

zwungen und damit gegen das – durch Art. 2 I GG abgesicherte – Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter verstoßen wird. In der Tat erscheint zweifelhaft, warum der Bürge B selbst dann noch für den Saldo in Höhe von € 10.000 haften soll, wenn S alle Kreditraten gezahlt hat. Wendet man auf die Verrechnung im Kontokorrent § 366 BGB an, wie es die h.L. befürwortet, kommt es gemäß Absatz 1 der Vorschrift in erster Linie auf eine **Tilgungsbestimmung des Schuldners** an. Diese kann **auch konkludent** erfolgen und ist in der regelmäßigen, dem Darlehensvertrag entsprechenden Ratenzahlung zu sehen. Durch diese Ratenzahlung wird erkennbar, dass S auf das Darlehen und nicht auf die Kaufpreisschuld zahlen will. Im Ergebnis sind daher die sechs gezahlten Raten auf die Darlehensforderung von € 10.000 anzurechnen, weshalb im kausalen Saldo von € 12.000 nur noch eine durch Bürgschaft gesicherte Forderung von € 7.000 enthalten ist. Nur für diese Restforderung von € 7.000 haftet im Hinblick auf die in § 767 BGB zum Ausdruck kommende Akzessorietät der Bürgschaft der B.

**c) Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB)**

Der Inanspruchnahme des B aus der Bürgschaft steht insoweit auch nicht die Einrede der Vorausklage aus § 771 BGB entgegen, weil der Hauptschuldner S insolvent ist. In einem solchen Fall greift die Ausnahme des § 773 I BGB jedenfalls dann ein, wenn das Insolvenzverfahren eröffnet wird (Nr. 3) oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt ist (Nr. 4).

## § 19. Fälle zum Handelsvertreter und Vertragshändler

### Fall Nr. 34 – Provision

**Grundfall:** Handelsvertreter H ist für Unternehmer U tätig. U stellt auf vorherigen Kundenauftrag Spielwaren her, insbesondere Puzzles mit verschiedenen Motiven sowie Puppen, und liefert diese dann dem jeweiligen Besteller. H soll dem U dauerhaft (Vertragslaufzeit: 3 Jahre) Verträge mit bzw. Aufträge von Warenhäusern über Puzzles vermitteln und ist dabei in der Gestaltung seiner Arbeitszeit vollkommen frei. Beahlt wird H nur nach erfolgreicher Vermittlung; ein erfolgsunabhängiges Grundgehalt bezieht er nicht. Bevollmächtigt hat U den H nicht. W ist Warenhausbetreiber, zu seinem Sortiment gehören auch Spielwaren.

Hat H in den nachfolgenden Fällen einen Provisionsanspruch gegen U? (Hinweis zur Fallbearbeitung: Ohne abweichende Angaben ist von einer erfolgreichen Vertragsdurchführung zwischen U und W, d.h. einer ordnungsgemäßen Herstellung und Lieferung des U und einer vereinbarungsgemäßen Zahlung des W auszugehen.)

**Variante 1:** H sucht W auf und überzeugt diesen, bei U 100 Puzzles mit Tiermotiven zu bestellen.

**Variante 2:** Zunächst wie Variante 1. Ohne nochmalige Ansprache seitens H bestellt W bei U weitere 50 Puzzles mit Tiermotiven.

**Variante 3:** Zunächst wie Variante 1. W ist überzeugt, dass sich auch andere Motive gut verkaufen lassen. Er gibt 100 Puzzles mit Landschaftsmotiven direkt bei U in Auftrag.

**Variante 4:** Zunächst wie Variante 1. W ist von der Qualität der Produkte des U begeistert und entschließt sich, diesmal 30 Puppen direkt bei U zu bestellen.

**Variante 5:** Zunächst wie Variante 1. Der Handelsvertretervertrag des H endet einvernehmlich zum 30. November. W bestellt ohne erneute Ansprache seitens H durch Fax vom 29. November weitere 50 Puzzles mit Tiermotiven bei U, der dieses Angebot am 2. Dezember annimmt. U war vom 24. November bis zum 1. Dezember im Urlaub.

**Variante 6:** Zunächst wie Variante 1. W bestellt bei U weitere 50 Puzzles mit Tiermotiven. U nimmt das Angebot an, unterlässt es aber, die Puzzles zum vereinbarten Termin zu liefern, weil seine Produktion aufgrund einer falschen Einstellung der Maschinen nicht ordnungsgemäß funktioniert. W setzt dem U eine Nachfrist, die U erfolglos verstreichen lässt. W erklärt daraufhin den Rücktritt vom Kaufvertrag.

**Variante 7:** Zunächst wie Variante 1. U und W schließen einen Vertrag über 50 Puzzles, die U anschließend vertragsgemäß liefert. W zahlt den Kaufpreis nicht zum vereinbarten Termin. Auch eine Fristsetzung des U bleibt erfolglos. U erfährt, dass W aussichtslos verschuldet ist und auf Dauer nicht in der Lage sein wird, den Kaufpreis zu zahlen. Bei W ist keinerlei verwertbares Vermögen mehr vorhanden.

**Variante 8:** W ist noch kein Kunde bei U. Neben H ist auch X für U als Handelsvertreter tätig. H und X suchen den W getrennt und ohne vorherige Absprache auf. Am Ende überzeugen die Argumente von H und X in ihrem Zusammenwirken und zu gleichen Teilen den W, 50 Puzzles bei U zu bestellen. H ist der Auffassung, einen vollen Provisionsanspruch zu haben. (Hinweis zur Fallbearbeitung: Klar abgegrenzte Aufgabenbereiche zwischen H und X sowie vertragliche Abreden bestehen nicht. H und X wussten von Anfang an von der Tätigkeit des jeweils anderen für U. Diese Zweigleisigkeit gehört zum Vertriebskonzept des U.)

**Variante 9:** W will schon seit langer Zeit Puzzles bei U bestellen und tritt daher an H heran. Dieser reicht den Auftrag des W an U weiter. U nimmt ihn an.

**Variante 10:** Wie Variante 1. Jedoch ist U die U-GmbH (U), die noch eine 100 %ige Tochtergesellschaft hat, die T-GmbH (T). Die T stellt grundsätzlich die Puzzles her, für die U vorher die Aufträge angenommen hat (Produktionsgesellschaft); andere Auftraggeber hat T nicht. H hat mit T keinen zusätzlichen Handelsvertretervertrag geschlossen. Als W zwecks Bestellung an U herantritt, regt deren Geschäftsführer G eine Bestellung direkt bei T an. W bestellt die 100 Puzzles direkt bei T.

**Abwandlung 1:** Die Bank AG (B) beauftragt den Handelsvertreter H, Raten-sparverträge und ähnliche Finanzprodukte der B zu vertreiben. Infolge der Vertriebstätigkeit des H kommt u.a. ein Sparvertrag mit dem Kunden K zustande. B zahlt daher eine Provision an H. In der Folgezeit gerät B aufgrund von Fehlspekulationen ihres Vorstands in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) verhängt daraufhin ein Veräußerungs- und Zahlungsverbot gegen B und ordnet die Schließung des Geschäftsbetriebs mit Kunden an. K stellt aufgrund der Maßnahmen der BaFin seine Zahlungen auf den von H vermittelten Vertrag ein. Nunmehr wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen der B eröffnet. Der Insolvenzverwalter (V) lehnt die Erfüllung des Sparvertrags mit K ab. V verlangt von H die Rückzahlung der Provision, die H für die Vermittlung des Vertrags mit K erhalten hat. Steht V der geltend gemachte Anspruch zu?

Rechtsprechungshinweis: BGH ZIP 2008, 1080

**Abwandlung 2:** H vermittelt wie im Grundfall Variante 1 den W. U ist – wie immer bei neuen Kunden – skeptisch im Hinblick auf die Zahlungsmoral des W. H prüft daraufhin mit dem erforderlichen Tiefgang die Bonität des W, kann aber keine Risiken feststellen. Da U trotzdem weiter skeptisch bleibt und H, der nach § 1 II HGB Kaufmann ist, einen Vertragsschluss unbedingt will, erklärt H mündlich gegenüber U: „Ich verbürge mich für deinen Kaufpreisanspruch gegen W“. U zeigt sich hiermit gegenüber H zufrieden und schließt daraufhin den Vertrag mit W ab. W verschwindet nach der Lieferung durch U spurlos. U verlangt Zahlung von H. Zu Recht? (Hinweis zur Fallbearbeitung: Alle Parteien sitzen im Inland; H hat keine Abschlussvollmacht für U.)

**Abwandlung 3:** Wie im Grundfall Variante 2. H ahnt, dass W nachbestellt hat, jedoch ist U nicht bereit, ihm hierüber Auskunft zu erteilen. Auch von W erfährt er nichts. Welche Möglichkeiten hat H, um Auskunft von U zu erlangen?

### Lösung zum Grundfall Variante 1

Der Provisionsanspruch des H gegen U kann sich aus §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB ergeben.

#### I. Bestehen eines Handelsvertretervertrags

Zwischen H und U muss ein Handelsvertretervertrag i.S.v. § 84 I 1 HGB bestehen. Dies setzt voraus, dass H als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen.

1. U ist als Hersteller von Waren „Unternehmer“ und H hat es bei ständiger Betrauung für U übernommen, Verkäufe an Warenhausbetreiber und damit „Geschäfte“ zu vermitteln. Die Tätigkeit des H erfüllt damit den Gewerbebegriff: es handelt sich um eine äußerliche, dauerhafte, planmäßige Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht. H ist auch, wie vom Gewerbebegriff und speziell von § 84 I 2 HGB gefordert, selbstständig und damit kein Arbeitnehmer des U. Er kann seine Arbeitszeit vollkommen frei bestimmen und wird ausschließlich erfolgsbezogen bezahlt, was für einen Selbstständigen typisch ist, für einen Arbeitnehmer hingegen untypisch wäre.

Da H eine feste Komponente des Vertriebs- bzw. Absatzsystems des U bildet, indem ihm auf Dauer eine bestimmte wesentliche Rolle zugeordnet ist, kommt es auf die streitige Frage, ob das Tatbestandsmerkmal der ständigen Betrauung nur bei einer Einbeziehung in das Vertriebssystem des Unternehmers erfüllt ist,<sup>24</sup> nicht an.

2. Dass H keine Abschlussvollmacht eingeräumt wurde, ist irrelevant, da Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit zwar kumulativ vorliegen können, aber nicht müssen; nur mit einer der beiden Tätigkeiten muss H betraut sein (vgl. den eindeutigen Wortlaut von § 84 I 1 HGB).

3. Es kommt weiter weder auf die Kaufmannseigenschaft (vgl. § 1 II HGB) des H, noch auf die des U an, da die §§ 84 ff. HGB auch dann Anwendung finden, wenn weder der Gewerbebetrieb des Handelsvertreters noch der des Unternehmers einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern – vgl. § 84 IV

<sup>24</sup> Dafür K. Schmidt, HandelsR, § 27 Rn. 10 ff. (S. 861 f.); dagegen Canaris, HandelsR, § 15 Rn. 14 (S. 251).

HGB für den Handelsvertreter sowie den Wortlaut des § 84 I 1 HGB für den Unternehmer, wo ausdrücklich der Begriff des „Unternehmers“ und nicht der des „Kaufmanns“ benutzt wird.

4. Vom *Handelsmakler* i.S.v. § 93 HGB unterscheidet sich H durch die ständige Betrauung seitens U, vom *Vertragshändler* dadurch, dass H nur Verträge des U mit den Warenhausbetreibern vermittelt (Handeln in fremdem Namen für fremde Rechnung) und nicht selbst deren Vertragspartner wird (Handeln in eigenem Namen für eigene Rechnung). *Franchisenehmer* kann H schon deshalb nicht sein, weil es sich hierbei um eine gesteigerte Form des Vertragshändlers handelt und schon dessen Wesensmerkmale nicht vorliegen. *Kommissionär* im Sinne der §§ 383 ff. HGB ist H aus zwei Gründen nicht: Er handelt gegenüber den Dritten nicht in eigenem Namen und ist im Gegensatz zum Kommissionär ständig betraut. Mit dem *Kommissionsagenten* hat H zwar die ständige Betrauung gemeinsam, jedoch handelt dieser wie der Kommissionär in eigenem und nicht wie H in fremdem Namen.

5. Gründe, die gegen die Wirksamkeit des Handelsvertretervertrags sprechen, sind nicht ersichtlich, sodass H als Handelsvertreter i.S.v. § 84 I 1 HGB für U tätig ist.

## II. Geschäfte mit Dritten während der Vertragsdauer

§ 87 I 1 Alt. 1 HGB setzt weiter ein während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenes Geschäft zwischen U und einem Dritten voraus. U hat mit W einen wirksamen Werklieferungsvertrag gemäß § 650 BGB geschlossen. Dies geschah auch während der Laufzeit des Handelsvertretervertrags zwischen H und U.

**Hinweis:** Es liegt ein Werklieferungsvertrag und nicht ein Kaufvertrag vor, weil sich U gegenüber W zur Herstellung und Lieferung der Puzzles verpflichtet hat; jedoch findet nach § 650 S. 1 BGB ausschließlich Kaufrecht Anwendung; § 650 S. 3 BGB, der die ergänzende Anwendung von werkvertraglichen Vorschriften vorsieht, gilt nicht, da die Puzzles vertretbare Sachen gemäß § 91 BGB sind.

## III. Ursächlichkeit des Vertreterhandelns für die Vertragsschlüsse

Der Vertrag muss auf die Tätigkeit des U „zurückzuführen“ sein (§ 87 I 1 Alt. 1 HGB), wobei grundsätzlich Mitursächlichkeit genügt. H hat W von der Bestellung bei U überzeugt, d.h. durch seine Tätigkeit die Abschlussbereitschaft des W hergestellt. Seine Handlung war damit unmittelbar kausal für den Vertragsschluss zwischen U und W; der Vertrag ist also auf seine Tätigkeit „zurückzuführen“.

## IV. Kein Ausschluss nach § 87 I 2 HGB

Der Ausschlussatbestand des § 87 I 2 HGB greift nicht. Es gibt keinen ausgeschlossenen Handelsvertreter, dem nach § 87 III HGB die Provision zusteht.

## V. Ausführung des Geschäfts durch den Unternehmer

Die für den Provisionsanspruch gemäß § 87a I 1 HGB erforderliche Ausführung des Geschäfts durch U liegt mit der Herstellung und Lieferung der 100 Puzzles vor. Selbst wenn H und U eine abweichende Vereinbarung über die Entstehung des Provisionsanspruchs getroffen hätten (was möglich wäre, da § 87a I HGB eine solche Vereinbarung ausdrücklich vorsieht und § 87a V HGB folgerichtig nur die Abs. 2 bis 4 für zu Lasten des Handelsvertreters unabdingbar erklärt), ist der Anspruch in jedem Fall durch die Zahlung des W, d.h. dessen Ausführung des Geschäfts, entstanden (§ 87a I 3 HGB).

## VI. Keine Nichtleistung des Dritten

W hat durch die Zahlung an U das Geschäft ausgeführt, d.h. „geleistet“ i.S.v. § 87a II HGB. Der Provisionsanspruch des H ist somit nicht gemäß § 87a II HGB entfallen.

## VII. Ergebnis

H hat einen Provisionsanspruch gegen U, dessen Höhe sich vorrangig nach der getroffenen Vereinbarung und subsidiär nach dem üblichen Satz bemisst (§ 87b I HGB). Genauere Vorgaben zur Berechnung macht dabei § 87b II, III HGB.

# Lösung zum Grundfall Variante 2

## I. Anspruch aus §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB

Der Anspruch kann aus §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB folgen. **Problematisch** ist hier allein, ob das **Tatbestandsmerkmal der „Zurückführbarkeit“** erfüllt ist.

1. Das erste Ansprechen des W durch H war nicht unmittelbar kausal für den jetzt abgeschlossenen Vertrag zwischen U und W. Jedoch liegt mittelbare Kausalität vor: Hätte H den W nicht zu der ersten Bestellung der 100 Puzzles veranlasst, wäre es auch nicht zu der zweiten Bestellung des W gekommen.

2. Bereits diese **mittelbare Kausalität genügt** für einen Provisionsanspruch aus § 87 I 1 Alt. 1 HGB.<sup>25</sup> Der Wortlaut von § 87 I 1 Alt. 1 HGB ist insofern nämlich weit gehalten, indem er nur fordert, dass das Geschäft auf die Tätigkeit des Handelsvertreters „zurückzuführen“ ist; für eine Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Zurückführbarkeit dahingehend, dass nur die unmittelbare genügt, enthält er keine Anhaltspunkte. Auch ist die mittelbare Verursachung nicht eine völlig nebensächliche Mitwirkung.<sup>26</sup>

**Ergebnis:** H hat einen Provisionsanspruch gemäß §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB gegen U, da dessen weitere o.g. Voraussetzungen unproblematisch vorliegen.

## II. Anspruch aus §§ 87 I 1 Alt. 2, 87a HGB

Der Anspruch kann sich zusätzlich aus §§ 87 I 1 Alt. 2, 87a HGB ergeben.

