kläger als Insolvenzverwalter im Wege der Teilklage hälftige Rückzahlung von gemäß Anlage K 12 im Zeitraum 12.11.2004 bis 15.12.2004 an die Beklagte gezahlten Vermittlungsprovisionen in Höhe eines näher bezeichneten Teilbetrags von 1 Mio. € nebst Zinsen verlangt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen. Die Beklagte hat Revision eingelegt. Nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beklagten hat diese das unterbrochen gewesene Revi-

sionsverfahren fortgeführt. Der Kläger erklärt den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt und beantragt für den Fall, dass sich die Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers widersetzt, festzustellen, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt hat, hilfsweise, die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Die Beklagte schließt sich der Erledigungserklärung des Klägers nicht an und begehrt Klageabweisung.

Aus den Gründen

... [16] Die Revision der Beklagten ist mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Erledigung der Hauptsache festgestellt wird, soweit die Klage auf Zahlung von 1 Mio. € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.2.2008 bis einschließlich 19.12.2012 gerichtet ist. Dem weitergehenden Hauptantrag des Klägers festzustellen, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache auch erledigt hat, soweit die Klage auf Zahlung von Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.12.2012 aus 1 Mio. € gerichtet ist, kann hingegen nicht entsprochen werden. Insoweit ist die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

... [38] Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, dass mangels abweichender einschlägiger Bestimmung im Gesellschaftsvertrag der M. AG & Co. KG die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der G. GmbH gemäß § 161 Abs. 2, § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HGB zum Ausscheiden der G. GmbH mit der Folge der sofortigen liquidationslosen Vollbeendigung der M. AG & Co. KG unter Gesamtrechtsnachfolge der D. AG als einzig verbliebener Gesellschafterin geführt hat, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (...). Der Umstand, dass das Insolvenzverfahren über das Vermögen der M. AG & Co. KG bereits eröffnet war, als das Insolvenzverfahren über das Vermögen der G. GmbH eröffnet wurde, hindert das Ausscheiden der G. GmbH gemäß § 161 Abs. 2, § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HGB mit der Folge der sofortigen liquidationslosen Vollbeendigung der M. AG & Co. KG nicht ...

[43] Entsprechend der Rechtslage bei der Überleitung eines Insolvenzverfahrens in ein Nachlassinsolvenzverfahren wird bei einer Konstellation wie im Streitfall das über das Vermögen der Kommanditgesellschaft eröffnete Insolvenzverfahren übergangslos als Partikularinsolvenzverfahren fortgesetzt. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Kommanditgesellschaft ernannten Insolvenzverwalters besteht grundsätzlich fort (...).

[44] bb) Soweit das Berufungsgericht die Beklagte in Bezug auf die Vermittlung von Treuhandverträgen zur Aufnahme von Kommanditkapital gemäß dem Emissions-Dienstleistungsvertrag vom 15. März 2004 als Handelsvertreterin im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB eingestuft hat, wird hiergegen von den Parteien nichts erinnert. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich. Der genannten Einstufung steht nicht entgegen, dass die vermittelten Treuhandverträge mit den Treugebern (Anlegern) nicht von der M. AG & Co. KG, der Vertragspartnerin der Beklagten, sondern von der G. GmbH, der Treuhandkommanditistin, geschlossen wurden. Die Personenverschiedenheit bezüglich des Vertragspartners des Handelsvertreeters einerseits und des Vertragspartners der mit den Dritten (Treugebern) abgeschlossenen Geschäfte andererseits steht der Anwendbarkeit des Handelsvertreterrechts nicht entgegen (...).

[45] cc) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Provisionsansprüche, auf die sich das (hälftige) Rückzahlungsverlangen des Klägers bezieht, nach § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB jedenfalls zur Hälfte entfallen sind und dass die Beklagte die betreffenden Provisionen jedenfalls zur Hälfte zurückzahlen hat.

[46] § 87a Abs. 3 Satz 1 HGB gibt dem Handelsvertreter grundsätzlich einen unentziehbaren Anspruch auf Provision, wenn feststeht, dass der Unternehmer das Geschäft nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen worden ist. Im Falle der Nichtausführung entfällt der Provisionsanspruch gemäß § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB allerdings, wenn und soweit die Nichtausführung auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind; vom Handelsvertreter bereits empfangene Provisionen sind in diesem Fall in entsprechender Anwendung von § 87a Abs. 2 Halbs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB zurückzahlen (...).

[47] (1) Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, dass die Geschäfte, auf die sich das (hälftige) Provisionsrückzahlungsverlangen des Klägers bezieht, mindestens zur Hälfte nicht ausgeführt worden sind, sind revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler nicht ersichtlich.

