

2. KONGRESS MAKLERRECHT: VORTRAG

Der Außendienstmitarbeiter im Maklerbetrieb

Dortmund, 29.10.2015

Referentin: Britta Oberst, Rechtsanwältin für Vertriebsrecht, Bremen

Überblick

- Angestellte oder Handelsvertreter?
- Rückforderung unverdienter Vorschüsse
- Vertragsgestaltung

Angestellte oder Handelsvertreter?

Angestellte oder Handelsvertreter?

- Angestellter im Außendienst (ADM) = Arbeitnehmer
- Handelsvertreter (HV) = Unternehmer

Angestellte oder Handelsvertreter?

Vor Vertragsschluss Vor- und Nachteile des jeweiligen Status bedenken, wie z.B.

- Weisungsrechte für Arbeitszeit, -ort und -inhalt (ADM)
- Sozialversicherungspflicht (ADM)
- Unabdingbare Provisionsansprüche (ADM)
- Erfolgsabhängige Vergütung beim ADM eingeschränkt durch Mindestlohn
- Rein erfolgsabhängige Vergütung (HV)
- Ausgleichsanspruch (HV)

Angestellte oder Handelsvertreter?

- Beim ADM MiLoG beachten
Mindestlohn € 8,50 brutto/h
- Vorsicht bei Abreden zur Verrechnung von
Provisionsgarantie mit etwaigen
Provisionsrückforderungsansprüchen

Angestellte oder Handelsvertreter?

Bei Entscheidung für HV:

- Vorsicht vor Scheinselbständigkeit
- Selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann
- Maßgeblich: tatsächliche Handhabung

Angestellte oder Handelsvertreter?

Bei Entscheidung für HV:

Auch gegenüber HV besteht Weisungsrecht

Voraussetzungen einer Weisung:

1. Konkretisierung einer Vertragspflicht
2. Von sachlichen Erwägungen getragen
(keine Willkür)
3. Zumutbarkeit für HV
4. Kein Eingriff in den Kernbereich der
Selbständigkeit

Angestellte oder Handelsvertreter?

Gegenüber HV daher unbedingt vermeiden:

Kern der Selbständigkeit verletzende Weisungen, z.B.

- feste Arbeitszeitvorgaben
- Verpflichtung zur Vorlage von ärztlichen AU-Bescheinigungen
- Genehmigungspflicht für Urlaub
- Pensumvorgaben, die Arbeitszeithoheit nehmen

Angestellte oder Handelsvertreter?

Vorsicht auch bei:

- Anmietung, Ausstattung und Unterhaltung des Büros durch U, wenn bindende Vorgabe des Arbeitsorts
- Verbot, Hilfskräfte zu beschäftigen
- Anforderung von Tätigkeitsberichten
- Teilnahmepflichten für nicht fachliche Schulungen

Angestellte oder Handelsvertreter?

Unproblematisch:

- Wettbewerbsverbot
- Tätigkeit nur für ein U
- Abstimmung von Werbemaßnahmen
- Nachbearbeitungspflicht
- Verwendung nur von Unterlagen des U für die Vermittlungstätigkeit

Angestellte oder Handelsvertreter?

Beendigung des Mitarbeitervertrags:

- Kündigungsschutz für ADM
- Fristlose Kündigung
- wichtiger Grund
- Abmahnung
- Überlegungsfrist (ADM 2 Wochen; HV bis zu 2 Monate)

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

Entstehung des Provisionsanspruchs für ADM und HV

mit Geschäftsausführung:
§ 92 Abs. 4 HGB

Zahlung der geschuldeten Prämie oder des Beitrags durch den VN

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

Wegfall des Provisionsanspruchs

wenn feststeht, dass Kunde o. VN nicht zahlt:

- Insolvenz
- eidesstattliche Versicherung („Offenbarungseid“)

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

§ 87a Abs. 3 HGB lautet:

„Der Handelsvertreter hat auch dann einen Anspruch auf Provision, wenn feststeht, daß der Unternehmer das Geschäft ganz oder teilweise nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen worden ist. Der Anspruch entfällt im Falle der Nichtausführung, wenn und soweit diese auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind.“

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

„Vertretenmüssen“ i.S.v. § 87 a Abs. 3 HGB:
Nachbearbeitungsgrundsätze

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

U selbst kann geeignete Maßnahme zur Stornoabwehr treffen

„Vertretenmüssen“ aber dennoch häufig (+) bei nicht erteilter Stornogefahrmitteilung, z.B., wenn eigene Maßnahmen nicht ausreichend waren

