

| | | | | |
|------------|--|------------------|-------------|---------------------|
| WuB | IV E. | § 87a HGB | 1.08 | Handelsrecht |
| BGH | Provisionsanspruch des Handelsvertreters; Entfallen des Provisionsanspruchs; Untervertretung; Vertretenmüssen der Insolvenz | | | |

Amtl. Leitsätze

1. Die Bestimmung des § 87a Abs. 2 HGB kommt nicht zur Anwendung, wenn die Nichtleistung des Dritten darauf zurückzuführen ist, dass der Unternehmer seinerseits das Geschäft nicht ausführt, oder wenn die Nichtleistung des Dritten auf vom Unternehmer zu vertretenden Gründen beruht; in solchen Fällen hat die Regelung des § 87a Abs. 3 HGB Vorrang vor § 87a Abs. 2 HGB.
2. Unternehmer im Sinne des § 87a Abs. 3 HGB ist im Verhältnis zu einem Untervertreter nicht der Hauptvertreter, sondern dessen Auftraggeber (Fortführung von BGHZ 91, 370 ff.).
3. Zu vertreten 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 diese Umstände dem unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich zuzuordnen sind; die Insolvenz des Unternehmers fällt grundsätzlich in dessen Risikosphäre (Abgrenzung zu RGZ 63, 69 ff.).

B G H, Urteil vom 5. März 2008
(VIII ZR 31/07, Frankfurt a.M.) – WM 2008, 923

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der A. für freie Handelsvertreter AG (im Folgenden: Schuldnerin). Er verlangt von dem Beklagten die Rückzahlung von Handelsvertreterprovisionen.

Die Schuldnerin hatte es im Auftrag der B. Bank AG (im Folgenden: Bank) übernommen, Ratensparverträge und ähnliche Finanzprodukte der Bank zu vertreiben. Sie setzte hierfür den Beklagten als Untervertreter ein. Dessen Tätigkeit führte zum Abschluss zahlreicher Sparverträge zwischen der Bank und deren Kunden. Die Bank geniet in den Jahren 2002 und 2003 in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Die Bundesanstalt für Fi-

nanzdienstleistungsaufsicht verhängte daraufhin am 7. April 2003 ein Veräußerungs- und Zahlungsverbot gegen die Bank und ordnete die Schließung des Geschäftsbetriebs mit Kunden an. Im Juli 2003 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Bank eröffnet. Zahlreiche Sparer der vom Beklagten vermittelten Verträge stellten im Verlauf des Jahres 2003 ihre Zahlungen auf die Verträge ein. Der Insolvenzverwalter der Bank lehnte eine Erfüllung der Sparverträge ab. Am 24. Oktober 2003 wurde das Insolvenzverfahren auch über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet.

Der Kläger verlangt mit seiner Klage vom Beklagten die Rückzahlung von Provisionen in Höhe von 7.591,65 € nebst Zinsen, die der Beklagte von der Schuldnerin für die Vermittlung der nicht weiter durchgeführten Sparverträge erhalten haben soll. Die Klage hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter.

Aus den Gründen

Die Revision hat keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Dem Kläger stehe kein Anspruch auf Rückzahlung an den Beklagten geleisteter Provisionen zu . . .

Der Provisionsanspruch sei nicht nach § 87a Abs. 2 HGB weggefallen. Zwar hätten die Kunden der Bank ihre Zahlungen auf die Sparverträge eingestellt. Dazu seien sie jedoch nach § 700 Abs. 1 i.V.m. § 490 BGB berechtigt gewesen, weil die Bank insolvent geworden sei und die Finanzdienstleistungsaufsicht gegen die Bank ein Geschäftsverbot verhängt habe. Wenn die Nichtleistung des Dritten ihren Grund in Umständen habe, die der Unternehmer zu vertreten habe, liege kein Fall des § 87a Abs. 2 HGB vor, sondern es komme allein § 87a Abs. 3 HGB zur Anwendung. So verhalte es sich hier.