[48] (a) Soweit es für den Wegfall des Provisionsanspruchs der Beklagten darauf ankommt, ob das Geschäft aus vom Unternehmer nicht zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wurde (§ 87a Abs. 3 Satz 2 HGB), ist als Unternehmer im Verhältnis zur Beklagten nicht die M. AG & Co. KG, sondern die G. GmbH einzustufen, der die Ausführung der Geschäfte (gegenüber den Treugebern) oblag (...).

[49] (b) (aa) Der Unternehmer führt das Geschäft i.S.v. § 87a Abs. 3 HGB dann nicht aus, wenn er die von ihm geschuldete Leistung insgesamt nicht erbringt (...). Teilweise führt der Unternehmer das Geschäft nicht aus, wenn er die von ihm geschuldete Leistung nur teilweise erbringt (...). Eine vollständige Nichtausführung ist insbesondere dann gegeben, wenn das Geschäft rückgängig gemacht wird (...). Bei vom Handelsvertreter vermittelten Sparverträgen liegt eine teilweise Nichtausführung seitens einer als Unternehmer einzustufenden Bank vor, soweit diese aufgrund Bescheids der BaFin gehindert ist, die genannten Verträge weiter auszuführen (...).

[50] (bb) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise eine mindestens hälftige Nichtausführung der Geschäfte, auf die sich das (hälftige) Provisionsrückzahlungsverlangen des Klägers bezieht, angenommen.

[51] Es kann angesichts des nur hälftigen Provisionsrückzahlungsverlangens des Klägers dahinstehen, ob von einer vollständigen Nichtausführung der genannten Geschäfte wegen der gegen die M. AG & Co. KG und die G. GmbH gerichteten Bescheide der BaFin vom 15. Juni 2005 auszugehen ist, mit denen untersagt worden ist, auf der Grundlage von Verträgen über treuhänderische Beteiligungen Gelder von Anlegern entgegenzunehmen, und mit denen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Zwang zur Rückabwicklung der vermittelten Verträge verbunden war.

[52] Jedenfalls ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht eine mindestens hälftige Nichtausführung angenommen hat. Denn die G. GmbH war ebenso wie der Insolvenzverwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen dieser Gesellschaft nach der liquidationslosen Vollbeendigung der M. AG & Co. KG gehindert, die betreffenden Geschäfte weiter auszuführen ...

[53] (2) Der rechtlichen Nachprüfung hält die Würdigung des Berufungsgerichts stand, dass die genannte Nichtausführung der Geschäfte auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind.

[54] (a) Zu vertreten im Sinne des § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB hat der Unternehmer die Umstände, auf denen die Nichtausführung des Geschäfts beruht, nicht nur, wenn ihm oder seinen Erfüllungsgehilfen insoweit persönliches Verschulden zur Last fällt (§§ 276, 278 BGB), sondern darüber hinaus auch dann, wenn sie seinem unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich (...) – sei es auch kraft vertraglicher Risikoübernahme (...) – zuzuordnen sind.

Nicht zu vertreten hat der Unternehmer Umstände, die nicht seinem unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich zuzuordnen sind, wie etwa unvorhersehbare Betriebsstörungen oder rechtswidrige Eingriffe von hoher Hand (...). Maßgebend sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls (...).

[55] (b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hält die vorstehend genannte Würdigung des Berufungsgerichts der rechtlichen Nachprüfung stand.

[56] Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts liegt der Grund für die Nichtausführung der Geschäfte in den an die M. AG & Co. KG und die G. GmbH gerichteten Bescheiden der BaFin vom 15.6.2005, die zur Rückabwicklung der vermittelten Verträge zwangen und zur Insolvenz der M. AG & Co. KG sowie zur liquidationslosen Vollbeendigung der M. AG & Co. KG infolge insolvenzbedingten Ausscheidens der G. GmbH geführt haben.

[57] Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht die genannten Bescheide vom 15.6.2005 als materiell rechtswidrig eingestuft. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind Tätigkeiten der beanstandeten Art keine Finanzkommissionsgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG (...). Dem hat sich der Bundesgerichtshof für das hier verfahrensgegenständliche Modell angeschlossen (...).

[58] Ein derartiges rechtswidriges behördliches Einschreiten, mit dem ein bereits praktiziertes Geschäftsmodell des Unternehmers zum Scheitern gebracht wird, stellt einen Umstand im Sinne des § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB dar, der nicht dem unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich zuzuordnen ist ...

