

BGH-Urteil

## Müssen Vertreter die Provision nach rechtswidriger Bafin-Verfügung zurückzahlen?

**Ordnet die Bafin rechtmäßig die Einstellung und Rückabwicklung vermittelter Geschäfte an, so bleibt der Provisionsanspruch des Vertreters bestehen. Anders sieht es jedoch aus, wenn die Anordnung der Bafin rechtswidrig war, so ein BGH-Urteil. Rechtsanwalt Jürgen Evers kommentiert.**

### Der Fall

Im Streitfall klagte ein Unternehmer in der Rechtsform einer AG & Co. KG auf Rückzahlung von Handelsvertreterprovision. Er hatte ein Geldanlagemodell angeboten, bei dem Anleger mit der Treuhandkommanditistin des Unternehmers einen Treuhandvertrag abschließen konnten. Mit diesem wurde den Anlegern wirtschaftlich die Stellung eines Kommanditisten an der Kommanditgesellschaft des Unternehmers eingeräumt. Der Unternehmer überließ die Vermittlung der Treuhandverträge einem Vermittler gegen Zahlung einer Provision, die sich aus den gezeichneten Einlagen errechnete. Die Bafin untersagte das Geldanlagemodell und die Entgegennahme von Geldern der Anleger. Ferner ordnete sie die unverzügliche Abwicklung der nach ihrer Ansicht unerlaubt betriebenen Geschäfte an.

Der Unternehmer nahm den Vermittler auf Rückzahlung der Provision in Anspruch. Das OLG Braunschweig verurteilte den Vermittler, die Provision zurückzahlen zu müssen. Die Revision des Vermittlers blieb ohne Erfolg.

### Das BGH-Urteil

Der BGH hatte zunächst festgestellt, dass der Vermittler als Handelsvertreter tätig gewesen sei. Dem stehe nicht entgegen, dass die Vermittlung der Geschäfte nicht vom Unternehmer selbst, also der AG & Co. KG, ausgeführt worden sind, sondern von deren Treuhandkommanditistin. Die Personenverschiedenheit bezüglich des Vertragspartners des Handelsvertreters einerseits und des Vertragspartners der auf dessen Vermittlung mit den Anlegern abgeschlossenen Geschäfte andererseits stehe der Anwendbarkeit des Handelsvertreterrechts nicht entgegen.

# DAS INVESTMENT

Der Handelsvertreter habe nach § 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB grundsätzlich Anspruch auf Provision, wenn feststeht, dass der Unternehmer das vermittelte Geschäft nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen worden ist. Im Falle der Nichtausführung entfalle der Provisionsanspruch gemäß § 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB nur dann, wenn und soweit die Nichtausführung auf Gründen beruhe, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind. In diesem Fall habe der Vertreter die bereits empfangene Provisionen in entsprechender Anwendung von § 87 a Abs. 2, 2. HS HGB i.V.m. §§ 346 ff. BGB zurückzuzahlen.

Bei der Frage, ob der Unternehmer die Nichtausführung des Geschäfts zu vertreten hat, ist nach Ansicht des BGH im Verhältnis zum Vertreter nicht derjenige als Unternehmer anzusehen, mit dem der Vertreter den Vertretervertrag geschlossen hat, sondern die Firma, der die Ausführung der vermittelten Geschäfte gegenüber den Anleger obliegt. Dies war im Streitfall die Treuhandkommanditistin.

Ein Geschäft werde im Sinne von § 87 a Abs. 3 HGB nicht ausgeführt, wenn der Unternehmer die geschuldete Leistung insgesamt nicht erbringe. Leiste er das Geschuldete nur teilweise, führe er das Geschäft *teilweise* nicht aus. Eine vollständige Nichtausführung sei insbesondere dann gegeben, wenn das Geschäft rückgängig gemacht werde.

Vermittelt ein Vertreter Sparverträge, liege eine Nichtausführung durch die vertretene Bank teilweise vor, soweit diese aufgrund Bescheids der Bafin gehindert ist, die genannten Verträge weiter auszuführen. Nach Ansicht des BGH sei nicht zu beanstanden, dass das OLG eine mindestens hälftige Nichtausführung angenommen habe, nachdem die Treuhandkommanditistin im Streitfall durch die Bafin-Verfügung gehindert war, die Anlagegeschäfte weiter auszuführen.