1. Da die hier unter Ziff. I. unterstellte Mitursächlichkeit in der Praxis oft schwer zu beweisen ist und der Handelsvertreter deshalb als Beweisbelasteter häufig Beweisprobleme bekäme, stellt **§ 87 I 1 Alt. 2 HGB** zusätzlich für bestimmte Fälle eine **unwiderlegliche Vermutung** für die Mitverursachung auf,<sup>27</sup> indem ein Provisionsanspruch begründet wird, falls mit einem Dritten ein Geschäft abgeschlossen wird und der Handelsvertreter den Dritten für Geschäfte der gleichen Art geworben hat. § 87 I 1 Alt. 2 HGB gilt damit für sog. **Nachbestellungen und Folgeaufträge**.

---

<sup>25</sup> Vgl. Hopt/Hopt, § 87 Rn. 12: „mitverursachtes Direktgeschäft“ zwischen Unternehmer und Drittem; Rn. 17: Diese Geschäfte (Nachbestellungen und Folgeaufträge) sind meist wenigstens mittelbar auf die Tätigkeit des Handelsvertreters zurückzuführen.

<sup>26</sup> Vgl. zu diesem Ausschlusstatbestand Hopt/Hopt, § 84 Rn. 23, § 87 Rn. 15 und unten Variante 9.

<sup>27</sup> Hopt/Hopt, § 87 Rn. 17.

2. W wurde von H für die Bestellung von Puzzles mit Tiermotiven und damit genau für ein Geschäft der Art geworben, wie es U und W jetzt erneut abgeschlossen haben (Nachbestellung).

**Ergebnis:** H hat auch einen Provisionsanspruch aus §§ 87 I 1 Alt. 2, 87a HGB.

### Lösung zum Grundfall Variante 3

I. Auch hier ergibt sich der Provisionsanspruch wieder aus §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB, da eine mittelbare Verursachung durch H vorliegt (s.o. Variante 2.).

II. Fraglich ist, ob H zudem die §§ 87 I 1 Alt. 2, 87a HGB zugutekommen.

1. Da W von H geworben wurde, kommt es entscheidend darauf an, ob ein **gleichartiges Geschäft i.S.v. § 87 I 1 Alt. 2 HGB** vorliegt. Unter gleichartige Geschäfte fallen auch Folgeaufträge anderer Artikel, sofern die Artikel dem von dem Handelsvertreter vertriebenen Sortiment angehören oder nach der Verkehrsanschauung als „gleich“ einzustufen sind.

2. H ist insgesamt für den Absatz von Puzzles zuständig, d.h. auch die Puzzles mit Landschaftsmotiven gehören zu dem von ihm vertriebenen Sortiment. Auch die Verkehrsanschauung würde nicht zwischen den Motiven der Puzzles unterscheiden, sondern alle Puzzles als einheitliche Warengattung ansehen.

**Ergebnis:** Der Provisionsanspruch des H folgt auch aus §§ 87 I 1 Alt. 2, 87a HGB.

### Lösung zum Grundfall Variante 4

I. Der Anspruch kann aus §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB folgen.

Unterstellt man hier, dass W die Puppen nicht bestellt hätte, wenn H ihn nicht zu der ersten Bestellung der Puzzles veranlasst hätte, so folgt der Anspruch des H wiederum aus § 87 I 1 Alt. 1 HGB, da die Ansprache durch H **mittelbar kausal** war für die Bestellung des W. Insbesondere hätte W die Qualität der Produkte des U ohne die Ansprache nicht zu schätzen gelernt. Von ihr hat er ja überhaupt erst durch die von H veranlasste erste Bestellung der Puzzles erfahren, sodass die Mitwirkung des H auch nicht nur völlig nebensächlich ist.<sup>28</sup>

II. Da in der Praxis die Motivlage des Dritten dem Handelsvertreter allerdings regelmäßig verborgen bleibt oder sie nicht so offen zutage tritt, ist für H auch entscheidend, ob sich sein Anspruch daneben aus §§ 87 I 1 Alt. 2, 87a HGB herleiten lässt.

Entscheidend kommt es hier darauf an, ob die Bestellung der Puppen als „**gleichartiges Geschäft**“ im Verhältnis zu der von H veranlassten Bestellung der 100 Puzzles anzusehen ist. Dies ist zu verneinen: Das von H vertriebene Sortiment beschränkt sich auf Puzzles und nach der Verkehrsanschauung sind Puzzles und Puppen, obgleich sie beide Spielwaren sind, keine gleichartige Warengattung.

III. **Ergebnis:** H muss die Ursächlichkeit seiner Tätigkeit für die Bestellung der Puppen voll beweisen, da sein Provisionsanspruch nur aus §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB folgt.

---

<sup>28</sup> Vgl. zu diesem Ausschlusskriterium Hopt/Hopt, § 84 Rn. 23, § 87 Rn. 15 und unten Variante 9.

### Lösung zum Grundfall Variante 5

I. Der Anspruch kann aus §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB folgen.

1. Hier stellt sich das **Problem**, dass der Vertrag zwischen U und W zu einer **Zeit** zustande kam, zu dem der Handelsvertretervertrag zwischen H und U schon nicht mehr bestand: der Vertrag wurde erst durch den Zugang (§ 130 BGB) der Annahmeerklärung des U bei W, also am 2. Dezember, wirksam geschlossen, während der Handelsvertretervertrag mit Ablauf des 30. November endete.

2. § 87 I 1 HGB setzt aber nach seinem eindeutigen Wortlaut voraus, dass das Geschäft zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wird, in dem der Handelsvertretervertrag noch besteht („während des Vertragsverhältnisses“).

Ein Anspruch aus §§ 87 I 1, 87a HGB scheidet damit aus.

II. Für **Verträge**, die **nach Beendigung des Handelsvertretervertrags** zustande kommen, bestimmt jedoch § 87 III HGB i.V.m. § 87a HGB, dass unter bestimmten Voraussetzungen trotzdem ein Provisionsanspruch besteht.

1. In Betracht kommt zunächst § 87 III 1 Nr. 1 HGB, wonach ein Provisionsanspruch besteht, wenn der Handelsvertreter das Geschäft vermittelt oder es eingeleitet und so vorbereitet hat, dass der Abschluss überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist. Zudem muss das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertrags zustande gekommen sein.

a) Eine „Vermittlung“ durch H liegt nicht vor, da Vermittlung nur so verstanden werden kann, dass der Handelsvertreter unmittelbar auf den konkreten Vertrag, hier also die Bestellung der weiteren 50 Puzzles, hingewirkt haben muss. Eine bloß mittelbare Verursachung kann nicht genügen, gerade im Hinblick auf den engeren Wortlaut im Vergleich zu § 87 I 1 HGB.

b) Auch eine „Einleitung“ und „Vorbereitung“ seitens H kann nicht angenommen werden, da der Wortlaut auch hier nur den Schluss zulässt, dass der Handelsvertreter unmittelbar im Hinblick auf den konkreten Vertrag eingeleitet und vorbereitet haben muss. Das bloß allgemeine Werben des Kunden für Geschäfte dieser Art – d.h. Folgeaufträge und Nachbestellungen i.S.v. § 87 I 1 Alt. 2 HGB bzw. eine mittelbare Verursachung i.S.v. § 87 I 1 Alt. 1 HGB – genügt damit nicht, um einen Provisionsanspruch aus § 87 III 1 Nr. 1 HGB zu begründen.<sup>29</sup>

2. In Betracht kommt aber § 87 III 1 Nr. 2 HGB, der einen Provisionsanspruch begründet, wenn vor Beendigung des Vertragsverhältnisses das Angebot des Dritten zum Abschluss eines Geschäfts dem Handelsvertreter oder Unternehmer zugegangen ist und der Handelsvertreter für dieses Geschäft gemäß Abs. 1 S. 1 oder Abs. 2 S. 1 Anspruch auf Provision hätte.

a) Für das zwischen U und W am 2. Dezember abgeschlossene Geschäft hätte H – das Bestehen des Handelsvertretervertrags bei Geschäftsabschluss unterstellt – einen Provisionsanspruch aus § 87 I 1 Alt. 1 und Alt. 2 HGB (s.o. Variante 2).

b) Das Angebot des W muss dem U vor Beendigung des Vertragsverhältnisses (30. November) **zugegangen** sein. Zugang i.S.v. § 130 BGB liegt in dem Moment vor, in dem die Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass unter Zugrundelegung normaler Umstände mit dessen Kenntnisnahme zu rechnen ist.<sup>30</sup> Das Fax des W ist bei U am 29. November vom Faxgerät ausgedruckt

<sup>29</sup> Vgl. Hopt/Hopt, § 87 Rn. 42.

<sup>30</sup> Näher Bitter/Röder, BGB AT, § 5 Rn. 48 ff.

worden; es enthält auch ein Angebot (§ 145 BGB) auf Abschluss eines Werklieferungsvertrags. Da U grundsätzlich täglich in seinem Büro anwesend ist (die urlaubsbedingte Abwesenheit ist ein „nicht normaler Umstand“) und demnach ein ankommendes Fax sofort lesen kann, nimmt U unter normalen Umständen am 29. November Kenntnis, sodass Zugang an diesem Tag vorliegt. Die vorübergehende Abwesenheit des U ist irrelevant.

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen des § 87 III 1 Nr. 2 HGB liegen vor. H hat einen Provisionsanspruch.

### Lösung zum Grundfall Variante 6

Der Anspruch kann sich aus §§ 87 I 1 Alt. 1 und 2, 87a HGB ergeben.

**I.** U und W haben einen Vertrag während laufendem Handelsvertretervertrag geschlossen und der Vertrag ist auf die Tätigkeit des U zurückzuführen (§ 87 I 1 Alt. 1 HGB) bzw. es liegt eine Nachbestellung i.S.v. § 87 I 1 Alt. 2 HGB vor. Die von § 87 I 1 HGB aufgestellten Voraussetzungen des Provisionsanspruchs sind daher erfüllt.

**II.** Es fehlt allerdings an der in § 87a I 1 HGB aufgestellten Voraussetzung, da U das Geschäft nicht ausgeführt hat. Vielmehr steht infolge des berechtigten Rücktritts des W (§ 323 I BGB) fest, dass es **keine Ausführung des Vertrags** mehr geben wird – weder seitens U noch seitens W. Der Rücktritt hat die gegenseitigen Leistungspflichten nämlich zum Erlöschen gebracht (§ 346 I BGB).

**III.** Die vorliegende Situation ist auch **nicht** in § 87a II HGB geregelt, da dieser nur für den Fall des § 87a I 1 HGB gilt, d.h. wenn der Provisionsanspruch nach § 87a I 1 HGB bereits entstanden ist (Eintritt der zweiten aufschiebenden Bedingung durch erfolgte Leistung des Unternehmers).<sup>31</sup> Das Feststehen der Nichtleistung seitens des Dritten ist dann eine auflösende Bedingung (s.o. Variante 1 sowie unten Variante 7 und Abwandlung 1). Ohne bereits erfolgte Leistung des Unternehmers gilt allein § 87a III HGB – auch wenn der Dritte den Vertrag nicht durchführt.

**IV.** Nach § 87a III 1 HGB hat H auch dann einen Anspruch auf die Provision, wenn feststeht, dass U das Geschäft vollständig nicht ausführt, es sei denn, U hat die Nichtausführung nicht zu vertreten (§ 87a III 2 HGB).

**1.** W ist vom Vertrag zurückgetreten und die gegenseitigen Leistungsansprüche sowie Annahmeverpflichtungen sind erloschen. Die **Nichtausführung** durch U **steht** damit **objektiv fest**.

**2. Vertretenmüssen** i.S.v. § 87a III 2 HGB liegt bei Vorsatz, Fahrlässigkeit und Übernahme eines Beschaffungsrisikos (vgl. § 276 BGB) sowie dann vor, wenn sich **ein der Sphäre des U zurechenbares Risiko verwirklicht** hat.<sup>32</sup> Es geht also um die Abgrenzung der Risikobereiche von Unternehmer und Handelsvertreter.

Da die Funktionstauglichkeit der eigenen Maschinen und damit die Fähigkeit zur vertragsgemäßen Leistung typischer Teil der unternehmerischen Risikosphäre ist (in Abgrenzung zur „neutralen“ Sphäre) und sich damit ein dem U zurechenbares Risiko verwirklicht hat, liegt Vertretenmüssen des U i.S.v. § 87a III 2 HGB

<sup>31</sup> Vgl. Hopt/Hopt, § 87a Rn. 13.

<sup>32</sup> Vgl. Canaris, HandelsR, § 15 Rn. 69 (S. 264 f.); Hopt/Hopt, § 87a Rn. 26.



unabhängig davon vor, ob er die Untauglichkeit seiner Maschinen vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt oder ein Beschaffungsrisiko übernommen hat.<sup>33</sup>

**Hinweis:** Im Übrigen wird, wie der Wortlaut des § 87a III 2 HGB zeigt, das Vertretenmüssen des U vermutet, sodass er sich entlasten, d.h. Tatsachen vortragen (und ggf. beweisen) müsste, die den Vorwurf des Vertretenmüssens entfallen lassen. Es wäre daher auch ohne weitere Angaben im Sachverhalt von einem Vertretenmüssen des U auszugehen gewesen.

**Ergebnis:** H hat einen Provisionsanspruch aus §§ 87 I 1, 87a III 1 HGB.

### Lösung zum Grundfall Variante 7

Der Anspruch kann aus §§ 87 I 1, 87a HGB folgen.

**I.** U und W haben einen Vertrag geschlossen, für den H grundsätzlich einen Provisionsanspruch aus § 87 I 1 HGB hat. Das Geschäft wurde von U auch ausgeführt (§ 87a I 1 HGB). Die beiden aufschiebenden Bedingungen für die Entstehung des Provisionsanspruchs sind somit eingetreten.

**II.** Es kann allerdings die auflösende Bedingung aus § 87a II HGB eingetreten und dadurch der **Provisionsanspruch** wieder **erloschen** sein.

1. § 87a II HGB ist anwendbar, da ein Fall des § 87a I 1 HGB vorliegt: H hat das Geschäft bereits ausgeführt (zur Frage der Anwendbarkeit vgl. oben Variante 6 und unten Abwandlung 1).

2. Die **Voraussetzungen von § 87a II HGB** liegen vor, falls objektiv feststeht, dass W das Geschäft endgültig nicht ausführt. Die bloße Annahme oder Wahrscheinlichkeit der Nichtausführung reichen hingegen nicht.

U hat einen fälligen und einredefreien Anspruch gegen W aus §§ 650 S. 1, 433 II BGB. Diesen könnte er einklagen. Jedoch besteht keine Möglichkeit, den Titel zu vollstrecken, da W auf absehbare Zeit kein verwertbares Vermögen hat. (Nur) in diesem Fall der Sinnlosigkeit gerichtlichen Vorgehens („sinnlos“ im Hinblick auf die tatsächliche Befriedigung des Anspruchs) kann der Unternehmer von der Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Dritten absehen und es ist vom Feststehen der Nichtleistung des Dritten i.S.v. § 87a II HGB auszugehen.

**Hinweis:** Es ist dem Unternehmer also nicht zumutbar, einen Titel „auf Vorrat“ zu erwirken, der dann eine 30jährige Verjährungsfrist zur Folge hätte (§ 197 I Nr. 3 BGB) und daher bei späteren Vermögenszuwächsen des Dritten noch zur Vollstreckung taugen würde.

In allen anderen Fällen muss der Unternehmer seinen Anspruch stattdessen gegen den Dritten einklagen und darf sich nicht mit dessen vertragswidrigem Verhalten abfinden.<sup>34</sup>

Die Nichtleistung des W steht objektiv fest. Der Anspruch des H ist daher nach § 87a II HGB erloschen.

**Ergebnis:** H hat keinen Provisionsanspruch gegen U.

**Hinweis** zu Sachverhaltsalternativen:

1. Wäre über das Vermögen des W das Insolvenzverfahren eröffnet worden und hätte verwertbares Vermögen zur Verfügung gestanden, so hätte sich der Provisionsanspruch des H nach der Insolvenzquote des U bemessen, auch wenn U diese nicht geltend gemacht hätte. § 87a II HGB ist in diesem Fall nicht einschlägig, da lediglich eine Teilnichtausführung des Drit-

<sup>33</sup> Vgl. Hopt/Hopt, § 87a Rn. 26: Schwierigkeiten im eigenen Betrieb.

<sup>34</sup> Vgl. Hopt/Hopt, § 87a Rn. 15 und den Hinweis sogleich.

ten (hier: W) vorliegt. Die (zwingende) Provisionszahlungspflicht des U folgt aus § 87a I 3 HGB, denn in Höhe seiner Insolvenzquote liegt eine Ausführung des Dritten (W) vor. Die Maßgeblichkeit der Insolvenzquote für die Höhe des Provisionsanspruchs folgt unmittelbar aus dem Wortlaut von § 87a I 3 HGB („Anspruch auf Provision, sobald und *soweit*“).<sup>35</sup>

2. Wäre W liquide gewesen, hätte aber ohne sachlichen Grund die Zahlung verweigert und wäre U deshalb vom Vertrag zurückgetreten – wozu er berechtigt gewesen wäre gemäß § 323 I, II BGB – und hätte U sodann die Puzzles zurückgefordert und -erhalten (§ 346 I BGB), so wäre der Anspruch nicht nach § 87a II HGB entfallen, da die Nichtleistung des W nicht feststünde: U hätte seinen Anspruch nämlich einklagen und auch (aussichtsreich) vollstrecken können. Wenn er stattdessen die vertragswidrige Nichtleistung des anderen Teils hinnimmt und sehr aussichtsreiche (und damit zumutbare [anders ggf. bei hohem Prozessrisiko<sup>36</sup>]) Erzwingungsmaßnahmen unterlässt, so liegt dies in seinem Verantwortungsbereich und lässt seine Provisionszahlungspflicht unberührt. Siehe auch *Hopt*<sup>37</sup> für den Fall des § 87a III 1 HGB, wenn also der Unternehmer das vertragswidrige Abspringen des anderen Teils hinnimmt und *selbst noch nicht* geleistet hat (dann ist § 87a II HGB von vorneherein nicht anwendbar, s.o.): In diesem Fall muss der Unternehmer gegen den Dritten Klage auf Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung erheben (vgl. §§ 320, 322 BGB), anstatt zurückzutreten. Dasselbe (Pflicht zur Klageerhebung, um Vertragsdurchführung zu erzwingen, statt Rücktritt) muss dann natürlich gelten, wenn der Unternehmer schon geleistet hat und daher Klage ohne Zug-um-Zug-Beschränkung erheben könnte.