Anmerkung

In seiner Entscheidung vom 1.6.2017 setzt sich der BGH (WM 2017, 1293) mit der Ausnahmeregelung des § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB und der Frage, wann ein Unternehmer im Falle des Dazwischentretens hoheitlichen Handelns den Umstand der Nichtausführung eines Geschäfts nicht zu vertreten hat, auseinander. Ein Vertretenmüssen liegt nach einhelliger Ansicht im Falle des § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB grundsätzlich nicht nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit vor, sondern auch, wenn sich ein zurechenbares Risiko realisiert, für das der Unternehmer einstehen muss (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 37. Aufl. 2016, § 87a Rdn. 26 m.w.N.). Dabei grenzt der siebte Zivilsenat den nun vorliegenden Sachverhalt zur Entscheidung des achten Zivilsenats vom 5.3.2008 ab (vgl. BGH WM 2008, 923 = WuB IV E. § 87a HGB 1.08 *O. Wulff*). Beide Entscheidungen haben

gemein, dass der Insolvenz des Unternehmers ein Verwaltungsakt der BaFin, mithin hoheitliches Handeln, vorausgegangen war.

Der Unterschied der beiden Entscheidungen liegt darin, dass im Falle des achten Zivilsenats die BaFin nach Vortrag der Parteien bzw. Beweislage nicht zu Unrecht ein Moratorium nach § 46 Abs. 1 Nr. 4 und 5 KWG verhängt hatte, der Verwaltungsakt also rechtmäßig war, während in der vorliegenden Entscheidung des siebten Zivilsenats behördliches Handeln aufgrund eines materiellen Fehlers nicht veranlasst war. Es lag nämlich gerade kein Finanzkommissionsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG und damit kein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft vor, womit die BaFin nicht hätte handeln dürfen (vgl. BGH WM 2010, 262 = WuB I G 8. – 2.10 R. Meixner). Die Gefahr rechtswidrigen Behördenhandelns ist allerdings nach Ansicht des Bundesgerichtshofes zu Recht kein zurechenbares Unternehmensrisiko, womit die Exculpation gelingt. In diesem Fall ist demnach die Insolvenz aufgrund eines rechtswidrigen Verwaltungsakts mit einem Vorliegen höherer Gewalt, die der achte Senat seinerzeit gefordert hat, gleichzusetzen.

Richtigerweise verneint der BGH auch ein Vertretenmüssen vor dem Hintergrund, dass vorliegend lediglich Widerspruch gegen den Verwaltungsakt eingelegt und nicht zusätzlich der Weg zu den Verwaltungsgerichten beschritten wurde. Der Widerspruch hatte im vorliegenden Fall keine aufschiebende Wirkung (§ 49 KWG), womit nur der Eilrechtsschutz förderlich gewesen wäre. Ob dieser tatsächlich dazu geführt hätte, dass die sofortige liquidationslose Vollbeendigung nicht eingetreten wäre, ist fraglich. Die Bescheide der BaFin gingen sowohl an die AG & Co.

KG, sowie deren Komplementärin und Kommanditistin und forderten unter anderem die sofortige Rückabwicklung der Kommissionsgeschäfte. Mit der Rückabwicklung des untersagten Finanzmodells, das aus Treugebern bestand, die die Kommanditgesellschaft bildeten, geriet diese in Zahlungsunfähigkeit. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegenüber der Kommanditistin schied diese sodann gemäß §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 aus der Gesellschaft aus, womit diese nur noch aus einer Person bestand und die Anfechtungsklage gegen den nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erhaltenen Widerspruchsbekleid nicht mehr zulässig war, da die Bescheidete so nicht mehr existierte (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.7.2011 – 8 C 10/10). Zwar wäre der Eilrechtsschutz unter Umständen zumutbar gewesen. Ob dieser erfolgsversprechend gewesen wäre, kann trotz vorheriger summarischer Prüfung der Erfolgsaussichten allerdings nur ex post beurteilt werden, womit nach zutreffender Ansicht des BGH aus der Unwägbarkeit kein Vertretenmüssen konstruiert werden kann. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber in der Neufassung des § 87a Abs. 3 HGB auf die Zumutbarkeitserwägung verzichtet hat (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 37. Aufl. 2016, § 87a Rdn. 25) und dieses nur noch eingeschränkt als Korrektiv verwendet werden kann.

Nach alledem ergänzt der BGH die eher restriktive und seltene Rechtsprechung zu Umständen, die der Unternehmer nicht zu vertreten hat im Rahmen des § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB um rechtswidriges hoheitliches Handeln und schafft insoweit weitere Klarheit in der Rechtsanwendung.

RA Dr. Oliver Wulff, LL.M. (Tulane Univ.), München