Auch die Voraussetzungen für einen Wegfall des Provisionsanspruchs nach § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB seien

jedoch nicht gegeben. Unternehmer im Sinne dieser Vorschrift sei nicht die Schuldnerin als Hauptvertreterin, sondern die Bank als deren Auftraggeberin . . .

Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist . . .

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren nicht darüber, dass aufgrund der vom Beklagten im Auftrag der Schuldnerin vermittelten Ratensparverträge Provisionsansprüche des Beklagten als Untervertreter gegen die Schuldnerin als Hauptvertreterin entstanden und fällig geworden sind (§§ 87, 87a Abs. 1 HGB). Es geht nur noch darum, ob diese Ansprüche nach § 87a Abs. 2 Halbs. 1 oder § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB dadurch entfallen sind, dass die Sparverträge nicht weiter durchgeführt wurden, nachdem die Bank in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war, die schließlich zur Insolvenz der Bank führten . . .

1. Nach § 87a Abs. 2 HGB entfällt der Anspruch auf Provision, wenn feststeht, dass der Dritte nicht leistet; bereits empfangene Beträge sind zurückzugewähren . . .

Die Bestimmung des § 87a Abs. 2 HGB kommt dann nicht zur Anwendung, wenn die Nichtleistung des Dritten darauf zurückzuführen ist, dass der Unternehmer seinerseits das Geschäft nicht ausführt, oder wenn die Nichtleistung des Dritten auf vom Unternehmer zu vertretenden Gründen beruht. In solchen Fällen hat nach einhelliger Auffassung die Regelung des § 87a Abs. 3 HGB Vorrang vor § 87a Abs. 2 HGB, weil nach § 87a Abs. 3 Satz 1 und 2 HGB der Provisionsanspruch des Handelsvertreters bei einer Nichtausführung des Geschäfts durch den Unternehmer grundsätzlich erhalten bleibt und nur ausnahmsweise dann entfällt, wenn die Nichtausführung des Geschäfts auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind (*Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl., § 87a Rdn. 18, 24; *Staub/Brüggemann*, HGB, 4. Aufl., § 87a Rdn. 19, 21; *MünchKommV. Hoyningen-Huene*, HGB, 2. Aufl., § 87a Rdn. 28, 41, 49; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Löwisch*, HGB, 2. Aufl., § 87a Rdn. 4).

Soweit es danach für den Wegfall des Provisionsanspruchs eines Unterververtreters darauf ankommt, ob das Geschäft aus vom Unternehmer zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wurde, ist Unternehmer im Verhältnis zum Untervertreter, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, nicht der Hauptvertreter, son-

dern der Auftraggeber des Hauptvertreters. Für den Wegfall des Provisionsanspruchs eines Unterververtreters nach § 87a Abs. 2 oder 3 HGB gilt insoweit nichts anderes als für das Entstehen seines Provisionsanspruchs nach § 87a Abs. 1 HGB. Im Hinblick auf das Entstehen des Provisionsanspruchs hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass im Falle einer Unterververtretung der Auftraggeber des Hauptvertreters Unternehmer im Sinne des § 87a Abs. 1 HGB ist (BGHZ 91, 370, 374). Dieser Unternehmerbegriff ist auch für § 87a Abs. 2 und 3 HGB maßgebend . . .

Im vorliegenden Fall richtet sich der Wegfall des Provisionsanspruchs des Beklagten gegen die Schuldnerin nicht nach § 87a Abs. 2 HGB, sondern nach § 87a Abs. 3 HGB. Zwar hatten die Kunden der Bank ihre Zahlungen auf die Sparverträge eingestellt. Darin lag jedoch keine Nichtleistung des Dritten im Sinne des § 87a Abs. 2 HGB, weil die Zahlungseinstellung seitens der Kunden nach den rechtsfehlerfreien und auch von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts darauf beruhte, dass die Bank ihrerseits gehindert war, die vom Beklagten vermittelten Sparverträge weiter auszuführen, nachdem sie in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht daraufhin ein Veräußerungs- und Zahlungsverbot gegen die Bank verhängt und die Schließung des Geschäftsbetriebs mit der Kundschaft angeordnet hatte . . . Ein Wegfall des Provisionsanspruchs des Beklagten kommt daher nicht nach § 87a Abs. 2 HGB, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB in Betracht.