Stornogefahrmitteilung an:

- Bestandsnachfolger i.d.R. nicht ausreichend (BGH)
- ausgeschiedene ADM sinnlos (BAG)

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

Entbehrlichkeit von Stornogefahrmitteilungen:

- Erkennbare Aussichtslosigkeit der Nachbearbeitung, Betreuerwechsel und vom Kunden ausgesprochenem „Kontaktaufnahmeverbot“
- Kenntnis des ADM/HV von der Stornogefahr, z.B. bei fortlaufender Betreuung des Kunden nach Beendigung des Mitarbeitervertrages



Kleinststornos? Bagatellgrenze für unverdiente HV-Provision i.H.v. € 100 gilt nicht gegenüber ADM (BAG)

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

Inhalt der Stornogefahrmitteilung:

- Vermittler muss in die Lage versetzt werden, eine ordnungsgemäße Nachbearbeitung vorzunehmen
- Erforderliche Angaben einer Stornogefahrmitteilung:
 - Name des Kunden
 - Vertragsdaten
 - Datum und Höhe des Beitragsrückstandes
 - Grund der Vertragsstörung

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

Zeitpunkt der Stornogefahrmitteilung:

- unverzüglich, also so zeitnah, dass Rettung des Vertrages möglich
- abhängig vom Einzelfall; 4-8 Wochen nach Eintritt der Vertragsstörung i.d.R. zu spät

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

Bei laufender Verrechnungsvereinbarung i.d.R.
Saldoklage erforderlich

Bestreiten des Saldos durch ADM / HV
unerheblich bei Saldoanerkennung

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

Rechtssicheres Anerkenntnis durch:

- Anerkenntnis bestimmter Abrechnung; kein Anerkenntnis künftiger Salden
- Ausreichende Prüfungsmöglichkeit für ADM/HV
- Keine Verknüpfung zwischen Abgabe des Anerkenntnisses und Erfüllung von Ansprüchen des ADM/HV

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

Bei zulässigem Bestreiten des Saldos:

- Darlegung zu jedem einzelnen Stornovorgang erforderlich
- Rspr. zu den Einzelheiten uneinheitlich

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

- Konkretisierung des betroffenen Vertrages (Name des VN, Versicherungsscheinnummer, Partnergesellschaft, Beginn)
- Höhe der Provisionsgutschrift und der betroffenen Abrechnung
- Datum und Grund der Stornierung sowie entsprechende Unterlagen hierzu
- Nachbearbeitungsmaßnahmen oder Darlegungen, aus welchen Gründen diese entbehrlich waren

Rückforderung unverdienter Vorschüsse

- Buchauszug
- Aufstellung über sämtliche provisionspflichtigen Vorgänge
- Zwingendes Recht
- Verzicht im Voraus unwirksam



Gilt für ADM/HV

Vertragsgestaltung

Vertragsgestaltung

Formularmäßige Vertragsklauseln
unterliegen richterlicher Inhaltskontrolle (§§
305 ff. BGB)

„unangemessene Benachteiligung“

Transparenz (Verständlichkeit) der Regelung

Vertragsgestaltung

Vorsicht bei dynamischen Verweisungen, insbesondere, wenn die Provision sich an sich ändernde Courtagetabellen knüpft:

- Grundsätzlich sind Verweisungen auf andere Regelwerke zulässig, wenn in Bezug genommene Regelungen bestimmbar sind
- Bestimmbarkeit (-), wenn Regelwerke nicht beigefügt sind und auch kein anderer Weg zur Feststellung des Bezugsobjekts (z.B. Fundstelle im Intranet) aufgezeigt wird

Vertragsgestaltung

Rechtsfolgen der Unwirksamkeit der Verweisung

Es gilt weiter:

- § 92 Abs. 4 HGB – der Provisionsanspruch entsteht daher nicht unbedingt nur mit Policierung
- der Grundsatz, dass unverdiente Provisionsvorschüsse zurück zu zahlen sind

Vertragsgestaltung

Wie viele Prämien müssen gezahlt werden, damit die Provision verdient ist?