Dadurch wird zwar die Privatautonomie des Unternehmers beschränkt, weil er ihm nach dem Gesetz zustehende Gestaltungsrechte (§§ 323, 348 BGB) nicht ohne nachteilige Auswirkungen ausüben und damit seine Rechtsverhältnisse nicht nach seinem Belieben gestalten kann. Dies lässt sich jedoch über die Treue- und Rücksichtnahmepflichten des Unternehmers rechtfertigen: Er darf den Handelsvertreter nicht ohne vernünftigen und einleuchtenden Grund um seinen verdienten Provisionsanspruch bringen.<sup>38</sup> Es gibt aber – zumindest im Geschäftsverkehr – keinen vernünftigen und einleuchtenden Grund dafür, einen aussichtsreichen Prozess zu unterlassen.<sup>39</sup>

## Lösung zum Grundfall Variante 8

Der Anspruch kann aus §§ 87 I 1, 87a HGB folgen.

**I.** Ohne Weiteres liegen hier die Voraussetzungen eines Provisionsanspruchs des H aus §§ 87 I 1, 87a I 1 HGB vor.

**II.** Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass **auch für X die Voraussetzungen eines Provisionsanspruchs** vorliegen und ob U deshalb zweimal die volle Provision zahlen muss. Diese Frage ist sehr umstritten.

Für den Fall der **Kenntnis** der Handelsvertreter von ihrem überschneidenden Einsatz wird wohl überwiegend von einer konkludenten bzw. im Wege ergänzender Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB zu gewinnenden **Teilungsabrede** zwischen dem Unternehmer und dem jeweiligen Handelsvertreter ausgegangen, sodass insgesamt nur eine Provision zu zahlen und diese nach Tatbeiträgen bzw. im Zweifel

<sup>35</sup> Vgl. hierzu *Hopt/Hopt*, § 87a Rn. 10, 14.

<sup>36</sup> Vgl. *Hopt/Hopt*, § 87a Rn. 15.

<sup>37</sup> *Hopt/Hopt*, § 87a Rn. 26.

<sup>38</sup> So auch K. *Schmidt*, HandelsR, § 27 Rn. 53 (S. 874 f.) im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Ablehnungsfreiheit des Unternehmers (§ 86a II HGB); vgl. zu den Beschränkungen der Ablehnungsfreiheit aufgrund von Treuepflichten *Canaris*, HandelsR, § 15 Rn. 58 ff. (S. 262 f.), der in anderem Kontext ebenfalls die ggf. besondere Intensität von Vertragstreuepflichten wegen des Bestehens eines Dauerschuldverhältnisses betont (*Canaris*, HandelsR, § 15 Rn. 77 [S. 266]).

<sup>39</sup> Zu einer ggf. denkbaren Ausnahme vgl. *Hopt/Hopt*, § 87a Rn. 26 m.w.N.: wenn bei einer Klage die Geschäftsverbindung abubrechen droht.

nach Kopfteilen (§ 420 BGB) aufzuteilen ist.<sup>40</sup> Begründet wird das Ergebnis damit, dass der Handelsvertreter in diesem Fall vernünftiger- und redlicherweise nicht auf einen vollen Provisionsanspruch vertrauen durfte, weil es ja gerade zu der vom System „gewollten“ Parallelvermittlung kommt und der Handelsvertreter das System bei Vertragsschluss in Kauf genommen hat.

III. W hat sich zu gleichen Teilen von den Argumenten von H und X überzeugen lassen. Die Tatbeiträge sind folglich identisch. H und X war ihr paralleler Einsatz und die Funktionsweise des Vertriebskonzepts auch bekannt.

**Ergebnis:** Jeder hat einen Anspruch auf die halbe Provision.

**Hinweis:** Anders ist nach der überwiegenden Auffassung zu entscheiden, wenn der Handelsvertreter keine Kenntnis von der Tätigkeit des anderen Handelsvertreters und dem System hat, da er dann auf einen vollen Provisionsanspruch vertrauen darf und es dem Risikobereich des Unternehmers zuzuordnen ist, wenn er – trotz Möglichkeit – nicht für klare Verhältnisse sorgt. Es greift weder § 420 BGB ein (es liegt nicht „eine“, sondern es liegen „zwei“ geschuldete teilbare Leistungen vor), noch § 242 BGB (dessen Anwendung würde die o.g. Risikoverteilung zwischen den Parteien außer Acht lassen). Aus diesem Grund muss ein Unternehmer unbedingt eine klare vertragliche Regelung für diese Fälle treffen bzw. zumindest sicherstellen, dass die Handelsvertreter nachweisbar über die Funktionsweise des Systems informiert werden (die erste Alternative ist der zweiten allerdings eindeutig vorzuziehen und daher für die Praxis zu empfehlen).

## Lösung zum Grundfall Variante 9

Der Anspruch kann aus §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB folgen.

I. Ein wirksamer und ordnungsgemäß durchgeführter Vertrag zwischen U und W liegt vor.

II. Fraglich ist allerdings, ob dieser Vertrag auf die Tätigkeit des H „zurückzuführen“ ist, d.h. ob die von § 87 I 1 HGB geforderte Mitursächlichkeit vorliegt bzw. genauer: ob die gegebene Mitursächlichkeit hinreichend bedeutend ist. Zwar genügt nämlich einerseits Mitursächlichkeit – nicht erforderlich ist also eine überwiegende Verursachung –, jedoch sind andererseits solche Mitverursachungen auszuschließen, die **ganz nebensächlich/unbedeutend** sind.<sup>41</sup>

Der vorliegende Fall eines fest entschlossenen Kunden, der den Handelsvertreter nur zur Weiterleitung seines Auftrags einsetzt, ist insofern ein **umstrittener Grenzfall**.<sup>42</sup>

1. Stellt man auf die konkret von W gewählte Vorgehensweise ab, ist die Kausalität zu bejahen, da eben ohne die Auftragsweiterleitung kein Vertrag zustande gekommen wäre und die Weiterleitung ihre Ursächlichkeit nicht dadurch verliert, dass der Vertrag auch auf andere Weise – eine direkte Bestellung des W bei U – hätte geschlossen werden können. Dementsprechend wird die Weiterleitung teilweise als ausreichend angesehen, insbesondere weil nicht nur eine unbedeutende Mitwirkung vorliegen soll.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Vgl. *Canaris*, HandelsR, § 15 Rn. 64 (S. 263 f.) m.w.N.; *Hopt/Hopt*, § 87 Rn. 21, der einen klar erkennbaren Einsatz der Handelsvertreter in einem auf mitursächliche Beiträge angelegten Vertriebssystem verlangt.

<sup>41</sup> Vgl. *Hopt/Hopt*, § 84 Rn. 22 f. (insbesondere Rn. 23), § 87 Rn. 11 ff. (insbesondere Rn. 15).

<sup>42</sup> Vgl. dazu auch *K. Schmidt*, HandelsR, § 27 Rn. 58 – Beispiel Nr. 21.

<sup>43</sup> *Hopt/Hopt*, § 87 Rn. 15 m.w.N., der auch mit den ansonsten entstehenden Unsicherheiten bei Dauerkunden argumentiert; wohl auch *K. Schmidt*, HandelsR, § 27 Rn. 58 – Beispiel Nr. 21 m.w.N.

2. Andererseits wird die (hinreichende) Mitursächlichkeit auch verneint, d.h. der (Weiterleitungs-)Tätigkeit des Handelsvertreters kein ausreichendes Gewicht beigemessen.<sup>44</sup>

3. Für die Auffassung unter 2. könnte sprechen, dass es für die Qualifizierung eines Vertrags als Handelsvertretervertrag unstreitig nicht ausreicht, wenn der eine Teil lediglich den Nachweis von Vertragsschlussgelegenheiten und gerade nicht deren „Vermittlung“ übernimmt.<sup>45</sup>

**Hinweis:** Der Unterschied zwischen „vermitteln“ und „nachweisen“ (vgl. dazu auch § 652 I BGB, der beides als Maklerleistung ausreichen lässt), besteht in Folgendem: „Vermitteln“ bedeutet Herstellung der Abschlussbereitschaft eines Dritten und deren anschließende Kenntnisgabe an den Auftraggeber, während „nachweisen“ lediglich in der Kenntnisgabe der bereits bestehenden Abschlussbereitschaft des Dritten besteht.

Im vorliegenden Fall ist es aber gerade nur eine Nachweis- und keine Vermittlungsleistung, die der Handelsvertreter – als solcher ist H abstrakt zu qualifizieren, weil er in der Regel und nach dem Handelsvertretervertrag Verträge für U „vermittelt“ (s.o. Variante 1) – erbringt: Er weist den Unternehmer nur auf die bestehende Abschlussbereitschaft eines Dritten hin und stellt diese nicht erst her. Es ließe sich daher argumentieren, dass nicht einsichtig sei, warum ein Handelsvertreter eine Provision für eine Leistung erhalten soll, die ihn, würde er nach dem Vertrag ausschließlich sie erbringen, gar nicht zum Handelsvertreter machen würde. Insofern könnte also das Tatbestandsmerkmal „zurückzuführen“ in § 87 I 1 Alt. 1 HGB unter Berücksichtigung der Wesensmerkmale des Handelsvertreterbegriffs ausgelegt werden, sodass eine Nachweistätigkeit (auch) im konkreten Fall nicht genügen würde.

Hiergegen lässt sich jedoch einwenden, dass der Gesetzgeber gerade zwischen „Vermittlung“ und „Zurückführbarkeit“ unterschieden hat – vgl. §§ 84 I 1, 87 III Nr. 1 HGB einerseits und § 87 I 1 HGB andererseits – und man sich im Rahmen von § 87 III Nr. 1 HGB einig ist, dass die Vermittlung im Verhältnis zur Zurückführbarkeit ein Mehr ist (vgl. oben Variante 5). Dass es bei § 87 I 1 HGB nicht auf die „Vermittlung“ ankommen kann, zeigt auch dessen Alternative 2, bei der es an einer Vermittlung im Sinne des Gesetzes gerade fehlt (vgl. oben Variante 5 sowie unten Abwandlung 2). Deshalb erscheint es zwingend, auch bei § 87 I 1 Alt. 1 HGB weniger als eine Vermittlung ausreichen zu lassen.

4. Dass infolgedessen jedes Weniger ausreicht, steht damit natürlich noch nicht fest, sodass letztlich doch wieder das Gewicht des Beitrags des H gewertet werden muss, wobei – wie oben dargestellt – beides vertretbar ist. Im Ergebnis erscheint es angebracht, die Mitwirkung ausreichen zu lassen, da W eben an H herangetreten ist und U nur über ihn von der Abschlussbereitschaft des W erfahren hat.

**Ergebnis:** H hat einen Anspruch gegen U aus §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB (a.A. vertretbar).

### Lösung zum Grundfall Variante 10

Der Anspruch kann aus §§ 87 I 1 Alt. 1, 87a HGB folgen.

I. Es liegt ein wirksamer und ordnungsgemäßer Vertrag zwischen T und W vor. Dieser Vertrag ist auch auf die Vermittlungstätigkeit des H zurückzuführen.

<sup>44</sup> Vgl. *Canaris*, HandelsR, § 15 Rn. 62 (S. 263) m.w.N.

<sup>45</sup> Vgl. *Hopt/Hopt*, § 84 Rn. 23; *K. Schmidt*, HandelsR, § 27 Rn. 6 (S. 859 f.).

**II.** Problematisch ist allerdings, dass W den Vertrag nicht mit U und damit **nicht mit der (juristischen) Person geschlossen hat, mit der H in einem Handelsvertreterverhältnis steht**. Dies ist aber grundsätzlich Voraussetzung für den Provisionsanspruch, da nur dann ein zu vergütender Vorteil für den Unternehmer, hier U, entsteht. Ein Provisionsanspruch wäre daher grundsätzlich zu verneinen.

**III.** Dieses Ergebnis ist jedoch deshalb zweifelhaft, weil T wegen der 100%igen Beteiligung von U im Verhältnis zu U eine abhängige Gesellschaft ist (§§ 16, 17 AktG) und daher ein „**faktischer Konzern**“ mit U als herrschendem Unternehmen besteht (§ 18 AktG). T und U stellen eine wirtschaftliche Einheit dar. Da U alle Anteile an T hält, kommt ihr über die Gewinnausschüttungen bei T auch der von H vermittelte Vertrag in Gänze zugute: Der **gewollte wirtschaftliche Erfolg** ist eingetreten. Es ist daher nicht unbillig, U mit einer Provisionszahlungspflicht zu belasten. Dies gilt unabhängig davon, ob die Gestaltung bewusst zwecks Vermeidung des Provisionsanspruchs des H gewählt wurde oder ob andere – redliche – Motive bestanden: Entscheidend ist allein, dass wirtschaftlich dasselbe Ergebnis wie bei einer Bestellung des W bei U erzielt wurde.

**Ergebnis:** H hat einen Provisionsanspruch gegen U.<sup>46</sup>

**Hinweis:** Nichts anderes ergäbe sich, wenn H mit T in einem Handelsvertreterverhältnis stünde und dann U den Vertrag mit W schließen würde.<sup>47</sup> Andererseits soll aber nicht jede Zugehörigkeit zu demselben Konzern bzw. jede Unternehmensverbindung genügen, sondern es soll auf eine selbstständige wirtschaftliche Entscheidung der anderen Gesellschaft ankommen; ausreichend ist daher z.B. nicht der Abschluss durch ein in Produktion und Vertrieb selbstständiges Schwesterunternehmen.<sup>48</sup>

## Lösung zur Abwandlung 1

### I. Anspruch aus §§ 812 I 1 Alt. 1 BGB, 80 I InsO

Ein Rückzahlungsanspruch des V aus §§ 812 I 1 Alt. 1 BGB, 80 I InsO besteht nicht: Für die Provisionszahlung fehlt nicht deshalb ein Rechtsgrund, weil die **Voraussetzungen eines Provisionsanspruchs aus §§ 87, 87a I HGB** (vgl. dazu den Grundfall, insbesondere Variante 1) nicht vorlägen: B und K haben einen wirksamen Vertrag geschlossen, der auf die Tätigkeit des H zurückzuführen ist (§ 87 I HGB) und von B **zunächst** (!) auch ausgeführt wurde (§ 87a I HGB).

### II. Anspruch aus §§ 87a II Hs. 2 HGB, 80 I InsO

Ein Rückzahlungsanspruch des V kann aus §§ 87a II Hs. 2 HGB, 80 I InsO folgen.

1. Gemäß § 80 I InsO geht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Befugnis, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. Diese Befugnis umfasst auch die Geltendmachung von Ansprüchen des Insolvenzschuldners, da Ansprüche Vermögen i.S.v. § 80 InsO sind und ihre Geltendmachung ein „Akt“ der Verwaltung ist.

Ein etwaiger Provisionsrückzahlungsanspruch gegen H steht der Insolvenzschuldnerin B zu. V ist damit befugt, ihn geltend zu machen.

<sup>46</sup> Vgl. dazu auch Hopt/Hopt, § 87 Rn. 14.

<sup>47</sup> Vgl. Hopt/Hopt, § 87 Rn. 14.

<sup>48</sup> Vgl. Hopt/Hopt, § 87 Rn. 14.

2. Gemäß § 87a II Hs. 2 HGB sind empfangene Beträge zurückzugewähren, wenn der Provisionsanspruch des Handelsvertreters gemäß § 87a II Hs. 1 HGB entfällt, weil die Nichtleistung des Dritten objektiv feststeht (vgl. zu § 87a II HGB schon oben den Grundfall, Varianten 6 und 7). Der Rückzahlungsanspruch aus § 87a II Hs. 2 HGB setzt damit zweierlei voraus: die **Anwendbarkeit von § 87a II Hs. 1 HGB** sowie – bei Anwendbarkeit – das Vorliegen von dessen Voraussetzung(en).

Zunächst ist somit zu prüfen, ob § 87a II Hs. 1 HGB überhaupt auf den vorliegenden Fall anwendbar ist; es geht vor allem um die Abgrenzung zu § 87a III HGB (siehe dazu schon oben den Grundfall, Varianten 6 und 7).

a) § 87a II HGB kommt nach der Rechtsprechung des *BGH*<sup>49</sup> u.a. **dann nicht zur Anwendung, wenn die Nichtleistung des Dritten darauf zurückzuführen ist, dass der Unternehmer seinerseits das Geschäft nicht ausführt**: In diesem Fall habe die Regelung des § 87a III HGB Vorrang vor § 87a II HGB, weil nach § 87a III Sätze 1 und 2 HGB der Provisionsanspruch des Handelsvertreters bei einer Nichtausführung des Geschäfts durch den Unternehmer grundsätzlich erhalten bliebe und nur ausnahmsweise dann entfalle, wenn die Nichtausführung des Geschäfts auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind.