Nach § 87a Abs. 3 Satz 1 HGB hat der Handelsvertreter grundsätzlich auch dann einen Anspruch auf Provision, wenn - wie hier - feststeht, dass der Unternehmer gehindert ist, das Geschäft auszuführen. Der Anspruch entfällt nur dann, wenn und soweit die Nichtausführung auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind (§ 87a Abs. 3 Satz 2 HGB) . . .

Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Zahlungsschwierigkeiten der Bank und die daraufhin ergriffenen Zwangsmaßnahmen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, die dazu führten, dass die Sparverträge von der Bank nicht weiter ausgeführt werden konnten und die Bankkunden ihre Zahlungen einstellten, in den Risikobereich der Bank fallen und damit von ihr zu vertreten sind. Der Provi-

leistungsaufsicht und die spätere Insolvenz nicht zu vertreten habe, ist nicht zu berücksichtigen (§ 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Anmerkung

Mit seinem Urteil vom 5.3.2008 nimmt der BGH zu diversen Fragen Stellung, die sich im Zusammenhang mit dem Provisionsanspruch des Handelsvertreters im Rahmen von § 87a HGB aufzun. Diese Regelung steht im Sachzusammenhang mit der Vorschrift des § 87 HGB. Während letztere Vorschrift die provisionspflichtigen Geschäfte bestimmt, normiert § 87a HGB, wann diese Provisionsanwartschaft zum Vollrecht erstarkt; insofern wird hier neben der Fälligkeit und des Scheiterns des Provisionsanspruchs auch dessen Entstehung geregelt (vgl. MünchKomm/von Hoyningen-Huene, HGB, 2. Aufl., § 87a Rdn. 3; Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl., § 87a Rdn. 3; a.A. K. Schmidt, Handelsrecht, § 27 IV 2 b). Im Wesentlichen beschäftigt sich der BGH mit drei Problemkreisen, welche sich hinsichtlich des Verlusts des Provisionsanspruchs aus Absatz 3 ergeben:

- Zunächst nimmt der BGH zu dem Verhältnis von § 87a Abs. 2 und Abs. 3 HGB Stellung (Ziffer 1).
- Sodann wird die Frage erörtert, wer im Falle einer Untervertretung bei § 87a Abs. 3 HGB als Unternehmer anzusehen ist (Ziffer 2).

- Zuletzt beschäftigt sich der BGH mit der Frage, inwiefern ein Unternehmer seine eigene Insolvenz hinsichtlich § 87a Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbs. HGB zu vertreten hat (Ziffer 3).

1. Verhältnis § 87a Abs. 2 und 3 HGB

Der BGH stellt zunächst nochmals klar, dass § 87a Abs. 2 HGB in den Fällen subsidiär zu Absatz 3 ist, in denen der Dritte der Leistungspflicht des vermittelten Geschäfts nicht nachkommt und dies darauf zurück zu führen ist, dass entweder der Unternehmer selbst das Geschäft nicht ausführt oder aber diejenigen Gründe zu vertreten hat, auf denen die Leistungsverweigerung des Dritten beruht. Insofern folgt der BGH, wie das Gericht selbst ausführt, der „einheitlichen Meinung“. Kritisch ist insoweit, dass der BGH seine Entscheidung mit den Rechtsfolgen begründet. Hiernach begründe sich die Subsidiarität des Absatzes 2 daraus, dass es nur so möglich ist, den Provisionsanspruch grundsätzlich zu erhalten und dieser nur ausnahmsweise dann entfallen würde, wenn diejenigen Umstände, die zur Nichtaus-

sionsanspruch des Beklagten bleibt hiervon unberührt (§ 87a Abs. 3 Satz 1 HGB).

