



Störungen in der Abwicklung des vom Handelsvertreter vermittelten Geschäfts bergen Risiken für den Unternehmer, wenn es nicht gelingt, diese durch Schadensersatzansprüche abzufangen.

## Ausgangslage

Der Gesetzgeber musste sich entscheiden, inwieweit an solchen Risiken der Handelsvertreter für seine Provision zu beteiligen ist.

Dabei ergibt sich, dass die Verknüpfung der positiven und negativen Provisionschancen mit den allgemeinen Unternehmerchancen dort, wo die Vermittlungsbemühungen des Handelsvertreters ihren Erfolg in dem Abschluss des Geschäfts gefunden haben, nicht mehr in gleichem Maße gerechtfertigt ist.

Der Provisionsanspruch ist bereits bedingt entstanden, auch weil der Handelsvertreter die Ausführung des Kundengeschäfts nicht erzwingen und letztlich nicht mehr beeinflussen kann.

Der Provisionsanspruch kann in seinem Fortbestand nicht mehr mit allen Risiken aus der Durchführung des Geschäfts belastet bleiben, nur weil es die Risiken des Unternehmers sind.

Liegen diese Risiken in der generell beherrschbaren Sphäre des Unternehmers, geht das Risiko des Provisions-Zahlen-Müssens auf den Unternehmer über.

Der Unternehmer ist aus dem zwischen ihm und dem Kunden geschlossenen Geschäft gegenüber dem Kunden zur Ausführung verpflichtet. Gegenüber dem Handelsvertreter besteht eine solche Verpflichtung nicht, die Ausführung oder Nichtausführung unterfällt im Grundsatz seiner Dispositionsfreiheit. Der Unternehmer kann das Geschäft deshalb entweder vollständig unausgeführt lassen, nur zum Teil ausführen oder anders ausführen, als es abgeschlossen wurde.

Die Folgen dieses Unternehmer-Verhaltens sind für den Handelsvertreter grundsätzlich irrelevant. Denn in allen drei Fällen der Nicht-, Teil- oder Andersausführung durch den Unternehmer bleibt das Provisionsrecht des Handelsvertreters zwingend erhalten; denn der Handelsvertreter hat die wesentliche Nicht-, Teil-

oder Andersausführung des Unternehmers nicht zu verantworten, so dass ihm sein Provisionsanspruch erhalten bleiben soll.

In die zugunsten des Handelsvertreters entstandene Provisionsanwartschaft darf der Unternehmer nur unter den engen Voraussetzungen des § 87a Abs. 3 S. 2 HGB eingreifen, wonach „der Provisionsanspruch des Handelsvertreters im Falle der Nichtausführung nur dann entfällt, wenn und soweit diese Nichtausführung auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind“.

Nachträgliche abweichende Vereinbarungen zwischen Unternehmer und Kunden berühren den Provisionsanspruch des Handelsvertreters nicht mehr.

Der Dispositionsfreiheit des Unternehmers, soweit sie sich in der Freiheit seiner Reaktion auf Leistungsstörungen von Seiten des Kunden äußert, kann nach Abschluss des durch den Handelsvertreter geworbenen Vertrages mit dem Kunden ein Einfluss auf das Schicksal des Provisionsanspruchs nur mehr begrenzt zugebilligt werden.

Jetzt entscheidet nicht mehr die zum Schadensersatz aus § 280 BGB führende verschuldete, insb. eine „willkürliche“, „schikanöse“ oder „unsachliche“, Disposition, sondern allein Abs. 3 über die Provision.

Im Verhältnis zum Handelsvertreter engt der Entschließungsspielraum des Unternehmers sich ein auf das, was er angesichts der Leistungsstörung als ihm nicht mehr zumutbar ablehnen darf.

Gemäß § 87a Abs. 3 HGB hat der Handelsvertreter eben auch dann Anspruch auf Provision, wenn feststeht, dass der Unternehmer das Geschäft ganz oder teilweise nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen worden ist. Dies ist die Grundregel.

Regel-Ausnahme-Verhältnis

Eine Ausnahme von dieser Grundregel bildet § 87a Abs. 3 S. 2 HGB. Danach entfällt ausnahmsweise der Anspruch des Handelsvertreters im Falle der Nichtausführung durch den Unternehmer, wenn und soweit die Nichtausführung auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind. Dass was der Unternehmer zu vertreten hat, ist sehr weit gefasst.

Hier wird der Grundsatz besonders deutlich, dass nämlich Umstände aus dem Verantwortungsbereich des Unternehmers nicht zum Entfallen des Provisionsanspruches führen (dürfen). Bei der Nichtausführung durch den Unternehmer besteht aber eine Vermutung dafür, dass sie aus von dem Unternehmer zu verantwortenden Gründen geschieht.

Die Sätze 1 und 2 des § 87a Abs. 3 HGB begründen daher ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.

Grundsätzlich bleibt die Provisionspflicht des Unternehmers im Falle der Nichtausführung des Geschäftes durch den Unternehmer bestehen, es sei denn, jene Nichtausführung beruht auf Umständen, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind.

