



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 31/07

Verkündet am:  
5. März 2008  
Ring,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

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

HGB § 87a

- a) 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.
- b) 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.).
- c) 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.).

BGH, Urteil vom 5. März 2008 - VIII ZR 31/07 - OLG Frankfurt a.M.

LG Gießen

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 2008 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richter Wiechers und Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Hessel sowie den Richter Dr. Achilles

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19. Januar 2007 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 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.
- 2 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 geriet in den Jahren 2002 und 2003 in wirtschaftli-

che Schwierigkeiten. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 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.

- 3 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.

### Entscheidungsgründe:

- 4 Die Revision hat keinen Erfolg.

#### I.

- 5 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

- 6 Dem Kläger stehe kein Anspruch auf Rückzahlung an den Beklagten geleisteter Provisionen zu. Der Beklagte sei Untervertreter der Schuldnerin gewesen. Sein Provisionsanspruch sei entstanden und fällig geworden, da die Bank



die vom Beklagten vermittelten Verträge mit ihren Kunden abgeschlossen und auch begonnen habe, diese auszuführen.

7           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.

8           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 habe die Nichtausführung der Sparverträge zu vertreten. Es komme nicht darauf ab, ob die Organe der Bank an deren Insolvenz ein Verschulden treffe. Ausreichend sei, dass der Umstand, der die Nichtleistung begründe, in den Risikobereich des Unternehmers falle. Dies sei bei einer Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung der Fall. Die Unfähigkeit, Geldschulden zu begleichen, sei stets zu vertreten. Dasselbe gelte für das gegen die Bank verhängte Geschäftsverbot; dieses habe seinen Grund in der nicht mehr gewährleisteten Zahlungsfähigkeit der Bank gehabt.

## II.

9           Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Rückzahlung der Provisionen, die nach dem Vorbringen des Klägers von

der Schuldnerin an den Beklagten für die Vermittlung von Ratensparverträgen zwischen der Bank und deren Kunden gezahlt worden sein sollen.

10 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. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Provisionsansprüche des Beklagten gegen die Schuldnerin nicht aus diesem Grund entfallen sind.

11 1. Nach § 87a Abs. 2 HGB entfällt der Anspruch auf Provision, wenn feststeht, dass der Dritte nicht leistet; bereits empfangene Beträge sind zurückzugewähren. Einen Rückgewähranspruch nach dieser Vorschrift hat das Berufungsgericht zutreffend verneint.

12 a) 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 Rdnr. 18, 24; Staub/Brüggemann, HGB, 4. Aufl., § 87a Rdnr. 19, 21; MünchKommHGB/v.Hoyningen-Huene, 2. Aufl., § 87a Rdnr. 28, 41, 49; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Löwisch, HGB, 2. Aufl., § 87a Rdnr. 4).

13           b) Soweit es danach für den Wegfall des Provisionsanspruchs eines Untervertreters 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, sondern der Auftraggeber des Hauptvertreters. Für den Wegfall des Provisionsanspruchs eines Untervertreters 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 Untervertretung 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. Denn bei den Bestimmungen innerhalb des § 87a HGB über die Rechtsfolgen der Ausführung und der Nichtausführung des Geschäfts durch den Unternehmer handelt es sich um korrespondierende Regelungen mit übereinstimmendem Unternehmerbegriff. Im Verhältnis zum Beklagten war somit nicht die Schuldnerin, sondern die Bank Unternehmer im Sinne des § 87a Abs. 3 HGB. Dies wird vom Kläger im Revisionsverfahren auch nicht mehr in Zweifel gezogen.

14           c) 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. Dies berechtigte die Kunden, auf die Nichtausführung des Geschäfts durch die Bank mit einer fristlosen Kündigung der Sparverträge und der Einstellung ihrer Zahlungen auf die Sparverträge zu reagieren (§ 700 Abs. 1 i.V.m. § 490 BGB). 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.

15            2. 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). In einem solchen Fall besteht ein Rückgewähranspruch in entsprechender Anwendung des § 87a Abs. 2 Halbs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB (ebenso Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Löwisch, aaO, Rdnr. 32, 40; Staub/Brüggemann, aaO, Rdnr. 17; Ruß in: HK-HGB, 7. Aufl., § 87a Rdnr. 6).

16            Das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Wegfall des Provisionsanspruchs des Beklagten hat das Berufungsgericht zutreffend verneint. Es hat entgegen der Auffassung der Revision die Anforderungen an den Ausnahmetatbestand des § 87a Abs. 3 Satz 2 HGB nicht überspannt.

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

18           a) 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/Strohn/Löwisch, aaO, Rdnr. 23; Staub/Brüggemann, aaO, Rdnr. 31; Baumbach/Hopt, aaO, Rdnr. 26; MünchKommHGB/v.Hoyningen-Huene, aaO, Rdnr. 53). Die Insolvenz des Unternehmers fällt nach einhelliger 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/Strohn/Löwisch, aaO; Staub/Brüggemann, aaO, Rdnr. 31; Baumbach/Hopt, aaO; MünchKommHGB/v.Hoyningen-Huene, aaO, Rdnr. 54).

19           b) Vergeblich macht die Revision demgegenüber unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 63, 69 ff.) geltend, das Berufungsgericht hätte nicht offen lassen dürfen, sondern aufklären müssen, ob der Bank hinsichtlich ihrer Insolvenz persönliches Verschulden ihrer Organe zur Last falle; nur in diesem Fall bliebe der Provisionsanspruch des Beklagten bestehen, nicht dagegen, wenn der finanzielle Zusammenbruch der Bank auf Umstände zurückzuführen sei, die höhere Gewalt darstellten. Damit dringt die Revision nicht durch.

20           Ob es besonders gelagerte Ausnahmefälle unverschuldeter Insolvenz infolge höherer Gewalt geben kann, in denen der Provisionsanspruch des Handelsvertreters entfällt, wenn die Nichtausführung des Geschäfts hierauf zurückzuführen ist (vgl. RGZ 63, 69, 71 f. zu der früheren, von § 87a HGB teilweise abweichenden Bestimmung in § 88 Abs. 1 HGB aF), ist im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden. Denn für das Berufungsgericht bestand entgegen der Auffassung der Revision keine Veranlassung zur Tatsachenaufklärung hinsichtlich der Gründe für die Insolvenz der Bank.

21           Den Gründen des Berufungsurteils und dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, auf den das Berufungsurteil Bezug nimmt, ist nicht zu entnehmen, dass der Kläger in den Tatsacheninstanzen behauptet hätte, dass die Insolvenz der Bank auf höhere Gewalt zurückzuführen sei und die Bank aus diesem Grund die Nichtausführung der Sparverträge nicht zu vertreten habe. Die Revision rügt insoweit auch nicht, dass das Berufungsgericht entsprechenden Tatsachenvortrag unter Verstoß gegen § 286 ZPO übergangen habe. Dafür ist auch nichts ersichtlich. Vielmehr hat der Kläger, worauf die Revisionserwiderng 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 ursächlich 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 Sparverträge nach dem beiderseits vorgetragenen Sachverhalt 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 Finanzdienstleistungsaufsicht und

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

Ball

Wiechers

Dr. Frellesen

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Vorinstanzen:

LG Gießen, Entscheidung vom 12.01.2006 - 2 O 292/05 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 19.01.2007 - 4 U 34/06 -