Zu vertreten 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 zuzuordnen sind (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohm/Löwisch, a.a.O., Rdn. 23; Staub/Brüggenmann, a.a.O., Rdn. 31; Baumbach/Hopt, a.a.O., Rdn. 26; MünchKomm/v. Hoyningen-Huene, HGB, a.a.O., Rdn. 53). Die Insolvenz des Unternehmers fällt nach einheitlicher Auffassung in die Risikosphäre des Unternehmers und führt damit, wenn die Nichtausführung des Geschäfts hierauf beruht, grundsätzlich nicht zum Wegfall des Provisionsanspruchs nach § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohm/Löwisch, a.a.O.; Staub/Brüggenmann, a.a.O., Rdn. 31; Baumbach/Hopt, a.a.O.; MünchKomm/v. Hoyningen-Huene, HGB, a.a.O., Rdn. 54) . . .

Ob es besonders gelagerte Ausnahmefälle unver- schuldeter Insolvenz infolge höherer Gewalt geben kann, in denen der Provisionsanspruch des Handelsvertre- ters entfällt, wenn die Nichtausführung des Ge- schäfts hierauf zurückzuführen ist (vgl. RGZ 63, 69, 71 f. zu der früheren, von § 87a HGB teilweise abweichenden Bestimmung in § 88 Abs. 1 HGB a.F.), ist im vorlie- genden Fall nicht zu entscheiden. Denn für das Beru- fungsgericht bestand entgegen der Auffassung der Re- vision keine Veranlassung zur Tatsachenaufklärung hinsichtlich der Gründe für die Insolvenz der Bank.

. . . Vielmehr hat der Kläger, worauf die Revisionser- widerung mit Recht hinweist, selbst vorgetragen, dass die Insolvenz der Bank einen zu vertretenden Grund im Sinne des § 87a Abs. 3 HGB darstelle. Der Kläger hat lediglich gemeint, dass die Insolvenz der Bank nicht ur- sächlich für die Nichtfortführung der Verträge gewesen sei; dies trifft jedoch nicht zu und widerspricht auch dem eigenen Vortrag des Klägers. Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Nichtausführung der Spar- verträge nach dem beiderseits vorgetragenen Sachver- halt von der Bank zu vertreten sei, beruht somit nicht auf Verfahrensfehlern und ist für das Revisionsgericht bindend (§ 559 Abs. 2 ZPO). Das neue Vorbringen der Revision, dass die Bank ihre Zahlungsschwierigkeiten, das Einschreiten der Bundesanstalt für Finanzdienst-

führung des Geschäfts führen, vom Unternehmer nicht zu vertreten sind. Hier erscheint es dogmatisch klarer, darauf abzustellen, dass nur durch die Anwendung des Absatzes 3 eine einzelfallgerechte Beurteilung erfolgen kann, die nach dem grundsätzlichen Provisionswegfall des Absatz 2 nicht möglich wäre. Weiterhin spricht für die Anwendung von Absatz 3, dass richtigerweise an der Ursache der Nichtleistung angesetzt wird. Wäre dies nicht der Fall, würde es für die Anwendung von Absatz 2 oder Absatz 3 letztlich nur auf die zeitliche Reihenfolge ankommen, welche Vertragspartei als erstes die Leistung einstellt, was zu einer formalisierten Betrachtungsweise führen würde. Hier könnte es zu einer Änderung der Risikoverteilung kommen, wonach der Handelsvertreter zwar das Risiko für die Abschlüsse, nicht aber das Risiko der Ausführung trägt, das allein der Unternehmer zu tragen hat (so schon Hoffstadt, DB 1983, 645, 647; m.w.N.).