Der Unternehmer habe die Nichtausführung des Geschäfts i.S. v. § 87a Abs. 3 S. 2 HGB zu vertreten, wenn ihm oder seinen Erfüllungsgehilfen insoweit persönliches Verschulden zur Last fällt (§§ 276, 278 BGB). Ebenfalls sei ein Vertretenmüssen des Unternehmers zu bejahen, wenn die Nichtausführungsgründe seinem unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich zuzuordnen sei. Dabei könne es sich auch um eine vertragliche Risikoübernahme handeln. Umstände, die nicht seinem unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich zuzuordnen sind, habe der Unternehmer nicht zu vertreten. Dies gelte etwa für unvorhersehbare Betriebsstörungen oder rechtswidrige Eingriffe von hoher Hand. Dabei komme es auf den Einzelfall an.

Erlässt die Bafin ein Veräußerungs- und Zahlungsverbot gegen den vertretenen Unternehmer, nachdem dieser in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten ist, so fielen die Zahlungsschwierigkeiten in den Risikobereich des Unternehmers. Auch die daraufhin ergriffenen Zwangsmaßnahmen der Bafin, aufgrund derer die Sparverträge vom Unternehmer nicht weiter ausgeführt werden konnten, seien von ihm zu vertreten.

# DAS INVESTMENT

Ein rechtswidriges behördliches Einschreiten ist vom Unternehmer nicht zu vertreten

Anders sehe es aus, wenn die Nichtausführung auf rechtswidrigen Bescheiden der Bafin beruhen, die zur Rückabwicklung der vermittelten Verträge zwingen. Ein rechtswidriges behördliches Einschreiten, mit dem ein bereits praktiziertes Geschäftsmodell zum Scheitern gebracht wird, könne nicht dem unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich des Unternehmers zugeordnet werden und sei daher vom Unternehmer nicht zu vertreten.

Haben die Treuhandkommanditistin und der Unternehmer Widerspruch gegen den rechtswidrigen Bescheid eingelegt, und sei nicht ersichtlich, dass derartige Maßnahmen die Nichtausführung hätten verhindern können, sei ein Vertretenmüssen des Unternehmers i.S. von § 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB auch nicht unter dem Aspekt zu sehen, dass dieser erfolgsversprechende Rechtsschutzmaßnahmen unterlassen habe.

Damit muss der Handelsvertreter die Provision zurückzahlen.

## Das meint der Experte

Die Entscheidung verdient Zustimmung. Das Produkt des Handelsvertreters ist das Geschäft. Der vertretene Unternehmer erwirbt durch die Tätigkeit einen Rechtsanspruch gegen den Kunden, die zur Ausführung des Geschäfts erforderliche Leistung zu erbringen.

Wird die Geschäftsausführung von staatlicher Seite untersagt, so trägt der Unternehmer das Provisionsrisiko der Nichtausführung nur dann, wenn die Untersagungs- und Rückabwicklungsverfügung rechtmäßig ergeht, da er für die Durchführbarkeit seines Geschäftsmodells verantwortlich ist.

Rechtswidrige hoheitliche Eingriffe fallen jedenfalls dann nicht in die Risikosphäre des Unternehmers, wenn sich dieser vergeblich gegen diese zur Wehr gesetzt hat. Hierfür kann der Unternehmer nicht als verantwortlich angesehen werden.

Darüber hinaus deckt sich die Entscheidung mit der Auslegung, die der EuGH zur Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 der Handelsvertreterrichtlinie vorgenommen hat. Danach kann sich der Begriff „Umstände, die vom Unternehmer zu vertreten sind“ nicht nur auf Rechtsgründe beziehen, die unmittelbar zur Beendigung des Vertrages geführt haben, sondern auch auf die Ursachen dieser Beendigung.

Dieser Artikel erschien am **25.10.2017** unter folgendem Link:

<http://www.dasinvestment.com/bgh-urteil-muessen-vertreter-die-provision-nach-rechtswidriger-bafin-verfuegung-zurueckzahlen/>

# DASINVESTMENT