Greift der Regelfall ein, hat der Handelsvertreter einen unentziehbaren Anspruch auf Provision. Aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis und dem Grundsatz der Beweislastverteilung nach Gefahrensphären ergibt sich auch die Beantwortung der Frage nach der Beweislast:

„Die Ausnahme des § 87a Abs. 3 S. 2 – Entfallen des Provisionsanspruchs – hat der Unternehmer darzulegen und zu beweisen. Dieser Beweis ist regelmäßig schwer zu führen“.

Voraussetzung dafür, dass der Handelsvertreter die Provisionen behalten kann, ist, dass überhaupt ein wirksames Geschäft zwischen Unternehmer und Dritten (Kunden) zustande gekommen ist.

Der Ausführung des Geschäftes durch den Unternehmer soll somit die Tatsache der Nichtausführung durch den Unternehmer gleichstehen; genauer: die ganze oder teilweise Nichtausführung des Geschäftes oder seine Nicht-so-Ausführung, wie es abgeschlossen worden ist.

Der Handelsvertreter soll seiner Anwartschaft auf die durch den Abschluss verdiente Provision nicht dadurch verlustig gehen, dass die Ausführung in der Sphäre des Unternehmers unterbleibt.

Die Gründe für die nicht vertragsgerechte Leistung des Unternehmers sind für Abs. 3 S. 1 unerheblich, etwa wegen „Rücknahme“ (= Storno) des Angebotes des Dritten, einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung, mangelnder Wirtschaftlichkeit des Geschäfts, Insolvenz des Unternehmers, die Nichtleistung des Dritten auf einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) oder einem Rücktritt nach § 323 BGB beruht oder weil sich der Dritte nicht vertragskonform verhält und der Unternehmer deshalb berechtigt vertragliche oder gesetzliche Gestaltungsrechte ausübt.

Es ist also keine Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB oder Unzumutbarkeit der Ausführung des Geschäfts für den Unternehmer erforderlich.

### Zweiter Prüfungsschritt

Die Gründe der Nichtausführung gewinnen erst für § 87a Abs. 3 S. 2 HGB als zweitem Prüfungsschritt Bedeutung. Für Abs. 3 S. 1 als ersten, vorrangigen Prüfungsschritt kommt es lediglich auf die nicht vertragsgemäße Ausführung des Kundengeschäfts auf der Grundlage des ursprünglich vereinbarten Vertragsinhalts an.

Dabei ist der Vertragsinhalt mit dem abgewickelten Vertrag zu vergleichen.

### Wegfall der Provision

Der Provisionsanspruch entfällt jedoch (immer), wenn feststeht, dass ein Kunde nicht mehr zahlen kann, § 87a Abs. 2 HGB. Dies ist in der Regel erst dann der Fall, wenn ein Kunde an Eides statt versichert hat, dass er zahlungsunfähig ist.

### Unbedingter Geschäftsabschluss

Der Provisionsanspruch des Handelsvertreters kann aber nur dann erhalten bleiben, wenn überhaupt ein entsprechender Geschäftsabschluss vorliegt, das heißt der Unternehmer das Angebot des Kunden auf Abschluss eines Vertrages rechtsverbindlich (ohne auflösende Bedingung) angenommen hat.

Ein Geschäft im Sinne des gesetzlichen Regimes des § 87a HGB gilt nur dann als zustande gekommen, wenn es nicht ausdrücklich unter einer bestimmten Bedingung geschlossen wird (beispielsweise dem Eingang ausreichender Bestellungen für das Zustandekommen produktionsfähiger Einheiten in der Textilbranche) und diese Bedingung nicht eintritt.

Etwas anderes gilt in den Fällen, in denen der Unternehmer die vom Kunden bestellte Ware liefert und der Kunde diese ganz oder teilweise nicht annimmt oder wieder zurückschickt. Hier kommt es für die Provisionspflicht auf die Gründe der Annahmeverweigerung bzw. Retouren an. Hat der Unternehmer dem Kunden das Recht zur Rückgabe eingeräumt, ist das Geschäft unter einer auflösenden Bedingung geschlossen worden, so dass es nur in dem Umfange zu Stande kommt, in dem der Kunde die Ware tatsächlich behält.

In allen anderen Fällen besteht grundsätzlich ein Provisionsanspruch auch für die nicht angenommene oder zurückgesandte Ware, weil der Unternehmer die Gründe, aus denen der Kunde die Ware nicht annimmt oder zurücksendet, in der Regel zu vertreten hat.

Die Erhaltung des Provisionsanspruchs kann zu Lasten des Handelsvertreters vertraglich nicht eingeschränkt werden. Sie gilt zwingend nicht nur für die Rücksendung mangelhafter bzw. verspätet gelieferter Ware, sondern auch in den Fällen, in denen der Unternehmer aus Kulanzgründen die zurückgesandte Ware zurücknimmt. Der Verantwortungsbereich des Unternehmers wird in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung sehr weit interpretiert.