Diese Bestimmung des Anwendungsbereichs von § 87a II HGB ist zutreffend. Die Unanwendbarkeit von § 87a II Hs. 1 HGB ergibt sich nämlich für den Fall, dass die Nichtausführung des Dritten auf diejenige des Unternehmers zurückzuführen ist, allein schon daraus, dass der Unternehmer seinerseits das Geschäft noch nicht ausgeführt hat: **Nur wenn die Ausführung durch den Unternehmer erfolgt ist, gilt § 87a II Hs. 1 HGB.**<sup>50</sup> Auf der anderen Seite ist § 87a III HGB im Geltungsbereich von § 87a II Hs. 1 HGB unanwendbar, da § 87a III HGB umgekehrt gerade an die Nichtausführung durch den Unternehmer anknüpft.

b) Bei Anwendung des Vorstehenden auf den vorliegenden Fall ergibt sich die Unanwendbarkeit von § 87a II HGB bzw. ein Vorrang von § 87a III HGB: Zwar hat K seine Zahlung auf den Sparvertrag eingestellt, jedoch beruhte dies darauf, dass B ihrerseits gehindert war, den von H vermittelten Sparvertrag weiter (!) auszuführen, nachdem sie in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war und die BaFin daraufhin ein Veräußerungs- und Zahlungsverbot gegen sie verhängt und die Schließung des Geschäftsbetriebs mit der Kundschaft angeordnet hatte. Dies berechtigte K, auf die Nicht(weiter)ausführung des Geschäfts durch B mit einer fristlosen Kündigung des Sparvertrags und der Einstellung seiner Zahlungen auf den Sparvertrag zu reagieren (§ 700 I i.V.m. § 490 BGB). **Es fehlt demnach an der für die Anwendbarkeit von § 87a II Hs. 1 HGB zwingend erforderlichen Voraussetzung der (Weiter-)Ausführung durch den Unternehmer.** Ohne diese ist § 87a II Hs. 1 HGB auch dann nicht anwendbar, wenn der Dritte nicht leistet.<sup>51</sup> Es gilt allein § 87a III HGB, der das Feststehen der Nichtausführung des Unternehmers tatbestandlich voraussetzt. Ein Wegfall des Provisionsanspruchs des H kommt daher nicht nach § 87a II Hs. 1 HGB, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 87a III 2 HGB in Betracht.

**Ergebnis:** Ein Rückzahlungsanspruch aus §§ 87a II Hs. 2 HGB, 80 I InsO scheidet aus.

<sup>49</sup> *BGH* ZIP 2008, 1080 (Rn. 12) m.w.N. für die h.L.

<sup>50</sup> Vgl. Grundfall, Variante 6.

<sup>51</sup> Siehe nochmals oben den Grundfall, Variante 6.

### III. Anspruch aus §§ 87a II Hs. 2 HGB analog, 80 I InsO, 346 ff. BGB

Ein Rückzahlungsanspruch des V kann sich aus §§ 87a II Hs. 2 HGB analog, 80 I InsO i.V.m. § 87a III 2 HGB ergeben.

Nach der Rechtsprechung des BGH besteht ein Rückgewähranspruch des Unternehmers – hier gemäß § 80 I InsO geltend zu machen durch V (s.o. II. 1.) – analog § 87a II Hs. 2 HGB i.V.m. §§ 346 ff. BGB, wenn der Provisionsanspruch des Handelsvertreters nachträglich gemäß § 87a III 2 HGB entfällt.<sup>52</sup>

**Hinweis:** Vertretbar ist auch die Anwendung von § 812 I 2 Alt. 1 BGB, wonach ein Bereicherungsanspruch (auch) dann besteht, wenn der für die Vermögensmehrung durch Leistung zunächst bestehende Rechtsgrund – hier: der Provisionsanspruch als (vermeintlich) getilgte Verbindlichkeit – nachträglich wegfällt.

Zu prüfen ist somit, ob der Provisionsanspruch des H gemäß § 87a III 2 HGB entfallen ist.

1. Nach § 87a III 1 HGB hat der Handelsvertreter grundsätzlich auch dann einen Anspruch auf Provision, wenn – wie hier (s.o. II. 2. b)) – objektiv feststeht, dass der Unternehmer gehindert ist, das Geschäft (weiter) auszuführen.

2. Der **Anspruch entfällt** nur dann, **wenn und soweit die Nichtausführung auf Umständen beruht, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind** (§ 87a III 2 HGB). Die Umstände, auf denen die Nicht(weiter)ausführung des Sparvertrags durch B beruht, sind die Maßnahmen der BaFin, die ihre Ursache wiederum in den wirtschaftlichen Schwierigkeiten der B, sprich: ihrer Insolvenz, haben. Zu klären ist damit die **Frage, ob die Insolvenz der B ein von ihr zu vertretender Umstand** ist.

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.<sup>53</sup> Teil des unternehmerischen Risikos ist die Gefahr, dass das unternehmerische Vorhaben als solches scheitert. Die **Insolvenz des Unternehmers fällt deshalb in seine Risikosphäre** und führt damit, wenn die Nichtausführung des Geschäfts hierauf beruht, grundsätzlich nicht zum Wegfall des Provisionsanspruchs nach § 87a III 2 HGB.<sup>54</sup>

b) Eine andere Beurteilung hält der BGH – ohne darüber abschließend zu entscheiden – allein in Fällen unverschuldeter Insolvenz infolge höherer Gewalt für möglich.<sup>55</sup> Eine abschließende Entscheidung darüber, ob diese Ausnahme anzuerkennen ist, kann (auch) hier unterbleiben, weil die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der B bzw. ihre Insolvenz auf Fehlspekulationen ihres Vorstands und damit jedenfalls nicht auf höhere Gewalt zurückzuführen sind.

c) Da B insolvent geworden ist und ein – ggf. möglicher – Ausnahmefall nicht vorliegt, hat B die Nichtausführung des Geschäfts bzw. die ihr zugrunde liegenden Umstände zu vertreten mit der Folge, dass der Provisionsanspruch des H nicht gemäß § 87a III 2 HGB erloschen ist.

**Ergebnis:** Ein Rückzahlungsanspruch des V aus §§ 87a II Hs. 2 HGB analog, 80 I InsO i.V.m. § 87a III 2 HGB besteht nicht.

<sup>52</sup> BGH ZIP 2008, 1080 (Rn. 15) m.w.N.

<sup>53</sup> BGH ZIP 2008, 1080 (Rn. 18) m.w.N.; siehe auch schon oben Grundfall, Variante 6.

<sup>54</sup> BGH ZIP 2008, 1080 (Rn. 18) m.w.N.

<sup>55</sup> Vgl. BGH ZIP 2008, 1080 (Rn. 19 ff.).

## Lösung zur Abwandlung 2

### I. Anspruch aus §§ 765, 650 S. 1, 433 II BGB

U kann gegen H einen Anspruch aus §§ 765, 650 S. 1, 433 II BGB haben.

#### 1. Hauptschuld

U hat einen Anspruch gegen W aus §§ 650 S. 1, 433 II BGB. Damit besteht die für die Bürgenhaftung wegen der Akzessorietät zwingend erforderliche Hauptschuld (§§ 765, 767 BGB).

#### 2. Wirksame Verbürgung

Es muss ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen U und H zustande gekommen sein, der sich auf die o.g. Hauptschuld bezieht.

##### a) Vertragliche Einigung

H hat durch seine Erklärung ein hinreichend bestimmtes Angebot auf Abschluss eines Bürgschaftsvertrags abgegeben. Insbesondere bezieht sich die Erklärung auf ein bestimmtes Geschäft, wie von § 86b I 2 HGB – dessen Anwendbarkeit unterstellt – gefordert wird. Dass die Forderung gegen W zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestand, ist unerheblich, da eine Bürgschaft auch für künftige Forderungen übernommen werden kann (§ 765 II BGB).

Das Angebot hat U zumindest konkludent angenommen, indem er sich gegenüber H hiermit zufrieden gezeigt hat.

##### b) Formwirksamkeit

Fraglich ist allerdings, ob die Willenserklärung des H in ordnungsgemäßer Form abgegeben wurde. Andernfalls ist sie nämlich gemäß § 125 BGB nichtig.

**aa)** Grundsätzlich ist eine Bürgschaftserklärung nur schriftlich (§ 126 BGB) wirksam (§ 766 BGB). Von diesem sich aus dem BGB ergebenden Erfordernis macht allerdings § 350 HGB eine Ausnahme, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft i.S.v. § 343 HGB ist. H ist Kaufmann i.S.v. § 1 II HGB. Die Bürgschaftserklärung gehört auch zum Betrieb seines Handelsgewerbes, wofür ohnehin eine Vermutung besteht (§ 344 I HGB). Demnach wäre die Schriftform nach § 350 HGB entbehrlich.

**bb)** Jedoch könnte hier die speziellere Vorschrift des § 86b I 3 HGB eingreifen, sodass trotz der Kaufmannseigenschaft des H wieder Schriftform (§ 126 BGB) erforderlich wäre. § 86b I 3 HGB geht nämlich § 350 HGB vor. Nach § 86b I 3 HGB bedarf die Übernahme der Verpflichtung, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten aus dem Geschäft einzustehen, einer dem Schriftformerfordernis genügenden Erklärung des Handelsvertreters.

**Hinweis:** § 86b HGB regelt die Übernahme eines sog. Delkredere (Einstandspflicht) durch den Handelsvertreter und dient seinem Schutz.

Genau ein solcher Fall ist hier gegeben: H wollte sich mit seiner Bürgschaftserklärung zum Entstehen für die Forderung des U gegen W aus dem provisionspflichtigen Geschäft, nämlich dessen Kaufpreisforderung aus §§ 650, 433 II BGB, verpflichten.

Durch die mündliche Erklärung des H sind die Anforderungen an die Schriftform aus § 126 BGB nicht gewahrt mit der Folge, dass die Erklärung des H nach § 125 BGB nichtig ist.



cc) Ein Ausnahmefall aus § 86b III HGB, der § 86b I HGB für unanwendbar erklärt, liegt ersichtlich nicht vor: Weder U noch W haben ihren Sitz im Ausland (§ 86b III 1 HGB); H hat keine unbeschränkte Abschlussvollmacht für U (§ 86b III 2 HGB).

Im Ergebnis hat U daher keinen Anspruch gegen H aus §§ 765, 650 S. 1, 433 II BGB.

**Hinweis:** Da keine wirksame Übernahme des Delkredere vorliegt, kann H auch keine Delkredereprovision nach § 86b I 1 HGB verlangen. Dieser Anspruch setzt nämlich die wirksame Übernahme voraus, da dem Unternehmer nur dann ein vergütungspflichtiger Vorteil in Form einer Sicherheit entsteht.

## II. Anspruch aus §§ 280, 241 II BGB

U hat auch keinen Anspruch gegen H aus §§ 280, 241 II BGB: Zwar ist der Handelsvertreter aufgrund seiner Interessenwahrnehmungspflichten gegenüber dem Unternehmer zur Prüfung der Bonität des Dritten verpflichtet, jedoch hat H diese Pflicht ordnungsgemäß erfüllt, sodass es an einer Pflichtverletzung i.S.v. § 280 I 1 BGB fehlt.

**Hinweis:** Gerichtet wäre dieser Schadensersatzanspruch – eine Pflichtverletzung unterstellt – auf das **negative Interesse**.<sup>56</sup> H müsste U also so stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Bonitätsprüfung durch H gestanden hätte. In diesem Fall hätte U mit W nicht abgeschlossen und daher keine Produktions- und Materialkosten gehabt. Diese müsste H dem U daher ersetzen. Zum Ersatz des entgangenen Gewinns des U (positives Interesse) wäre H hingegen nicht verpflichtet, da der Gewinn dem U auch bei pflichtgemäßem Verhalten des H entgangen wäre, es also an der haftungsausfüllenden Kausalität fehlt: U hätte gar keinen Vertrag geschlossen, aus dem Gewinn hätte resultieren können.

## Lösung zur Abwandlung 3

### I. Auskunftsanspruch (§ 86a II 2 HGB)

H kann einen Anspruch gegen U auf Auskunft gemäß § 86a II 2 HGB haben. Danach hat der Unternehmer dem Handelsvertreter unverzüglich die Annahme oder Ablehnung eines vermittelten oder ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäfts und die Nichtausführung eines von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfts mitzuteilen.

Ein Abschluss ohne Vertretungsmacht durch H liegt nicht vor; auch geht es nicht um die Nichtausführung eines Geschäfts. In Betracht kommt daher nur die erste Alternative, die Annahme eines von H vermittelten Geschäfts.

Die von W getätigte Auftragsvergabe an U stellt eine sog. Nachbestellung i.S.v. § 87 I 1 Alt. 2 HGB dar, ist also mittelbar i.S.v. § 87 I 1 Alt. 1 HGB von H verursacht worden. Wie oben bereits im Grundfall, Variante 5, erläutert, kann eine Nachbestellung bzw. mittelbare Verursachung jedoch nicht unter den Begriff „Vermittlung eines Geschäfts“ gefasst werden, da hierfür nach dem Wortsinn eine Tätigkeit im Hinblick auf den konkreten Vertrag erforderlich ist. Es fehlt folglich an einem von H „vermittelten“ Geschäft.

Im Ergebnis hat H daher keinen Anspruch aus § 86a II 2 HGB.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Hopt/Hopt, § 86b Rn. 1.

<sup>57</sup> Vgl. hierzu auch Hopt/Hopt, § 86a Rn. 10.

## II. Anspruch auf Abrechnung (§ 87c I HGB)

Da zwischen H und U aber ein Handelsvertretervertrag besteht, trifft U die Abrechnungspflicht aus § 87c I HGB: U hat über die Provision des H mangels abweichender Vereinbarung monatlich abzurechnen. Inhaltlich enthält eine ordnungsgemäße Abrechnung, zu deren schriftlicher Erteilung der Unternehmer einklagbar verpflichtet ist, eine Aufstellung darüber, auf welche Provisionen der Handelsvertreter Anspruch hat, welche Provisionsansprüche dem Handelsvertreter also im Abrechnungszeitraum nach §§ 87, 87a HGB entstanden sind. Erforderlich ist eine vollständige, klare und übersichtliche Zusammenstellung. Aufzunehmen sind aber nur bereits ausgeführte Geschäfte.

**Ergebnis:** H hat gegen U einen Anspruch auf Erteilung einer Abrechnung aus § 87c I 1 HGB, in die auch das mit W bereits ausgeführte Geschäft aufzunehmen ist, weil H hierfür eine Provision zusteht (zur Begründung des Provisionsanspruchs vgl. oben Grundfall, Variante 2).

**Hinweis zur Rechtsnatur der Abrechnung:** Die Abrechnung ist ein abstraktes Schuldanerkenntnis des Unternehmers i.S.v. § 781 BGB, für das wegen § 782 BGB allerdings kein Schriftformerfordernis besteht. Das o.g. Schriftformerfordernis folgt hier vielmehr aus dem Bedürfnis nach einer geordneten Zusammenstellung.

## III. Anspruch auf Erteilung eines Buchauszugs (§ 87c II HGB)

Für das Geschäft zwischen U und W gebührt dem H eine Provision (s.o.). Er kann daher anlässlich der Abrechnung von U die Erteilung eines sog. Buchauszugs gemäß § 87c II HGB verlangen. Der Buchauszug dient der Ergänzung der Abrechnung und geht über diese hinaus. Er soll dem Handelsvertreter die Kontrolle der Abrechnung auf Richtigkeit und Vollständigkeit ermöglichen.<sup>58</sup> Seine Grenzen werden deshalb zum Schutz des Handelsvertreters sehr weit gezogen. Der Buchauszug muss alle nach § 87 HGB provisionspflichtigen Geschäfte umfassen, also auch schwebende Geschäfte und solche, die nach § 87 III HGB nur bedingt provisionspflichtig sind. Der Buchauszug muss alles enthalten, was sich aus sämtlichen dem Unternehmer verfügbaren schriftlichen Unterlagen im Zeitpunkt der Aufstellung ergibt und für die Berechnung der Provision von Bedeutung sein kann (= alle Angaben über die Geschäfte und ihre Ausführung mit Provisionsrelevanz). Für die Entstehung des Anspruchs auf Erteilung eines Buchauszugs gemäß § 87c II HGB ist dabei nicht erforderlich, dass auf Seiten des Handelsvertreters Zweifel an der Richtigkeit einer vom Unternehmer erteilten Abrechnung bestehen.<sup>59</sup>

Falls der Unternehmer die Erteilung einer Abrechnung i.S.v. § 87c I HGB über die dem Handelsvertreter zustehende Provision verweigert, obwohl er zur Abrechnung verpflichtet ist, ist der Handelsvertreter nach der Rechtsprechung grundsätzlich berechtigt, die Vorlage eines Buchauszugs *zusammen* mit der Abrechnung über die Provision gerichtlich geltend zu machen. Die Weigerung des Unternehmers, eine Abrechnung nach § 87c I HGB zu erteilen, begründet nämlich regelmäßig die Besorgnis, der Unternehmer werde auch den bei der Abrechnung entstehenden Anspruch des Handelsvertreters auf Erteilung eines Buchauszugs nach § 87c II HGB nicht rechtzeitig erfüllen (§ 259 ZPO).<sup>60</sup>

<sup>58</sup> BGH ZIP 2017, 1912 (Rn. 21).

