

Vorauserfüllung durch Einmalprovision

Vergütung von Geschäft und Geschäftsverbindung
kann Ausgleich unzulässig beschränken

Jürgen Evers

Das OLG Köln ist der Ansicht, die Zahlung eines Ausgleichs müsse nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB jedenfalls aus anderen Gründen der Billigkeit entsprechen, wenn dem Handelsvertreter infolge Vertragsbeendigung keine Provisionen entgingen.¹ Es will dem Aspekt, dass die Vermittlungstätigkeit des Vertreters vertragsgemäß durch Einmalprovisionen vollständig abgegolten werden solle, erhebliche Bedeutung für den Ausgleich beimessen.² Dem kann nicht gefolgt werden.

Für die Frage, was mit der Provision vergütet wird, kommt es nicht darauf an, ob die Vermittlungstätigkeit nach dem Parteiwillen vollständig durch Einmalprovisionen abgegolten werden soll, sondern darauf, was nach den maßgeblichen Vorschriften des Gesetzes vergütet wird.

Nach § 87 HGB erhält der Vertreter die Provision für ein Geschäft.³ Der Ausgleich gemäß § 89 b Abs. 1 HGB vergütet die Schaffung einer Geschäftsverbindung.⁴ Unter einem Geschäft ist ein Rechtsverhältnis zu verstehen, das den Dritten zu der Leistung verpflichtet, aus der sich die Provision nach dem Vertretervertrag berechnet.⁵ Geschäftsverbindung meint eine auf geschlossenen Geschäften gleicher Art basierende und nach kaufmännischer Branchenerfahrung begründete Erwartung gleichartiger Folgegeschäfte in überschaubarer Zeit.⁶ Die Geschäftsverbindung unterscheidet sich dadurch vom Geschäft, dass sie nur Hoffnungen und Chancen zum Gegenstand hat, während das Geschäft den Anspruch auf Leistung gegen den Dritten begründet.⁷

Wird dem Vertreter eine Einmalprovision dafür versprochen, dass ein Telekommunikationsdienstleistungsvertrag (TDV) auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist, kann nicht angenommen werden, er werde so für Geschäft und Geschäftsverbindung entgolten. Maßgeblich für die Beurteilung ist nicht der Parteiwille, sondern das Gesetz. TDV mit Verbrauchern können nach § 56 Abs. 1 TKG mit einer anfänglichen Laufzeit von längstens 24 Monaten geschlossen werden. Im

Allgemeinen sehen sie vor, dass sie sich stillschweigend verlängern. Gemäß § 56 Abs. 3 Satz 1 TKG kann der Verbraucher sie nach der Erstlaufzeit mit Monatsfrist kündigen. Es handelt sich um Dauerverträge mit unbestimmter Laufzeit.

Für Gebrauchsüberlassungs- und Nutzungsverträge von unbestimmter Laufzeit sieht § 87 b Abs. 3 Satz 2, 1. HS HGB vor, dass die Provision von dem Entgelt bis zu dem Zeitpunkt zu berechnen ist, zu dem erstmals von dem Dritten gekündigt werden kann. § 87 b Abs. 3 Satz 2, 2. HS HGB räumt dem Vertreter Anspruch auf weitere entsprechend berechnete Provisionen ein, wenn der Vertrag fortbesteht. Der Begriff Gebrauchsüberlassungs- und Nutzungsverträge erfasst auch Dienstleistungsverträge.⁸ TDV, die sich stillschweigend verlängern, sind daher auf unbestimmte Zeit geschlossene Verträge i.S.d. § 87 b Abs. 3 Satz 2 HGB.⁹

GREIFT DAS UNABDINGBARKEITSGEBOT?

Wird der Anspruch des Vertreters auf Folgeprovision ausgeschlossen, verbleibt es beim Anspruch auf Erstprovision. Da der Ausgleich den Vertreter für seine über das einzelne Geschäft hinausgehende Leistung vergütet¹⁰ und die Einmalprovision bereits das Erstgeschäft entgelt, ist die Annahme, die Einmalprovision vergüte auch die Geschäftsverbindung nicht ohne weiteres gerechtfertigt. Die Einmalprovision könnte deshalb nur dann vollständig die Vermittlungstätigkeit entgelten, wenn sie wegen ihrer Höhe Geschäft und Geschäftsverbindung gleichermaßen vergüte. Soll die Einmalprovision damit aber den Ausgleich vorauserfüllen, muss der Unternehmer darlegen, dass eine höhere als die übliche Vergütung für das Geschäft vereinbart ist,¹¹ um auszuschließen, dass die Einmalprovision einen Umgehungstatbestand verwirklicht.¹² Ein Verstoß gegen § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB kann zudem nur dadurch ausgeräumt werden, dass die Einmalprovision in den den Ausgleich entgeltenden Teilen rückforderbar gestellt wird für den Fall, dass ein Ausgleich nicht entsteht.¹³ Ohne