2. Unternehmer bei Untervertretung

Indem der BGH auch im Rahmen des § 87a Abs. 2 und 3 HGB im Falle einer Untervertretung den Auftraggeber des Hauptvertreters als Unternehmer ansieht, knüpft er konsequent an seine bisherige Rechtsprechung zu § 87a Abs. 1 HGB an (z. B. BGHZ 91, 370, 374 = NJW 1984, 2881 ff.). Diese Konstanz des BGH ist zu begrüßen. Die bisherige Rechtsprechung des BGH zu Absatz 1 ist seit fast 25 Jahren anerkannt und, wie der BGH zutreffend erstellt, auch heute ist nichts dafür ersichtlich, warum der Wegfall des Provisionsanspruchs eines Unterververtreters nach § 87a Abs. 2 oder Abs. 3 HGB anders zu handhaben wäre, als dessen Entstehung nach Absatz 1. Systemwidrig würde es anmuten, den Untervertreter zwar am Risiko des Hauptvertreters hinsichtlich seines Provisionsanspruchs zu beteiligen (vgl. MünchKomm/von Hoyningen-Huene, HGB, 2. Aufl., § 87a Rdn. 21), ihn hinsichtlich des möglichen Erlöschens seiner Provisionsforderungen jedoch von diesem Risiko freizusprechen.

3. Nachdem der BGH vorliegend § 87a Abs. 3 HGB auf die Beziehung von Untervertreter zu Unternehmer anwendet, beschäftigt er sich weiterhin folgerichtig mit der Frage, inwiefern der Unternehmer die Insolvenz zu vertreten hat. Indem der BGH hier ein Verschulden be-

reits dann annimmt, wenn die Umstände dem Unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich des Unternehmers zuzuordnen sind, folgt er der herrschenden Literatur ebenso, wie in der weiteren Konsequenz, dass die Insolvenz dieser Risikosphäre unterfällt und demnach grundsätzlich nicht zum Wegfall des Provisionsanspruchs führt (*Löwisch*, in: *Ebenroth/Hopt*, HGB, Joost, HGB, § 87a Rdn. 23, 31; *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl., § 87a Rdn. 26; MünchKomm/von Hoyningen-Huene, HGB, 2. Aufl., § 87a Rdn. 53 f.). Interessant ist insoweit, dass der BGH weitere Ausführungen dazu macht, ob es überhaupt besonders gelagerte Ausnahmefälle geben kann, in denen der Wegfall des Provisionsanspruchs infolge unverschuldeter Insolvenz aus höherer Gewalt greift. Diese Ausführungen sind deshalb bemerkenswert, da der BGH sich in seiner Entscheidung nicht damit zufriedengibt festzustellen, dass die klägerische Partei vorliegend - offensichtlich jedenfalls bis zur Revision - nicht behauptet hatte, dass die Insolvenz der Bank auf höhere Gewalt zurückzuführen ist und die Bank aus diesem Grunde die Nichtausführung der streitgegenständlichen Sparverträge nicht zu vertreten hätte. Verhältnismäßig unbedrängt stellt er in einem Obiter Dictum die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Frage. Nachdem das Reichsgericht in seinem Urteil vom 16.3.1906 (RGZ 63, 69, 71 f.) zu der Vorgängervorschrift des § 88 Abs. 2 HGB a.F. festgestellt hatte, dass solche Fälle unverschuldeter Insolvenz vorliegen können und bei diesen ein Provisionsanspruch entfällt, war in der Literatur zunächst davon ausgegangen worden, dass die Provision nicht verdient sei, wenn der Geschäftsherr in Konkurs verfällt (*Baumbach*, HGB, 4. Aufl. 1939, § 88 4 C). Mittlerweile wird diese Entscheidung jedoch überwiegend abgelehnt (vgl. MünchKomm/von Hoyningen-Huene, HGB, 2. Aufl., § 87a Rdn. 54; *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl., § 87a Rdn. 26). Die Tatsache, dass der BGH nunmehr diese über 100 Jahre alte Rechtsprechung - ebenfalls - in Zweifel zieht, lässt zumindest den Schluss zu, dass er unverschuldete Insolvenzfälle nur in besonderes krassen Ausnahmefällen annehmen wird. Dieser Schluss wird nicht zuletzt durch den Begriff der „höheren Gewalt“ gestützt, den der BGH in diesem Zusammenhang nutzt.

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