<sup>59</sup> BGH ZIP 2017, 1912 (Rn. 20).

<sup>60</sup> BGH ZIP 2017, 1912 (Rn. 18).

Der Handelsvertreter ist jedoch im Falle einer solchen Weigerung des Unternehmers nicht verpflichtet, den Anspruch auf Erteilung eines Buchauszugs nach § 87c II HGB zusammen mit dem Anspruch auf Abrechnung der Provision nach § 87c I HGB geltend zu machen. Er kann von dem Unternehmer vielmehr zunächst eine Abrechnung über die verdienten Provisionen verlangen und anschließend die Erteilung eines Buchauszugs fordern.<sup>61</sup> Aus diesem Grund beginnt auch die nach § 195 BGB zu bestimmende selbstständige Verjährung des Anspruchs aus § 87c II HGB regelmäßig erst mit dem Schluss des Jahres, in dem der Unternehmer dem Handelsvertreter eine abschließende Abrechnung über die diesem zustehende Provision erteilt hat.<sup>62</sup> Der Unternehmer wird hierdurch nicht unbillig benachteiligt, denn er hat es selbst in der Hand, den Anspruch auf Erteilung eines Buchauszugs mit Erteilung einer abschließenden Provisionsabrechnung nach § 87c I HGB fällig zu stellen. Hierfür genügt auch die Erklärung, dass dem Handelsvertreter im Abrechnungszeitraum keine Provisionsansprüche erwachsen sind.<sup>63</sup>

Da U nicht einmal bereit ist, dem H Auskunft über das Geschäft mit W zu erteilen, verweigert er zugleich konkludent die Erteilung einer Abrechnung i.S.v. § 87c I HGB. Folglich kann H bereits parallel zu dem Anspruch auf jene Abrechnung den Anspruch aus § 87c II HGB geltend machen, der mangels erteilter Abrechnung auch nicht verjährt sein kann.

**Ergebnis:** H hat gegen U einen Anspruch auf Erteilung eines Buchauszugs aus § 87c II HGB.

**Hinweis 1:** Der Anspruch auf einen Buchauszug entfällt nur dann, wenn die Abrechnung nach Abs. 1 alle Angaben enthält, die für einen ordnungsgemäßen Buchauszug erforderlich wären.<sup>64</sup> Der Anspruch auf Erteilung des Buchauszugs ist in der **Praxis enorm wichtig** (!).

**Hinweis 2:** Der Anspruch aus § 87c II HGB (sowie der darauf beruhende Anspruch auf Vorauszahlung der für die Herstellung des Buchauszugs erforderlichen Kosten aus § 887 II ZPO) ist nicht selbstständig pfändbar; die Beschlagnahme dieser Nebenrechte erfolgt vielmehr mit der Pfändung des Provisionsanspruchs.<sup>65</sup>

#### IV. Anspruch auf Mitteilung (§ 87c III HGB)

H kann gemäß § 87c III HGB weiterhin eine Mitteilung über alle Umstände verlangen, die für den Provisionsanspruch, seine Fälligkeit und seine Berechnung wesentlich sind. Dieser Anspruch ergänzt jedoch nur den Abrechnungs- und Buchauszugsanspruch, kann also nur geltend gemacht werden, wenn nach Erteilung der Abrechnung/des Buchauszugs Zweifel oder Unklarheiten verbleiben.

#### V. Anspruch auf Einsicht in die Bücher (§ 87c IV HGB)

Sofern U die Erteilung eines Buchauszugs verweigern sollte, oder falls begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erteilten Abrechnung oder des erteilten Buchauszugs bestehen, kann H nach § 87c IV HGB verlangen, dass nach

<sup>61</sup> BGH ZIP 2017, 1912 (Rn. 19).

<sup>62</sup> BGH ZIP 2017, 1912 (LS 1 und Rn. 14 ff.).

<sup>63</sup> BGH ZIP 2017, 1912 (Rn. 19).

<sup>64</sup> BGH WM 1991, 196, 200 m.w.N.

<sup>65</sup> BGH ZIP 2017, 2014, 2015 (Rn. 13 ff.).

Wahl des U entweder H oder einem von H zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder Buchsachverständigen Einsicht in die Bücher und sonstigen Urkunden so weit gewährt wird, wie dies zur Feststellung der Richtigkeit oder Vollständigkeit erforderlich ist.

Ob ein Anspruch des H aus § 87c IV HGB entstehen wird, ist momentan unklar. Dies hängt vom weiteren Verhalten des U ab.

### Fall Nr. 35 – Wettbewerbsverbot

Der bereits aus Fall 34 bekannte H ist auch weiterhin für U tätig. Die Vertragsbedingungen sind identisch, gleiches gilt für den Aufgabenbereich des H. Das Geschäft mit den Puzzles des U läuft zufriedenstellend, lastet H aber zeitlich nicht aus.

H schaut sich deshalb nach parallelen Vermittlertätigkeiten um – die Tätigkeit für U will er keinesfalls aufgeben. Er findet K, der ebenso wie U Spielwaren nach Kundenauftrag herstellt und anschließend ausliefert. Zu seinem Sortiment gehören unter anderem Puzzles, wobei diese aber ausschließlich mit Gebäudemotiven bedruckt werden.

H kann sich mit K auf einen Vertragsentwurf einigen, der in den wesentlichen Punkten Regelungen enthält, die denen des Vertrags zwischen H und U entsprechen. H soll aufgrund seiner Erfahrung ausschließlich für die Vermittlung von Geschäften über Puzzles zuständig sein.

**Frage 1:** Kann H die beabsichtigte Tätigkeit für K aufnehmen, ohne Pflichten gegenüber U zu verletzen?

**Frage 2:** Unterstellt, H nimmt die Tätigkeit für K auf, weil er der Auffassung ist, dazu berechtigt zu sein, und zeigt sie dem U auch an: Welche Ansprüche und Rechte hat U?

### Lösung zur Frage 1

H kann die Tätigkeit ohne Pflichtverletzung gegenüber U aufnehmen, wenn ihn gegenüber U keine Pflicht zur Unterlassung der konkret in Aussicht genommenen Tätigkeit für K trifft (Wettbewerbsverbot).

#### I. Bestehen eines Wettbewerbsverbots

Voraussetzung ist zunächst, dass für H als Handelsvertreter überhaupt ein Wettbewerbsverbot dem Grunde nach besteht, er also gegenüber dem Unternehmer U zur Unterlassung von Wettbewerb verpflichtet ist.

1. Eine ausdrückliche Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots in dem Handelsvertretervertrag zwischen U und H fehlt. Insbesondere liegt auch keine Abrede vor, nach der H als sog. Einfirmenvertreter tätig sein soll.

2. Auch gesetzlich ist ein Wettbewerbsverbot nicht angeordnet (anders beim Handlungsgehilfen, vgl. § 60 HGB).

**Hinweis:** Im Gesetz findet sich nur eine Regelung zum nachvertraglichen (!) Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters. Es kann nur unter den Voraussetzungen bzw. in den Grenzen des § 90a HGB vereinbart werden (§ 90a HGB ist zu Gunsten des Handelsvertreters zwingend, vgl. § 90a IV HGB) und ergibt sich folglich nicht schon aus fortwirkenden Treuepflichten des Han-

delsvertreter.<sup>66</sup> Weitere Grenzen für nachvertragliche Wettbewerbsverbote ergeben sich bei deren formularmäßiger Vereinbarung aus dem AGB-Recht, insbesondere aus dem Transparenzgebot.<sup>67</sup>

3. Ein Wettbewerbsverbot kann sich daher nur aus der **Natur des Vertragsverhältnisses** ergeben, d.h. dem Vertrag generell immanent sein.

a) Hiergegen lässt sich grundsätzlich anführen, dass der Handelsvertreter in hohem Maße vom Unternehmer abhängig ist. Der Handelsvertreter kann weder die Qualität der Produkte noch die Nachfrage nach ihnen beeinflussen. Er muss daher zumindest bei minderer Qualität der Produkte bzw. geringer Nachfrage befugt sein, sich anderweitige Einnahmequellen zu erschließen. Im Übrigen wird der Handelsvertreter durch die Tätigkeit für einen Unternehmer in der Regel nicht voll ausgelastet und darf deshalb nicht daran gehindert werden, seine freien Kapazitäten anderweitig zu nutzen.

b) Auf der anderen Seite stehen aber die **Treue-, Rücksichtnahme- und Interessenwahrungspflichten** des Handelsvertreter, die insbesondere wegen des Bestehens eines Dauerschuldverhältnisses besonders ausgeprägt sind. Die genannten Pflichten lassen sich allesamt aus dem Inhalt des Handelsvertreterverhältnisses sowie § 242 BGB ableiten: Der Unternehmer ist auf die Vertriebstätigkeit des Handelsvertreter angewiesen, weil dieser in der Regel eine feste Komponente des Vertriebssystems bildet. Wird der Handelsvertreter aber für andere Unternehmer, insbesondere Konkurrenten, tätig, so reduzieren sich die Absatzchancen, weil der Handelsvertreter nicht seine gesamte Arbeitskraft auf ein Produkt verwendet, sondern den Dritten verschiedene – oft sogar: konkurrierende – Produkte anbietet. Die h.M. in Rechtsprechung und Literatur leitet aus dieser Interessenlage ein **grundsätzliches Wettbewerbsverbot** für den Handelsvertreter ab (→ § 9 Rn. 56).

## II. Umfang und Reichweite des Wettbewerbsverbots

Besteht damit grundsätzlich ein vertragsimmanentes Wettbewerbsverbot für den Handelsvertreter, so sind weiter dessen Umfang und Reichweite zu prüfen: es muss auch die **konkret in Aussicht genommene Tätigkeit** des H für K untersagen.

1. Grundsätzlich gilt für den Umfang und die Reichweite des Wettbewerbsverbots Folgendes:

Es erfasst einerseits **nicht schlichtweg jede Tätigkeit** für andere Unternehmer (vgl. BGHZ 112, 218: die Interessenwahrungspflicht führt „nicht zu einem umfassenden Wettbewerbsverbot schlechthin“). Dies ergibt sich aus der unter I. 3. a) geschilderten Interessenlage sowie aus der Tatsache, dass nicht jede Tätigkeit für andere Unternehmer die Interessenwahrungspflicht als dogmatische Grundlage des Wettbewerbsverbots verletzt. Der Handelsvertreter ist jedoch andererseits während der Vertragszeit nicht befugt, für einen Konkurrenzunternehmer tätig zu werden.<sup>68</sup>

Das Wettbewerbsverbot ist demnach **in räumlicher und gegenständlicher/sachlicher Hinsicht auf den Tätigkeitsbereich des Handelsvertreter beschränkt**; nur bei

<sup>66</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen K. Schmidt, HandelsR, § 27 Rn. 51 f. (S. 873 f.).

<sup>67</sup> Vgl. BGH ZIP 2016, 676 ff. (Rn. 18 ff.) zur Unwirksamkeit der Verpflichtung, „es für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses zu unterlassen, der Gesellschaft Kunden abzuwerben oder dies auch nur zu versuchen“, wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 I 1, 2 BGB; vgl. hierzu auch Dück, NJW 2016, 368 ff.

<sup>68</sup> K. Schmidt, HandelsR, § 27 Rn. 43 ff. (S. 871 ff.) m.w.N. aus der ständigen Rechtsprechung des BGH.

diesbezüglichen Überschneidungen liegt nämlich ein Konkurrenzverhältnis vor. Innerhalb dieses Bereichs umfasst das Wettbewerbsverbot allerdings jegliche Tätigkeit für einen Konkurrenten; es gilt also unabhängig davon, ob sie in eigenem oder fremdem Namen bzw. auf eigene oder fremde Rechnung erfolgt.

Ob der andere Unternehmer ein Konkurrent in diesem Sinne ist, kann jeweils nur im Einzelfall festgestellt werden.

2. Angewendet auf den vorliegenden Fall führen obige Grundsätze dazu, dass die in Aussicht genommene Tätigkeit des H für K gegen das ihn (H) treffende Wettbewerbsverbot verstößt. Die **Produkte**, die H für K vertreiben soll, gehören **derselben Gattung** an wie die des U: Es handelt sich jeweils um Puzzles und damit um Konkurrenzprodukte. Dass die Puzzles des K andere Motive haben als die des U, führt nicht dazu, dass ein Vertrieb für K die Interessen des U nicht berührt. Für das Geschäft des U ist es vielmehr besonders gefährlich, wenn H Alternativen zu den Produkten des U anbieten kann und sich der Kunde dann ggf. für diese entscheidet. Es besteht damit ein gegenständlicher/sachlicher Überschneidungsbereich. Da in den jeweiligen Verträgen räumliche Beschränkungen fehlen, überschneiden sich die Tätigkeiten für U und K auch räumlich.

Nicht entscheidend ist, dass die Tätigkeit des H für K ebenfalls eine solche als Handelsvertreter ist, da auch andere rechtliche Ausgestaltungen von dem Verbot umfasst wären (s.o.). H kann demnach nicht dahingehend beraten werden, eine andere Gestaltung zwecks Ausschlusses des Wettbewerbsverbots zu wählen.

### III. Ergebnis

H kann die Tätigkeit für K nicht aufnehmen, ohne dadurch Pflichten gegenüber U zu verletzen, da die anvisierte Tätigkeit für K von dem Wettbewerbsverbot des H erfasst ist.

## Lösung zur Frage 2

Die Lösung zu Frage 1 ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Tätigkeit des H für K gegenüber U pflichtwidrig ist. Unterstellt man nun trotzdem deren Aufnahme durch H, so fragt sich, welche Rechte und Ansprüche hieraus für U folgen.

### I. Anspruch auf Schadensersatz (§ 280 BGB)

U kann gegen H einen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 BGB haben.

H hat durch die Tätigkeit für K eine Pflicht aus dem Handelsvertretervertrag verletzt. Dies hat H auch zu vertreten (§ 280 I 2 BGB). Zwar handelte er nicht vorsätzlich, jedoch hätte er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 II BGB) das Wettbewerbsverbot erkennen können, da es aufgrund der ähnlichen Produkte naheliegt und daher die Rückfrage bei einem Anwalt sorgfaltsgemäß gewesen wäre.

H hat damit eine schuldhaftige Pflichtverletzung begangen, die ihn schadensersatzpflichtig macht gemäß § 280 I BGB. Die Höhe des Schadensersatzes richtet sich nach §§ 249 ff. BGB, d.h. es kommt darauf an, ob U ohne die Konkurrenzfähigkeit des H weitere Aufträge erhalten und Gewinne gemacht hätte (§ 252 BGB).

### II. Auskunftsanspruch

Damit U die Bezifferung des Schadens möglich ist, hat er als Hilfsanspruch einen Anspruch auf Auskunft über die unzulässig für K vermittelten Geschäfte. An-

spruchsgrundlage ist der Handelsvertretervertrag bzw. § 242 BGB.<sup>69</sup> Nur mit Hilfe dieser Informationen kann U nämlich feststellen, was ihm entgangen ist.<sup>70</sup>

### III. Unterlassungsanspruch

Aus dem Handelsvertretervertrag direkt folgt weiterhin ein Unterlassungsanspruch des U. Jeder Vertragsteil kann von dem anderen die Unterlassung des vertragswidrigen Verhaltens fordern.

### IV. Außerordentliche Kündigung (§ 89a HGB)

H kann weiterhin zur außerordentlichen (fristlosen) Kündigung nach § 89a HGB berechtigt sein. **Unzulässiger Wettbewerb** stellt eine **Fallgruppe** eines wichtigen Kündigungsgrundes des Unternehmers dar;<sup>71</sup> eine außerordentliche Kündigung **setzt jedoch** wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (*ultima ratio*, vgl. auch § 314 II 1 BGB) grundsätzlich immer – und auch bei einer Störung im Vertrauensbereich – eine **vorherige Abmahnung voraus**, die hier seitens U noch nicht ausgesprochen wurde.

**Fraglich** ist, ob die **Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich** ist. Dies wird (nur) bei Pflichtverletzungen angenommen, die so schwer wiegen, dass die Abmahnung die Vertrauensbasis nicht wiederherstellen kann.<sup>72</sup> Davon ist hier nicht auszugehen. Zum einen handelte H nicht vorsätzlich pflichtwidrig, sondern nur fahrlässig; zum anderen hat er U seine Tätigkeit angezeigt und ihm damit die Möglichkeit zu einer Prüfung und Reaktion gegeben. H hat U nicht bewusst seine Tätigkeit verschwiegen und wollte ihn folglich nicht planmäßig um seine vertraglichen Rechte bringen. Die Vertrauensbasis ist nicht zerstört. Die Pflichtverletzung des H ist demnach nicht derart schwerwiegend, dass eine Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich ist.

**Ergebnis:** Ein Recht zur außerordentlichen Kündigung besteht (derzeit) nicht.

**Hinweis:** Vgl. näher zur außerordentlichen Kündigung → Fall Nr. 36 – Rasches Ende und → Fall Nr. 37 – Ausgleichende Gerechtigkeit.