Feststellungen hierzu verletze die Annahme, die Einmalprovision entgelte die Geschäftsverbindung, den Unabdingbarkeitsgrundsatz.¹⁴

Der Einmalprovisionen erhebliche Bedeutung für die Ermittlung des Ausgleichs beizumessen, wäre auch mit § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB unvereinbar. Danach sind im Rahmen der Billigkeit alle in Betracht kommenden Umstände zu berücksichtigen.¹⁵ Anspruchsmindernde sind gegen anspruchserhaltende Aspekte abzuwägen.¹⁶ Da die Einmalprovision zum Nachteil des Vertreters die Folgeprovision nach § 87 b Abs. 3 Satz 2, 2. HS HGB ausschließt, stünde einem anspruchsmindernden Aspekt fehlender Provisionsverluste der anspruchserhaltende Gesichtspunkt gegenüber, dass Folgeprovisionen ausgeschlossen werden. Anspruchsmindernde und -erhaltende Billigkeitgesichtspunkte hielten sich insoweit die Waage.

1 OLG Köln, 26.01.2024 - 19 U 140/22 - EVERS.OK LS 22 – Telekom 4 –.

2 OLG Köln, 26.01.2024 - 19 U 140/22 - EVERS.OK LS 58 – Telekom 4 –; 24.11.2023 - 19 U 146/22 - EVERS.OK LS 207 – Telekom 3 –.

3 BGH, 19.05.1982 - I ZR 68/80 - EVERS.OK LS 9 m.w.N. – Heizkessel –.

4 BGH, 19.05.1982 - I ZR 68/80 - EVERS.OK LS 11 m.w.N. – Heizkessel –.

5 Hopt, HGB, 43.A., § 84 Rz. 22; Evers, ZVertriebsR 22, 343, 344; ders., IHR 23, 229, 234, sub III Rz. 14 zu Art. 7 RiLi 86/653/EWG; EVERS.OK Anm 15.2.5 m.w.N. zu LG Osnabrück, 04.12.2001 - 14 O 366/00 –AachenMünchener 3 –.

6 EVERS.OK Anm 11.2 zu OLG Düsseldorf, 21.02.1997 - 16 U 118/93 – Daihatsu 2 –.

7 EVERS.OK Anm 50.5 zu EuGH, 23.03.2023 - C-574/21 – O2 –.

8 OLG Saarbrücken, 09.07.1997 - 1 U 355/96-61 - EVERS.OK LS 38 m.w.N..

9 EVERS.OK Anm 207.5.6 zu OLG Köln, 24.11.2023 - 19 U 146/22 – Telekom 3 –.

10 BGH, 13.05.1957 - II ZR 19/57 - EVERS.OK LS 24 – Rohdiamanten –.

11 BGH, 13.01.1972 - VII ZR 81/70 - EVERS.OK LS 43 – Kartonagen und Verpackungspapiere –.

12 Vgl. dazu EVERS.OK Anm 12.5 zu OLG München, 10.03.1993 - 7 U 5352/92 – Versicherungen –.

13 BGH, 13.01.1972 - VII ZR 81/70 - EVERS.OK LS 20 m.w.N. – Kartonagen und Verpackungspapiere –.

14 Vgl. OLG Düsseldorf, 31.01.2020 - I-16 U 6/19 - EVERS.OK LS 18 – Mobilfunk 2 –.

15 BGH, 23.02.1967 - VII ZR 269/64 - EVERS.OK LS 15 – Favorit –.

16 BGH, 21.11.1960 - VII ZR 235/59 - EVERS.OK LS 16 – Lampen –.



Jürgen Evers

Evers Rechtsanwälte für Vertriebsrecht

VGA Bundesverband der
Assekuranzführungskräfte e. V.

Arbeitgeberverband für das private Versicherungs-Vermittler-Gewerbe

Wir. Steuern. Führung.

E-Mail: info@vga-koeln.de
Internet: www.vga-koeln.de

Peterstraße 23-25
50676 Köln
Telefon: 0221 952 1280
Telefax: 0221 952 1282