- Auslegung des Vertrags mit ADM/HV
- § 80 Abs. 5 VAG, aber LVRG-Tarife, SHU
- Allgemeine Üblichkeiten der Branche
- Courtage-Bedingungen der Versicherer

Vertragsgestaltung

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

- Form: Schriftform, gesonderte Urkunde
- Zeit: max.: 2 Jahre (inkl. Freistellungszeitraum)
- Ort: bisheriger Wirkungsbereich des ADM/HV
- Gegenstand: Vertragsprodukte

Vertragsgestaltung

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot:

- Karenzentschädigung:
Höhe muss geregelt werden bei ADM,
bei HV str., h.M. (-)
- ggf. Abzug ersparter Aufwendungen
- Verzichtsmöglichkeit für U

Vertragsgestaltung

Stornoreserveeinbehalt üblich für ADM/HV

Vorsicht bei möglicher Übersicherung:

„Ein Anspruch des Vermittlers auf Auszahlung der Stornoreserve nach dessen Ausscheiden entsteht erst in dem Zeitpunkt, in dem sämtliche Forderungen der AG gegen den Vermittler, ggf. auch prozessual, ausgeglichen sind und sämtliche Verträge sich außerhalb der Haftungszeit befinden.“

Vertragsgestaltung

Einstellung der Diskontierung der Provision im Falle der Kündigung des Vertrages mit ADM/HV möglich?

„Der Anspruch auf Diskontierung der Provision entfällt mit Zugang der Kündigung beim anderen Vertragsteil.“

Vertragsgestaltung

Regelmäßige - auch formularmäßige –
Saldenbestätigungen grundsätzlich zulässig

„Zur Erstellung des Jahresabschlusses hat uns unsere Wirtschaftsprüfungsgesellschaft um Mitteilung offener Forderungen unserer Vertriebspartner gebeten. Bitte teilen Sie auf anliegender Zweitschrift mit, dass bis zum Stichtag richtig und vollständig abgerechnet ist, bzw. dass und welche Forderungen noch offen sind.“

Vertragsgestaltung

Anerkenntnis durch Schweigen?

„Die auf den dem Vermittler übermittelten Kontoauszügen ausgewiesenen Belastungen und die dort ausgewiesenen Salden gelten als vom Vermittler ausdrücklich anerkannt, falls er nicht innerhalb von 4 Wochen ab Erhalt des Kontoauszuges hiergegen Widerspruch erhebt.“

Vertragsgestaltung

Vorsicht bei Kündigungserschwerenis:

- Grundsatz für HV folgt aus:
 - § 89 Abs. 2 Satz 1, 2. HS HGB
- Grundsatz für ADM folgt aus:
 - Art. 12 Abs. 1 GG

Vertragsgestaltung

Provisionsverzichtsklausel

„Mit Beendigung des Vertrages erlöschen sämtliche Ansprüche des Vermittlers auf Vergütungen jeder Art; ausgenommen sind Provisionen aus vor Vertragsende eingereichten Anträgen“

Ausschluss von Provisionen entgegen § 87 Abs. 3 HGB benachteiligt ADM unangemessen, da ADM keinen AA erhält; es sei denn, ADM partizipiert bei Eintritt an diesen Provisionen von Bestandsvorgängern

Vertragsgestaltung

- Vermeidung von Ausgleichsansprüchen, § 89 b HGB
- Verzicht im Voraus unwirksam, § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB
- „Grundsätze“ sind stets anwendbar
- Beschränkungsmöglichkeiten:
 - Einmal- / Stückprovision
 - Erhöhte erstjährige Provision
 - Pensumvergütung auf den Bestand, z.B. WZW

Fazit

- Vor Vertragsschluss Vor- und Nachteile des Status als ADM/HV bedenken
- Bei der Zusammenarbeit mit HV Scheinselbstständigkeit vermeiden
- Ausreichende Vorkehrungen zur erfolgreichen Rückforderung unverdienter Provisionsvorschüsse schaffen
- Fallstricke in der Vertragsgestaltung vermeiden

Fragen ?

Partner: Dr. Gernot Blanke, Dr. Klaus Meier,
Jürgen Evers

Bereich VR: Jürgen Evers, Reinhold Friele, Mary
Gyamfuaa, Britta Oberst, Juliane
Reichard, Aline Reus, Sascha
Alexander Stallbaum, Dr. Friedemann
Utz

Adresse: Schwachhauser Heerstraße 25
28211 Bremen

Telefon: 0421 / 696 77 0

Telefax: 0421 / 696 77 166

E-Mail: info@vr.bme-law.de

Internet: <http://www.bme-law.de>