### V. Anspruch auf Herausgabe der Gewinne

Streitig ist, ob U gegen H einen Anspruch auf Herausgabe der Gewinne hat, die H durch die pflichtwidrige Vermittlung von Geschäften für K erzielt hat. Es geht also um die von K erhaltenen Provisionen des H. Der Anspruch ließe sich **aus einer Analogie zu §§ 61 I Hs. 2, 113 I Hs. 2 HGB** herleiten.

1. Die Analogie wird **von der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur abgelehnt**.<sup>73</sup> Als Argumente werden angeführt: das Fehlen einer dem § 61 HGB vergleichbaren Regelung, die Eigenschaft des Handelsvertreters als selbstständiger Gewerbetreibender sowie die schwerwiegenden Konsequenzen für den Handelsvertreter.

<sup>69</sup> Dazu BGH ZIP 2013, 2260 ff. = NJW 2014, 381 ff.

<sup>70</sup> Zu möglichen Begrenzungen des Anspruchs aufgrund von Geheimhaltungsinteressen vgl. BGH ZIP 2013, 2260, 2261 f. = NJW 2014, 381 (Rn. 18 ff.); Hopt/Hopt, § 86 Rn. 32.

<sup>71</sup> Vgl. im Einzelnen Hopt/Hopt, § 89a Rn. 19.

<sup>72</sup> Vgl. Hopt/Hopt, § 89a Rn. 10.

<sup>73</sup> Vgl. Hopt/Hopt, § 86 Rn. 32; ferner die Nachweise bei Canaris, HandelsR, § 15 Rn. 44 (S. 259), der selbst jedoch a.A. ist.

2. Dagegen hält *Canaris*<sup>74</sup> die §§ 61 I Hs. 2, 113 I Hs. 2 HGB für entsprechend anwendbar, falls – wie hier – ein schuldhafter Verstoß vorliegt. Er hält die Treuebindung des Handelsvertreters wegen der ständigen Betrauung trotz Selbstständigkeit für vergleichbar mit den Treuepflichten, die einen Arbeitnehmer bzw. Gesellschafter treffen und leitet aus §§ 61 I Hs. 2, 113 I Hs. 2 HGB den allgemeinen Rechtsgedanken her, dass sich der verbotene Wettbewerb nicht „lohnende“ dürfe. Die Interessen des Handelsvertreters müssten bei schuldhaftem Verhalten zurücktreten und seien dann nicht schutzwürdig bzw. von vorneherein (nur) über eine tatbestandliche Beschränkung des Wettbewerbsverbots zu verwirklichen.

Folgt man der h.M., scheidet ein Anspruch aus.

### Fall Nr. 36 – Rasches Ende

H ist als Handelsvertreter für U tätig, der Badartikel herstellt. H ist für das gesamte Sortiment des U zuständig und soll die Produkte des U an Einzelhändler vermitteln. In der Passage des Handelsvertretervertrags betreffend das Gebiet, in dem H tätig werden soll, heißt es: „U gewährleistet H die exklusive Zuständigkeit für das gesamte Rhein-Main-Gebiet.“

U ist mit dem Absatz seiner Produkte unzufrieden. Dies gilt insbesondere für das Rhein-Main-Gebiet. Er entschließt sich, zusätzlich einen Fabrikverkauf in Frankfurt einzurichten, wo (nur) Personen, die sich als Einzelhändler ausweisen, seine Produkte direkt erwerben können. Die von U dabei angebotenen Preise sind niedriger als diejenigen, für die H die Produkte des U anbieten kann, da U die Provision von H nicht mit einkalkulieren muss. U informiert den H nicht über seine Pläne und den Start des Fabrikverkaufs, sondern hofft, dass H davon nichts mitbekommt.

Nach einiger Zeit erfährt H dennoch von dem Fabrikverkauf des U. Er verlangt von U schriftlich die Einstellung binnen zwei Wochen und stellt andernfalls die Kündigung des Vertrags in Aussicht. Sofort nach erfolglosem Ablauf der Frist erklärt H, der zu diesem Zeitpunkt seit etwas mehr als 3 Jahren als Handelsvertreter für U tätig gewesen ist, Mitte Februar die außerordentliche Kündigung des Handelsvertretervertrags.

**Frage 1:** Ist die Kündigung des H wirksam?

**Frage 2:** Die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung unterstellt: Hat H wegen der Vertragsbeendigung einen Schadensersatzanspruch gegen U?

### Lösung zur Frage 1

Die Kündigung des H kann als **außerordentliche Kündigung** nach § 89a I HGB wirksam sein.

#### I. Wichtiger Grund i.S.v. § 89a I 1 HGB

Dies setzt voraus, dass ein wichtiger Grund i.S.v. § 89a I 1 HGB für eine Kündigung bestand.

Ein wichtiger Grund liegt dann vor, wenn es dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen

---

<sup>74</sup> *Canaris*, HandelsR, § 15 Rn. 44 (S. 259).



Interessen **nicht zumutbar** ist, den Vertrag bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung **fortzuführen** (vgl. auch § 314 I 2 BGB). Insbesondere schwerwiegende Vertragsverletzungen und eine dadurch bedingte Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien können einen wichtigen Kündigungsgrund darstellen.<sup>75</sup>

### 1. Schwerwiegende Pflichtverletzung

Als schwerwiegende Pflichtverletzungen des U, die das Vertrauensverhältnis zerstört haben, kommen hier die Eröffnung des Fabrikverkaufs mit seiner preislichen Ausgestaltung sowie seine Geheimhaltung gegenüber H in Betracht.

a) Eine Pflichtverletzung kann die Eröffnung des Fabrikverkaufs aber überhaupt nur dann darstellen, wenn U gegenüber H einem Wettbewerbsverbot unterlag, das ihn zum Unterlassen der Eröffnung verpflichtete.

aa) Ein **Wettbewerbsverbot des Unternehmers** besteht bei einem Handelsvertreterverhältnis nicht generell, sondern kann **nur im Einzelfall aus der Vertragstreuepflicht** des Unternehmers hergeleitet werden. Die Treuepflichten des Unternehmers können dabei durch vertragliche Abreden weiter konkretisiert sein; ggf. begründet die vertragliche Vereinbarung überhaupt erst das Wettbewerbsverbot. Maßgeblich ist, ob der Handelsvertreter aufgrund der Umstände des Einzelfalls von einem gesicherten ausschließlichen Betätigungsfeld ausgehen durfte oder ob ihm klar sein musste, dass der durch ihn eröffnete Vertriebskanal für den Unternehmer nur eine zusätzliche Option ist.<sup>76</sup>

bb) Vor diesem Hintergrund wird ein **Direktvertrieb durch den Unternehmer** bei Fehlen einer anderweitigen Vereinbarung als **grundsätzlich zulässig** angesehen, d.h. ohne weitere Umstände kann der Handelsvertreter nicht auf ein gesichertes ausschließliches Betätigungsfeld vertrauen.<sup>77</sup>

cc) **Anders** ist dies allerdings zu beurteilen, wenn – wie hier – eine **vertragliche Abrede** besteht, in der dem Handelsvertreter Exklusivität für ein bestimmtes Gebiet gewährleistet wird. In der Regel ist es nämlich gerade diese Exklusivität, die den Handelsvertreter zum Abschluss des Vertrages bewogen hat, da hiervon maßgeblich seine Verdienstmöglichkeiten abhängen. Durch eine derart klare Regelung wird das Vertrauen auf ein gesichertes ausschließliches Betätigungsfeld schutzwürdig und führt zumindest über die Vertragstreuepflichten des Unternehmers zu einem Wettbewerbsverbot.

**Hinweis:** Es liegt sogar nahe und ist gut vertretbar, in der Klausel ein ausdrückliches Wettbewerbsverbot für U zu sehen, da „Exklusivität“ wohl nicht anders auslegbar ist.

Die vertragliche Regelung zwischen U und H kann auch nicht dahin ausgelegt werden, dass sie nur die Tätigkeit anderer Handelsvertreter bzw. sonstiger betriebsfremder Vertriebsmittler erfasst und keinen Schutz vor einer konkurrierenden Tätigkeit des U selbst bieten soll. Zwar spricht in gewissem Maße die Verwendung des Wortes „Zuständigkeit“ für eine solche Auslegung, jedoch liegt allein hierin noch keine hinreichend klare Differenzierung zwischen den beiden Fällen, insbesondere unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der Regelung sowie der Schutzbedürftigkeit des H. Gerade eine direkte Tätigkeit des U gefährdet die Absatzbemü-

<sup>75</sup> Vgl. *Canaris*, HandelsR, § 15 Rn. 89 f. (S. 269); *Hopt/Hopt*, § 89a Rn. 6 ff.

<sup>76</sup> Vgl. *Canaris*, HandelsR, § 15 Rn. 77 (S. 266); *Hopt/Hopt*, § 86a Rn. 17.

<sup>77</sup> Vgl. *Canaris*, HandelsR, § 15 Rn. 78 (S. 266 f.).

hungen des H, da U – wie geschehen – ohne die Zwischenschaltung einer weiteren Person bessere Preise bieten kann. Soll die Klausel also wirkungsvoll sein, muss sie insbesondere auch den Fall des Direktvertriebs erfassen.

Für ein Wettbewerbsverbot des U spricht weiter, dass ein solches auch ohne vertragliche Regelung dann angenommen wird, wenn der Unternehmer – wie hier geschehen – gezielt den Kundenkreis des Handelsvertreters anspricht und diesem darüber hinaus bessere Preise bietet.<sup>78</sup> Dies muss erst recht gelten, wenn der Unternehmer vertraglich Exklusivität gewährleistet.

U war gegenüber H damit zur Unterlassung von Wettbewerb im Rhein-Main-Gebiet verpflichtet. Gegen diese Pflicht hat U durch die Eröffnung des Fabrikverkaufs für Einzelhändler und dessen preisliche Ausgestaltung verstoßen.

**Hinweis:** Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn U und H eine Bezirksvertretung i.S.v. § 87 II 1 Alt. 1 HGB vereinbart hätten.

Eine solche Vereinbarung hat zum Gegenstand, dass der Handelsvertreter die Kundenpflege in einem bestimmten Bezirk übernimmt und er als Gegenleistung hierfür auch Provisionsansprüche aus solchen Geschäften innerhalb des Bezirks erhält, die ohne seine Mitwirkung abgeschlossen worden sind. Von einer solchen Vereinbarung ist auszugehen, wenn der Handelsvertreter im Vertrag selbst ausdrücklich als Bezirksvertreter bezeichnet wird. Es genügt im Regelfall aber auch die Zusicherung von Kundenschutz, das Versprechen von Provisionen auch für solche Geschäfte, die innerhalb eines bestimmten Bezirks getätigt wurden, oder eine Klausel, wonach alle „direkten oder indirekten“ oder „unmittelbaren und mittelbaren“ Geschäfte innerhalb eines bestimmten Bezirks provisionspflichtig sind.<sup>79</sup>

Bei der Bezirksvertretung steht dem Handelsvertreter bei Direktabschlüssen des Unternehmers in dem Bezirk nach § 87 II 1 Alt. 1 HGB ein Provisionsanspruch zu. Die Direktabschlüsse schaden dem Handelsvertreter also nicht, sondern sie nützen ihm. Deshalb sind sie nicht als zur außerordentlichen Kündigung nach § 89a I HGB berechtigende Pflichtverletzungen zu werten.<sup>80</sup>

Zwischen U und H wurde eine Bezirksvertretung aber nicht vereinbart. H wird in dem Handelsvertretervertrag nicht als „Bezirksvertreter“ bezeichnet. Ihm werden auch nicht besonderer Kundenschutz oder vermittlungsunabhängige Provisionsansprüche für Geschäfte in seinem Gebiet zugesagt. H steht deshalb kein Anspruch nach § 87 II 1 Alt. 1 HGB zu. Vielmehr sind die Direktabschlüsse des U als Pflichtverletzungen zu werten, die den H zur außerordentlichen Kündigung berechtigen können.

b) Intensiviert wird diese Pflichtverletzung noch dadurch, dass U dem H den Fabrikverkauf planmäßig verschwiegen und auf dessen Unkenntnis gehofft hat. Hieraus ergibt sich, dass U die Pflichtwidrigkeit seiner Handlung bewusst war, er sich also vorsätzlich über seine vertraglichen Pflichten hinweggesetzt hat.

## 2. Zerstörung des Vertrauensverhältnisses

Die Pflichtverletzungen haben das Vertrauensverhältnis zwischen U und H irreparabel zerstört. U hat H planmäßig hintergangen und wollte ihn über seine Aktivitäten täuschen. Eine weitere ungestörte Zusammenarbeit ist nicht möglich.

## 3. Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung

Es ist dem H auch nicht zumutbar, den Ablauf einer Kündigungsfrist abzuwarten, da die Vertragsverletzungen den Vertrauensbereich berühren und den berechtigten Interessen des H nur durch eine sofortige Vertragsbeendigung genüge getan ist. Jede weitere Tätigkeit für U ist ihm unzumutbar.

---

<sup>78</sup> Vgl. *Canaris*, HandelsR., § 15 Rn. 78 (S. 266 f.).

<sup>79</sup> Vgl. *MüKoHGB/Ströbl*, § 87 Rn. 79 f.

<sup>80</sup> Vgl. *MüKoHGB/Ströbl*, § 87 Rn. 88.

#### 4. Abmahnung

Sofern man eine vorherige Abmahnung als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>81</sup> auch im vorliegenden Fall des bewussten Hintergehens für erforderlich hält – was zweifelhaft ist, weil eine Abmahnung dann nicht erforderlich ist, wenn eine schwerwiegende Pflichtverletzung vorliegt und die Abmahnung die Vertrauensbasis deshalb nicht wiederherstellen kann<sup>82</sup> –, so ist der sich dann ergebende Vorrang der Abmahnung von H jedenfalls beachtet worden, indem H den U zur Beendigung des vertragswidrigen Verhaltens aufgefordert und andernfalls eine Kündigung in Aussicht gestellt hat. Das Schreiben des H erfüllt damit Warn- und Hinweisfunktion der Abmahnung.

#### II. Einhaltung der Kündigungsfrist

In § 89a HGB wird zwar – anders als in § 626 II BGB – keine ausdrückliche Kündigungsfrist genannt. Aus der allgemeinen Norm des § 314 III BGB ergibt sich jedoch, dass die außerordentliche Kündigung nur innerhalb einer angemessenen Frist erklärt werden kann, nachdem der Kündigungsberechtigte vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.<sup>83</sup> Wer nämlich trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes die Vertragsbeziehung über längere Zeit fortsetzt, widerlegt sich gleichsam selbst, wenn er später geltend macht, ihm sei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zumutbar. Diese recht knapp bemessene „angemessene Frist“ hat H eingehalten, weil er unmittelbar nach Ablauf der von ihm gesetzten zweiwöchigen Frist gekündigt hat.

#### III. Ergebnis

Die Kündigung des H ist als außerordentliche Kündigung nach § 89a I HGB wirksam und beendet das Vertragsverhältnis zwischen U und H mit sofortiger Wirkung.

### Lösung zur Frage 2

Ein **Schadensersatzanspruch** des H kann sich aus **§ 89a II HGB** ergeben.

Danach hat der Kündigungsempfänger dem Kündigenden den Schaden zu ersetzen, der aus der Aufhebung des Vertragsverhältnisses resultiert, sofern der Kündigungsempfänger die Kündigung durch ein Verhalten veranlasste, das er zu vertreten (§§ 276, 278 BGB) hat.

**I.** U hat vorsätzlich gegen das ihn treffende Wettbewerbsverbot verstoßen und H dadurch planmäßig hintergangen. Dieses Verhalten war Anlass für die Kündigung des H. Die Voraussetzungen des § 89a II HGB liegen vor.

**II.** **Fraglich** ist der **Umfang des Schadensersatzanspruchs**. Es gilt § 249 BGB, d.h. H ist so zu stellen, wie er ohne die Pflichtverletzung des U gestanden hätte. In diesem Fall wäre der Vertrag zwischen U und H weitergelaufen und H hätte weiter

<sup>81</sup> Vgl. zum grundsätzlichen Erfordernis einer Abmahnung → Fall Nr. 37 – Wettbewerbsverbot.

<sup>82</sup> Vgl. Hopt/Hopt, § 89a Rn. 10.

<sup>83</sup> Vgl. auch *Canaris*, HandelsR, § 15 Rn. 91 (S. 269).

Provisionen von U erhalten. Der Schaden des H liegt somit in seinem **Verdienstausfall** (vgl. auch § 252 BGB).

Zu klären ist, **für welchen Zeitraum** U den entgangenen Verdienst erstatten muss. Zu berücksichtigen ist insofern, dass der Vertrag von U und H jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist ordentlich hätte gekündigt werden können (§ 89 HGB). H konnte folglich nicht darauf vertrauen, für einen längeren Zeitraum als bis zum Ablauf der für U geltenden Kündigungsfrist Provisionen zu erhalten.