Nicht-Vertreten-Müssen des Unternehmers

§ 87a Abs. 3 S. 2 HGB bestimmt, dass der Handelsvertreter keine Provision erhält, bei Nicht-Vertreten-Müssen des Unternehmers

Die Handelsrechtsnovelle 1989 brachte die Einführung des § 87a Abs. 3 S. 2 HGB. Der Provisionsanspruch entfällt ausnahmsweise nur dann, wenn und soweit die Nichtausführung des Geschäfts durch den Unternehmer auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind.

Im Zweifel bleibt also das Provisionsrecht des Handelsvertreters bestehen.

Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Ausführung sind seit der Novelle 1989 nicht mehr entscheidend. Betrifft die Nichtausführung nur einen Teil des Geschäfts, bleibt ein anteiliger Provisionsanspruch erhalten („soweit“).

Ausreichend ist auch im Rahmen des Abs. 3 S. 2, dass der Unternehmer das Geschäft tatsächlich nicht ausführt.

Entscheidend ist allein das Nicht-Vertreten-Müssen des Unternehmers für die konkrete Nichtausführung.

Ein Vertretenmüssen gemäß § 87a Abs. 3 S. 2 setzt kein persönliches Verschulden voraus. Vielmehr genügt, wie im gesamten Handelsrecht ein Entstehenmüssen für zurechenbare Risiken im Lichte des vertraglich Versprochenen.

Mit Vertretenmüssen ist alles gemeint, was in die unternehmerische oder betriebliche Risikosphäre des Unternehmers fällt (BGH, Urt. v. 23.1.2014 – VII ZR 168/13, NJW 2014, 930 = ZVertriebsR 2014, 98 Rn 13; BGH, Urt. v. 21.10.2009 – VIII ZR 286/07, NJW 2010, 298 = BB 2010, 533 m. Anm. von Bodungen/Hesse = DB 2009, 2652 = EWiR 2010, 119 (Emde) Rn 25: Entstehenmüssen für „übernommenes Risiko“; OLG Köln, Urt. v. 9.8.2013 – 19 U 149/12, BeckRS 2013, 16283; OLG Frankfurt, Urt. v. 19.1.2007 – 4 U 34/06, NJOZ 2007, 1481; Fröhlich in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, § 87a Rn 62; Schlegelberger/Schröder § 87a Rn 37).

Die Praxis ist mit Recht, zugunsten des Handelsvertreters, streng, so dass ein Nicht-Vertreten-Müssen selten vorliegt. Der Tätigkeit des Handelsvertreters, die zum Abschluss des Geschäfts geführt hat, entspricht die ungeminderte Einstandspflicht des Unternehmers für seine Sphäre, wenn es um die Ausführung geht.

Nicht-Vertreten-Müssen kommt daher in erster Linie nur bei solchen Umständen oder Verhaltensweisen in Betracht, die auf Zufall, höherer Gewalt oder ausschließlich dem vom Unternehmer nicht zu beeinflussenden Risikobereich des Kunden beruhen.

Beispiele für Vertreten-Müssen.

Einzelbeispiele für ein Vertretenmüssen des Unternehmers. Der Unternehmer hat beispielsweise folgende Risiken zu vertreten:

- Mangelnder Abruf des Kunden bei einem Kaufvertrag auf Abruf
- Abspringen des Kunden wegen Lieferversäumnis des Unternehmers
- Nicht im Ursprungsvertrag vereinbarte nachträgliche Änderung, Rückgängigmachung, inhaltliche Änderung oder Aufhebung des Vertrages
- Arbeitskräftemangel in seinem Unternehmen
- Auflösung oder Änderung des Kundengeschäftes wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, soweit der Grund aus der Sphäre des Unternehmers stammt

- Verschulden von Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)
- Hinnahme des vertragswidrigen Abspringens von Kunden ohne übliche, aussichtsreiche und zumutbare Maßnahmen zur Durchsetzung des Anspruchs
- Kündigung des Kunden durch den Unternehmer nach § 649 BGB
- Eigene Leistungsunfähigkeit
- Lieferschwierigkeiten des Vorlieferanten  
Probleme des Bezugs und Transports der Rohstoffe. Der Unternehmer, der Grund hat, an der Leistungsfähigkeit seines Lieferanten zu zweifeln, muss sich über die Warenmenge, auf die er rechnen kann, Gewissheit verschaffen; konnte er nicht mit ausreichender Sicherheit auf die Beschaffung z.B. der zu verkaufende Ware rechnen, so durfte er dem Handelsvertreter keine Verkaufsaufträge erteilen, und dieser hat aus den vermittelten Geschäften die volle Provision zu beanspruchen. Ganz allgemein hat der Unternehmer es zu vertreten, sofern Schwierigkeiten in der Rohstoffbeschaffung, betriebliche Überlastung oder Lieferschwierigkeiten bei den Vorlieferanten auftreten und daraufhin die Ausführung des Geschäfts unterbleibt
- Produktionsengpässe oder -schwierigkeiten im eigenen Unternehmen, auch durch zu hohe Auftragseingänge