Folgerichtig wird der **Schutzzweck** des Anspruchs aus § 89a II HGB einhellig allein darin gesehen, den Schaden abzudecken, der gerade durch die Vorzeitigkeit der Vertragsbeendigung eingetreten ist (**sog. Verfrühungsschaden**). Hieraus wird abgeleitet, dass nur derjenige Schaden – hier: Verdienstverlust des H – zu ersetzen ist, der bis zu dem Zeitpunkt entsteht, zu dem das Vertragsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung hätte aufgelöst werden können.<sup>84</sup> Mit anderen Worten: Erstattet wird nicht der Schaden (Verdienstverlust), der auch bei einer ordentlichen Kündigung eingetreten wäre, sondern H ist nach § 249 BGB nur so zu stellen, als hätte U den Vertrag ordentlich zu Ende gebracht.

In der Folge kann H diejenige Vergütung ersetzt verlangen, die er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist einer von U im Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung ausgesprochenen – hypothetischen – Kündigung verdient hätte.

Hätte U Mitte Februar, dem Zeitpunkt der Kündigung des H, eine ordentliche Kündigung ausgesprochen, so hätte diese gemäß § 89 I HGB zum 31. Mai gewirkt, da das Vertragsverhältnis zu diesem Zeitpunkt etwas mehr als drei Jahre (und damit weniger als fünf Jahre) bestand, sodass die Kündigungsfrist drei Monate beträgt (§ 89 I 1 HGB), und die Kündigung mangels abweichender Vereinbarung immer nur zum Schluss eines Kalendermonats ausgesprochen werden konnte (§ 89 I 2 HGB).

**Ergebnis:** H kann die Zahlung derjenigen Provisionen verlangen, die er **bis zum 31. Mai** verdient hätte.

### Fall Nr. 37 – Ausgleichende Gerechtigkeit

H ist Handelsvertreter bei der U-GmbH (U), die Frischhaltesysteme aus Korea vertreibt. Im Rahmen seiner Vertriebstätigkeit wird H gelegentlich noch von seinem Vater V unterstützt, dessen Vertrag H vor mehr als 16 Jahren übernommen hatte. V nimmt in der Regel einen von ca. zehn wöchentlichen Vertriebstermeninen des H bei potenziellen Bestellern wahr.

U findet heraus, dass sich V in jüngster Vergangenheit gegenüber Dritten mehrmals – unberechtigt – abfällig über die Qualität der Produkte der U geäußert und die Integrität ihres Führungspersonals in Frage gestellt hat. U mahnt H wegen des Verhaltens des V ab und fordert ihn auf, auf V einzuwirken, damit dieser in Zukunft keine entsprechenden Äußerungen mehr tätigt. Andernfalls sei sie (U) zur Kündigung des Handelsvertretervertrags gezwungen. H weist den V entsprechend an.

Nach Ausspruch der Mahnung und der Anweisung des H äußert sich V trotzdem erneut in oben beschriebener Weise über U. Daraufhin erklärt U fünf Tage später die außerordentliche Kündigung des Handelsvertretervertrags gegenüber H.

---

<sup>84</sup> Vgl. BGH ZIP 2008, 2080 f.; Canaris, HandelsR, § 15 Rn. 93 (S. 270); K. Schmidt, HandelsR, § 27 Rn. 64 (S. 878 f.); nur insoweit Kausalität; Hopt/Hopt, § 89a Rn. 34 m.w.N.

H hat U während seiner Tätigkeit als Handelsvertreter 200 neue Stammkunden verschafft, die im letzten Geschäftsjahr vor der Kündigung ca. 70 % des Gesamtgewinns der U ausgemacht haben. Es ist damit zu rechnen, dass diese Stammkunden auch zukünftig weiter Frischhaltesysteme bei U beziehen werden.

**Frage 1:** Ist die außerordentliche Kündigung der U wirksam?

**Frage 2:** Besteht dem Grunde nach ein Ausgleichsanspruch des H?

**Rechtsprechungshinweis:** BGH NJW 2007, 3068

### Lösung zur Frage 1

Die Kündigung des H kann als **außerordentliche Kündigung nach § 89a I HGB** wirksam sein.

#### I. Wichtiger Grund i.S.v. § 89a I 1 HGB

Dies setzt voraus, dass ein wichtiger Grund i.S.v. § 89a I 1 HGB für eine Kündigung bestand (vgl. zur Definition des wichtigen Grundes → Fall Nr. 36 – Rasches Ende). Der außerordentliche Kündigungsgrund kann in den Äußerungen des V liegen.

##### 1. Schwere Verletzung der Interessenwahrungs- und Bemühenspflicht

V hat sich **geschäftsschädigend** über U **geäußert**, indem er unberechtigterweise deren Produktqualität kritisiert und die Integrität ihres Führungspersonals bezweifelt hat. Solche Äußerungen sind geeignet, die Absatz- und Gewinnchancen der U erheblich zu verschlechtern, insbesondere weil Äußerungen einer Person, die dem Kreis der U zuzurechnen ist, stärkeres Gewicht haben und deshalb auf dem Markt besonders wahrgenommen werden; gerade diese Personen müssten nämlich ein Interesse an einer positiven Außendarstellung der U haben. Der Handelsvertreter verstößt durch geschäftsschädigende Äußerungen daher schwerwiegend gegen die ihn treffenden Interessenwahrungs- und Bemühenspflichten aus § 86 I HGB.

##### 2. Zurechnung des Verhaltens des V gemäß § 278 BGB

Fraglich ist jedoch, wie es sich auswirkt, dass nicht H selbst, sondern V die Äußerungen getätigt hat. Die Äußerungen des V stellen gegenüber H nur dann einen wichtigen Grund dar, wenn sich H die Äußerungen des V zurechnen lassen muss, d.h. so zu behandeln ist, als habe er sich selbst in entsprechender Weise geäußert. In Betracht kommt eine Zurechnung über § 278 BGB.

a) Diese setzt voraus, dass V **Erfüllungsgehilfe** des H ist, d.h. mit Wissen und Willen des H in dessen Pflichtenkreis tätig wird.

H schuldet gegenüber U das Bemühen um die Vermittlung von Aufträgen (§ 86 I HGB). Dazu gehört es, Vertriebstermine bei potenziellen Kunden wahrzunehmen. Diese Tätigkeit hat H teilweise auf V übertragen, sodass V insoweit die Pflichten des H gegenüber U erfüllt. V ist Erfüllungsgehilfe des H.

b) Zu prüfen bleibt, ob die **Zurechnung** nach § 278 BGB auch **im Rahmen der Prüfung der Kündigung** des Handelsvertretervertrags zu erfolgen hat. Insofern stellt § 89a II HGB, der sich mit dem Schadensersatzanspruch nach einer außerordentlichen Kündigung befasst (dazu → Fall Nr. 36 – Rasches Ende, Frage 2), darauf ab,

dass die außerordentliche Kündigung durch ein Verhalten veranlasst worden ist, das der Kündigungsempfänger „zu vertreten“ hat. Zu vertreten hat H aber nicht nur eigenes Verhalten (§ 276 BGB), sondern über § 278 BGB gerade auch fremdes Verhalten. Zieht man diese Wertung des § 89a II HGB auch im Rahmen des § 89a I HGB heran, lässt sich auch bei der Feststellung eines außerordentlichen Kündigungsgrundes § 278 BGB anwenden mit der Folge, dass sich H das Verhalten des V zurechnen lassen muss. Für eine solche Übertragung der Wertung des Absatzes 2 auf Absatz 1 spricht folgender Gedanke: Wenn bei den Folgen einer außerordentlichen Kündigung, dem Schadensersatzanspruch, allgemein auch Fremdverschulden berücksichtigt wird, kann dies auf der vorgelagerten Stufe der Kündigung nicht anders sein, weil es anderenfalls überhaupt nicht möglich wäre, über eine (wirksame) Kündigung zum Schadensersatz zu gelangen.

**Hinweis:** Eine selbst begangene Pflichtverletzung des H, die er unabhängig von § 278 BGB zu vertreten hätte, würde vorliegen, wenn er damit hätte rechnen müssen, dass der von ihm eingesetzte V sich gegenüber Kunden abfällig über die Qualität der Produkte der U äußern und die Integrität ihres Führungspersonals in Frage stellen würde. Hierfür bietet der Sachverhalt aber keine Anhaltspunkte.

### 3. Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung

Die Äußerungen machen dem U die Fortsetzung des Vertrags auch bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist unzumutbar: derart negative (wiederholte) Äußerungen über den Vertragspartner zerstören das Vertrauensverhältnis.

### 4. Abmahnung

Der Vorrang der Abmahnung in Bezug auf eine gleichartige Pflichtverletzung (vgl. allgemein § 314 II BGB) ist eingehalten, sodass es auf die Frage der Entbehrlichkeit nicht ankommt.

## II. Einhaltung der Kündigungsfrist

In § 89a HGB wird zwar – anders als in § 626 II BGB – keine ausdrückliche Kündigungsfrist genannt. Aus der allgemeinen Norm des § 314 III BGB ergibt sich jedoch, dass die außerordentliche Kündigung nur innerhalb einer angemessenen Frist erklärt werden kann, nachdem der Kündigungsberechtigte vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. Diese recht kurz bemessene Frist hat U eingehalten, weil U nur fünf Tage nach den erneuten Äußerungen des V gekündigt hat.

## III. Ergebnis

Die Kündigung der U ist wirksam.

## Lösung zur Frage 2

Der Ausgleichsanspruch dem Grunde nach kann sich aus § 89b I HGB ergeben.

### I. Beendigung des Handelsvertretervertrags

Die von § 89b I HGB vorausgesetzte Beendigung des – wirksamen – Handelsvertreterverhältnisses ist durch die wirksame außerordentliche Kündigung der U mit sofortiger Wirkung eingetreten.

## II. Erhebliche Vorteile des Unternehmers

Die 200 neuen Stammkunden, die H der U während der Vertragslaufzeit verschafft hat, werden auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter Frischhaltesysteme bei U beziehen. U hat damit aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die H geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile, weil er die Chance zu Geschäften mit den betreffenden Stammkunden ohne gleichzeitige Provisionszahlungspflicht hat (§ 89b I 1 Nr. 1 HGB).

## III. Entgangene Provisionen des Handelsvertreters und Billigkeit

Würde der Handelsvertretervertrag zwischen H und U fortgesetzt und nicht beendet, so würde H bei jeder Bestellung von Frischhaltesystemen durch die von ihm geworbenen Stammkunden einen Provisionsanspruch erhalten, weil die Bestellungen sog. Nachbestellungen oder Folgeaufträge wären, die nach § 87 I 1 Alt. 2 HGB provisionspflichtig sind (→ Fall Nr. 34 – Provision, Varianten 2–4). Folge: Die im Rahmen von § 89b I 1 Nr. 2 HGB anzustellende **Prognose unter der Hypothese der Vertragsfortführung** ergibt, dass H infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision verliert, die er bei Fortsetzung desselben aus künftig zustande kommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte.

**Hinweis:** Die Provision aus § 87 I 1 Alt. 2 HGB ist eine im Rahmen von § 89b I 1 Nr. 2 HGB beachtliche Provision.

Seit § 89b I 1 Nr. 2 und 3 HGB a.F. durch Gesetz vom 31. 7. 2009 zusammengefasst wurden (→ § 9 Rn. 72), ist insbesondere unter Berücksichtigung dieser Provisionsverluste zu prüfen, ob die Zahlung eines Ausgleichs der **Billigkeit** entspricht (§ 89b I 1 Nr. 2 HGB). Insofern ist eine Abwägung unter Berücksichtigung aller vertragsbezogener Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.

Zu Lasten des H ist dabei zu berücksichtigen, dass die Vertragsbeendigung durch ein Verhalten des V und damit seines Erfüllungsgehilfen veranlasst wurde; H trägt also zurechenbar die Verantwortung dafür, dass jetzt ein Ausgleichsanspruch im Raum steht, und hat möglicherweise zurechenbar Gewinne der U vereitelt. Dies kann der Billigkeit eines Ausgleichsanspruchs entgegenstehen, weil eine schwere Pflichtverletzung vorliegt.<sup>85</sup>

Andererseits ist aber zu beachten, dass das Vertragsverhältnis mit H mehr als 16 Jahre lang ungestört lief und H der U 200 Stammkunden verschafft hat, die 70 % des heutigen Gesamtgewinns der U ausmachen. H hat das Geschäft der U damit faktisch aufgebaut und ihm den heutigen Umfang verschafft. H hat einen großen Anteil am wirtschaftlichen Erfolg der U. Gerade unter Berücksichtigung des letztgenannten Aspekts und der damit verbundenen erheblichen wirtschaftlichen Vorteile für U erscheint es trotz der Umstände der Vertragsbeendigung und der schweren Pflichtverletzung des H als billig, ihm einen Ausgleich für die Vorteile der U zu gewähren, d.h. der U die zukünftigen Vorteile aus der Arbeit des H nicht unentgeltlich zu überlassen. Ein gänzlicher Ausschluss wäre unbillig.

**Hinweis:** Eine a.A. ist hier natürlich vertretbar, gerade im Hinblick auf die o.g. Fundstellen in der Literatur und das Urteil BGHZ 29, 275, 279 f., wo eine zurechenbare schwere Pflichtverletzung als Fallgruppe des Ausschlusses aufgrund der Billigkeit genannt wird. Dabei ist jedoch zu beachten, dass obige Argumentation nicht dazu führt, dass der Ausgleichsanspruch

<sup>85</sup> BGHZ 29, 275, 279 f.; Hopt/Hopt, § 89b Rn. 34; Canaris, HandelsR., § 15 Rn. 112 (S. 274); vgl. auch K. Schmidt, HandelsR., § 27 Rn. 78 (S. 883 f.).

in einer Höhe besteht, wie dies bei anderen Umständen der Vertragsbeendigung der Fall wäre. Es geht hier nur um die Frage, ob die Billigkeit den Anspruch *in Gänze* ausschließt. Über den Aspekt der Billigkeit kann trotz des oben gefundenen Ergebnisses eine erhebliche Kürzung des Anspruchs vorgenommen werden („soweit“) und sollte in dem hier zu beurteilenden Fall auch erfolgen.<sup>86</sup>

#### IV. Kein Ausschluss des Anspruchs nach § 89b III HGB

Der Anspruch darf nicht nach § 89b III Nr. 2 HGB ausgeschlossen sein. Zwar hat U das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt. Zum Verlust des Ausgleichsanspruchs führt eine vom Unternehmer aus wichtigem Grund ausgesprochene Kündigung allerdings nur dann, wenn für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen eines **schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters** vorlag.

1. Hierfür ist – gerade im Unterschied zu § 89a I HGB – jedoch ein *eigenes* Verschulden des Handelsvertreters erforderlich.<sup>87</sup> Das **Fehlverhalten einer Hilfsperson** ist dem Handelsvertreter in diesem Rahmen **nicht nach § 278 BGB zuzurechnen**, weil diese Vorschrift insoweit keine Anwendung findet; ein über § 278 BGB begründetes Vertretenmüssen genügt somit nicht. Hierfür spricht insbesondere der unterschiedliche Wortlaut im Verhältnis zu § 89a II HGB: Es wird ausdrücklich an das Verhalten *des Handelsvertreters* angeknüpft. Auch Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen für eine entsprechende – enge – Auslegung: Die „harte“ Rechtsfolge des § 89b III Nr. 2 HGB darf den Handelsvertreter nur dann treffen, wenn er selbst schuldhaft gehandelt hat; alle anderen Fälle sollten im Rahmen des flexibleren § 89b I Nr. 2 HGB („Billigkeit“) gelöst werden.<sup>88</sup>

Folglich gilt der Ausschluss nur, wenn ein **persönliches Verschulden von H** festgestellt werden kann. Ein solches ist indes nicht ersichtlich: Er hat auf die Abmahnung der U durch eine ordnungsgemäße Anweisung an V reagiert und es kann nicht unterstellt werden, dass H die Erfolglosigkeit der Anweisung erkennen konnte und daher V direkt hätte zurückziehen müssen. Auch eine nicht hinreichende Überwachung des V ist nicht erkennbar.

2. Eine **Ausnahme vom Grundsatz**, dass das Verschulden einer Hilfsperson dem Handelsvertreter im Rahmen des § 89b III Nr. 2 HGB nicht zuzurechnen ist, gilt allerdings dann, wenn ein Dritter, der nicht Vertragspartner ist, nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten ausschließlich als Handelsvertreter für den Unternehmer tätig sein soll.<sup>89</sup> In einem solchen Fall kann sich der Handelsvertreter nicht darauf berufen, dass der Dritte nur sein Erfüllungsgehilfe gewesen sei.<sup>90</sup>

Dieser Ausnahmetatbestand ist auf den vorliegenden Fall aber nicht anwendbar: H sollte primär als Handelsvertreter für U tätig werden. V nahm ihm nicht die gesamte Tätigkeit, sondern nur einen geringen Teil davon ab. H fungierte nicht nur als „Strohmann“ für seinen Vater, er hatte vielmehr dessen Betrieb vollständig übernommen und griff auf V nur als – wenn auch regelmäßige – Hilfskraft zurück.

#### V. Ergebnis

Ein Ausgleichsanspruch aus § 89b I HGB steht dem H dem Grunde nach zu.

<sup>86</sup> Vgl. zu diesem Aspekt der Billigkeitsklausel K. Schmidt, HandelsR., § 27 Rn. 78 (S. 883 f.); Billigkeitsprüfung betrifft sowohl den Bestand als auch die Höhe des Anspruchs.

<sup>87</sup> BGH NJW 2007, 3068.

<sup>88</sup> Vgl. dazu K. Schmidt, HandelsR., § 27 Rn. 81 ff. (S. 885 ff.).

<sup>89</sup> BGH NJW 2007, 3068.

<sup>90</sup> BGH NJW 2007, 3068.



**Fall Nr. 38 – Vertragshändler**

U ist Hersteller von Computerhardware. Mit V, der insbesondere mit dem Vertrieb von IT-Produkten und diesbezüglichen Dienstleistungen beschäftigt ist, schließt U einen unbefristeten „Rahmenvertrag“, der V zum dauerhaften Vertrieb der von U hergestellten Hardware in Süddeutschland berechtigt und U zur Lieferung von Hardware auf Abruf verpflichtet; gleichzeitig werden verbindliche Mindestabnahmemengen für V festgeschrieben.

Der Vertrag sieht weiter vor, dass V die Hardware bei U ankauft und sodann im eigenen Namen und auf eigene Rechnung an Endkunden veräußert; V werden dazu Einkauferrabatte im Vergleich zum Listenpreis des U gewährt. Der Vertrag enthält zusätzlich folgende Regelungen: V ist im Interesse und nach Maßgabe des U verpflichtet, für einen erfolgreichen Vertrieb und eine erfolgreiche Vertriebsorganisation zu sorgen. Auch trifft V die Pflicht, für die Produkte des U zu werben, sich ausreichende Vorräte an den zu vertreibenden Produkten anzuschaffen und den Endkunden einen technischen Hilfsdienst zur Verfügung zu stellen, um die effiziente Bearbeitung von Kundenanfragen sowie von Reparatur- und Garantiefällen zu gewährleisten. Des Weiteren ist V untersagt, ohne vorheriges schriftliches Einverständnis des U Konkurrenzprodukte zu vertreiben oder sich um Kaufangebote außerhalb des Vertriebsgebiets zu bemühen – Exklusivität im Vertragsgebiet ist V aber nicht eingeräumt. Schließlich werden Verkaufsziele vereinbart, deren Verfehlung von U mit einer Kündigung sanktioniert werden kann; zwecks Kontrolle dieser Verkaufsziele muss V dem U monatlich Bericht erstatten.

Eine weitere Klausel sieht vor, dass V auf Anfrage des U verpflichtet ist, das endgültige Ziel des Produktes, d.h. den konkreten Endkunden, zu benennen sowie über diese Buch zu führen. Überdies sind die Produkte des U derart programmiert, dass sich der jeweilige Endkunde zur Freischaltung des Gerätes bei U registrieren muss. Dazu werden den Produkten Registrierungsformulare beigelegt, welche entweder per Fax oder per E-Mail an U zu senden sind. Auf diesem Wege erfährt U zumindest Name, Adresse und Telefonnummer jedes Endkunden.

Der Rahmenvertrag wird in der Folgezeit von U und V entsprechend obigen Vorgaben ordnungsgemäß durchgeführt. Hierzu schließen U und V jeweils einzelne Verträge über die Lieferung und Bezahlung der Warenpakete. Etwas mehr als 3 Jahre nach dem Vertragsschluss erklärt U durch Schreiben vom 14. April die ordentliche Kündigung des Rahmenvertrags zum 31. Juli.

Steht dem V gegen U ein Ausgleichsanspruch dem Grunde nach zu?

**Hinweis zur Fallbearbeitung:** Die Kündigungsfrist des § 89 I HGB ist – ihre Anwendbarkeit unterstellt – eingehalten und braucht nicht weiter geprüft werden. Falls erforderlich, kann unterstellt werden, dass V viele neue Stammkunden für die Produkte des U geworben hat; bei Vertragsfortsetzung zwischen U und V würde V aus Geschäften mit den Stammkunden weitere Gewinne erzielen.

**Lösung**

Ein Ausgleichsanspruch des V dem Grunde nach kann sich aus § 89b I HGB ergeben.

**I. Direkte Anwendung des § 89b I HGB**

Eine direkte Anwendung des § 89b I HGB scheidet aus, da das Vertragsverhältnis zwischen U und V – unabhängig von der Frage, ob V als Vertragshändler zu qualifi-

zieren ist – jedenfalls kein Handelsvertreterverhältnis war: V handelte gegenüber den Kunden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und gerade nicht, wie ein Handelsvertreter, im Namen und auf Rechnung des U. V war Eigenhändler, weil er gekauft und verkauft hat.<sup>91</sup> § 89b HGB setzt aber zwingend ein Handelsvertreterverhältnis voraus.

## II. Analoge Anwendung des § 89b I HGB

§ 89b I HGB kann aber auf das Verhältnis zwischen U und V analog anzuwenden sein. Die analoge Anwendung einer Vorschrift setzt eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage voraus.<sup>92</sup>

### 1. Planwidrige Regelungslücke

Das HGB enthält keine Regelungen für das Vertragsverhältnis zwischen U und V, da dieses jedenfalls kein Handelsvertreter oder -maklerverhältnis ist und nur diese Formen der Absatzorganisation durch den Gesetzgeber geregelt wurden. Diese Regelungslücke ist planwidrig, weil nicht ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber die Regelung von Vertragsverhältnissen wie dem vorliegenden bewusst unterlassen hat.

### 2. Vergleichbare Interessenlage

Erforderlich ist, dass in dem Verhältnis zwischen U und V eine Interessenlage besteht, die derjenigen vergleichbar ist, die der Regelung des § 89b HGB zugrunde liegt.

Nach ständiger Rechtsprechung des *BGH* ist eine vergleichbare Interessenlage bei einem Vertragshändler gegeben, wenn er handelsvertretergleich oder -ähnlich **in das Vertriebssystem des Unternehmers eingebunden und verpflichtet** war, spätestens **bei Vertragsbeendigung dem Unternehmer seinen Kundenstamm zu übertragen**, sodass sich dieser die Vorteile des Kundenstamms sofort und ohne weiteres nutzbar machen konnte.<sup>93</sup> Auch die weit überwiegende Meinung in der Literatur hält § 89b HGB grundsätzlich für analog auf den Vertragshändler anwendbar.<sup>94</sup>

**Hinweis:** Es ist zu beachten, dass die Prüfung der Qualifizierung des V als Vertragshändler und die der handelsvertretergleichen/-ähnlichen Eingliederung **inhaltsgleich** ist: Vertragshändler ist im Unterschied zum normalen Eigenhändler nämlich nur, wer handelsvertretergleich/-ähnlich in das Vertriebssystem des Unternehmers eingegliedert ist und im Innenverhältnis ähnlichen Interessenbindungen unterliegt.<sup>95</sup> Mit anderen Worten: Das Erfordernis eines dem Handelsvertreter vergleichbaren Innenverhältnisses und einer weitgehend ähnlichen Funktion wird schon im Rahmen der Definition des Vertragshändlers aufgestellt.<sup>96</sup> Das bedeutet: Ein Absatzmittler, der infolge einer nicht ausreichenden Eingliederung in das Vertriebssystem keinen handelsvertreter-

<sup>91</sup> Zum Begriff siehe den Hinweis unter II. 2.

<sup>92</sup> Dazu aus methodischer Sicht *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289, 297 f. m.w.N.

<sup>93</sup> Vgl. z.B. *BGH* WM 2007, 1983 = NJW-RR 2007, 1327 = MDR 2007, 1084 m.w.N.

<sup>94</sup> Vgl. *K. Schmidt*, HandelsR, § 28 Rn. 45 ff. (S. 913 ff.) m.w.N.

<sup>95</sup> In diesem Sinne *Canaris*, HandelsR, § 17 Rn. 15, 20, 24, 26 sowie ausdrücklich in Rn. 18 (S. 286 ff.), wo er die Konsequenzen darstellt, wenn der Ähnlichkeitsschluss nicht zu ziehen ist: kein Vertragshändlervertrag; *K. Schmidt*, HandelsR, § 28 Rn. 11 (S. 900 f.) und Rn. 46 (S. 914 f.), wonach es eine selbstverständliche Voraussetzung für die analoge Anwendung ist, dass die Beziehung zwischen Absatzmittler und Unternehmer über eine Lieferbeziehung hinausgeht, da erst dies den Vertriebsmittler zum Vertragshändler macht.

<sup>96</sup> Vgl. *Canaris*, HandelsR, § 17 Rn. 4 f. (S. 283), der ausdrücklich die dem Handelsvertreter vergleichbare Förderungspflicht als Merkmal in die Definition aufnimmt; *K. Schmidt*, HandelsR, § 28 Rn. 11 (S. 900 f.) und Rn. 46 (S. 914 f.).

gleichen/-ähnlichen Status hat, ist gar kein Vertragshändler im Sinne der Definition. Aus diesem Grund wird im Folgenden die Prüfung dieser beiden Punkte unter a) zusammengefasst.

In den Urteilen des BGH<sup>97</sup> ist diese Zusammenfassung sprachlich nicht zu erkennen. Er verlangt vielmehr, dass „der Vertragshändler in die Absatzorganisation des Herstellers oder Lieferanten eingebunden ist“, differenziert sprachlich also zwischen der Einordnung als Vertragshändler und dem handelsvertretergleichen Status. Folgt man dem, müsste beim Tatbestandsmerkmal „Vertragshändler“ wohl nur das entsprechende Auftreten im Außenverhältnis (unten a) und die ständige Betrauung geprüft werden; anschließend müsste untersucht werden, ob eine „hinreichende Eingliederung in die Absatzorganisation“ vorliegt (unten b). Inhaltlich führt diese Vorgehensweise zu keinen Unterschieden: Die analoge Anwendung des § 89b HGB kommt nämlich jeweils nur in Betracht, wenn beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen. Die Differenzierung des BGH erscheint indes nicht ganz widerspruchsfrei, weil er in die Definition des Vertragshändlers gleichzeitig eine Ähnlichkeit zum Geschäftsbesorgungsvertrag bzw. eine agenturvertragsähnliche Interessenverbindung einbezieht.<sup>98</sup> Im Übrigen trennt er die Begriffe „Eigenthändler“ und „Vertragshändler“ ohnehin nicht immer in der gewünschten Weise (s.o.).

V muss im Verhältnis zu U als Vertragshändler zu qualifizieren gewesen sein, was erstens ein entsprechendes Auftreten im Außenverhältnis und zweitens die o.g. handelsvertretergleiche/-ähnliche Eingliederung bzw. Funktion/Aufgabe voraussetzt.

#### a) Auftreten als Vertragshändler im Außenverhältnis

V hat es aufgrund des Vertrags mit U übernommen, die zuvor bei U eingekauften Waren an Dritte weiter zu veräußern. Er ist dabei gegenüber diesen Dritten in eigenem Namen aufgetreten und hat, da er die Differenz zwischen den jeweiligen Ein- und Verkaufspreisen für sich als Gewinn verbuchen durfte und verbucht hat, auch auf eigene Rechnung gehandelt. V ist im **Außenverhältnis** entsprechend einem Vertragshändler aufgetreten.

#### b) Handelsvertretergleiche Einbindung in das Vertriebssystem

V muss handelsvertretergleich oder -ähnlich in das Absatz- und Vertriebssystem des U eingegliedert/-gebunden gewesen sein. Der BGH formuliert: Die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien muss über eine bloße Käufer-Verkäufer-Beziehung hinausgegangen sein mit der Folge, dass der Vertragshändler wirtschaftlich in erheblichem Umfang Aufgaben zu erfüllen hatte, die sonst einem Handelsvertreter zukommen. V muss einem Handelsvertreter also in der Funktion sowie bezüglich des Innenverhältnisses zu U ähnlich gewesen sein. Es geht, wie oben erläutert, um die **Abgrenzung zum „normalen“ Eigenthändler**.

Bei der Prüfung, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, nimmt der BGH eine Gesamtbetrachtung vor, in die er viele verschiedene Indizien und Gesichtspunkte einstellt; vorrangig orientiert er sich aber daran, ob den Absatzmittler – handelsvertreterähnlich – Verkaufsförderungs-, Informations- und Berichtspflichten treffen, und inwieweit Kontroll-, Überwachungs-, und Weisungsbefugnisse des Unternehmers bestehen.<sup>99</sup>

aa) Die für einen Handelsvertreter typische ständige Betrauung des V mit dem Vertrieb der Waren des U liegt vor: der geschlossene Rahmenvertrag hat eine unbestimmte Laufzeit. V war zur **Absatzförderung** verpflichtet, indem er für einen

<sup>97</sup> Vgl. wiederum BGH WM 2007, 1983 = NJW-RR 2007, 1327 = MDR 2007, 1084 (Rn. 13, 14).

<sup>98</sup> Vgl. die Nachweise bei *Canaris*, HandelsR, § 17 Rn. 5 (S. 283).

<sup>99</sup> Vgl. die Nachweise bei *Canaris*, HandelsR, § 17 Rn. 19 (S. 287), der in Rn. 17 nahezu dieselben Kriterien benennt und in Rn. 18 zusätzlich zutreffend darauf hinweist, dass einzelne Pflichten auch durch ergänzende Vertragsauslegung gewonnen werden können und zusätzlich die praktische Handhabung des Vertrags bedeutsam ist.

erfolgreichen Vertrieb zu sorgen und Mindestmengen abzunehmen hatte. Dabei unterlag er den Maßgaben und damit den Weisungen von U und musste eine Vertriebs- und Dienstleistungsorganisation einrichten, für die genaue Vorgaben bestanden (Vorrat, Hilfsdienst). Die Pflicht, für einen erfolgreichen Vertrieb zu sorgen, kann nur dahin ausgelegt werden, dass V gerade auch zur Werbung neuer Kunden und zum Ausbau bestehender Geschäftsverbindungen verpflichtet war, ihn also die – handelsvertretertypische (§ 86 I HGB) – echte Pflicht traf, im Hinblick auf die Vertriebs- bzw. Absatzförderung tätig zu werden. Diese Pflicht stand auch nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit einer dem V eingeräumten Exklusivität, was nach dem BGH<sup>100</sup> die Indizwirkung dieser Pflicht entfallen lassen würde.

**bb)** Die – ebenfalls handelsvertretertypische (§ 86 I HGB) – **Interessenwahrnehmungspflicht** des V zeigt sich in dreierlei Hinsicht: erstens sind die Interessen des U im Rahmen der Verkaufsförderungspflicht (s.o.) nochmals ausdrücklich miterwähnt und zweitens war V zur Einrichtung eines Hilfsdienstes verpflichtet, musste also eigenständig die Interessen des U im Hinblick auf einen zufriedenen Endkunden wahren. Drittens wurde vertraglich ein – für Handelsvertreter typisches, weil vertragsimmanentes (s.o.) – Wettbewerbsverbot für V sowohl in gegenständlicher als auch in räumlicher Hinsicht vorgesehen. Das Wettbewerbsverbot wurde für V auch nicht durch ein Alleinvertriebsrecht (Exklusivität) abgemildert bzw. stand mit einem solchen nicht in unmittelbarem Zusammenhang, sodass seine Indizwirkung nicht entfällt.<sup>101</sup>

**cc)** Verbunden mit den vereinbarten Verkaufszielen – auch solche sind bei „normalen“ Eigenhändlern nicht anzutreffen – bestand eine – handelsvertretertypische (§ 86 II HGB) – Benachrichtigungs- und Mitteilungspflicht des V, durch die U auch gleichzeitig über die Marktsituation aufgeklärt wurde.<sup>102</sup> Damit korrespondierte eine Kontroll-, Überwachungs- und Sanktionsbefugnis des U. Eine solche Ausgestaltung ist bei normalen Eigenhändlern, die ihre Verkaufszahlen geheim halten und deren Zahlen für den Unternehmer nur sekundäre Bedeutung haben, nicht anzutreffen. Insbesondere ist ein Unternehmer bei schlechten Verkaufszahlen grundsätzlich nicht daran interessiert, einen (noch verbliebenen) Abnehmer durch eine selbst ausgesprochene Kündigung zu verlieren.

**dd)** Diese Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen U und V durch den Rahmenvertrag, insbesondere das ausführliche Pflichtenprogramm des V, qualifiziert V nicht als „normalen“ Eigenhändler. Das Rechtsverhältnis zwischen U und V geht über eine reine Käufer-Verkäufer-Beziehung weit hinaus. V ist, gerade wegen seiner Absatzförderungs- und Interessenwahrungspflichten, einem Handelsvertreter in der Funktion sehr ähnlich, weil diese Pflichten zu dessen typischen Pflichtenprogramm aus § 86 HGB gehören; ihm sind damit Handelsvertreteraufgaben als vertragscharakteristische Primärleistungspflichten auferlegt. V war integraler Bestandteil des Vertriebssystems des U und in dessen Absatzorganisation eingegliedert, was sich gerade daran zeigt, dass er auch für Werbemaßnahmen und Kundenbetreuung zuständig war und damit gegenüber den Endkunden als ein im Interesse des U tätiger Absatzmittler auftrat.

V hatte damit einen handelsvertreterähnlichen Status und war Vertragshändler.

<sup>100</sup> BGH WM 2007, 1983 = NJW-RR 2007, 1327 = MDR 2007, 1084 (Rn. 17).

<sup>101</sup> Anders insoweit der in BGH WM 2007, 1983 = NJW-RR 2007, 1327 = MDR 2007, 1084 entschiedene Fall.

<sup>102</sup> Vgl. zu diesem Aspekt BGH WM 2007, 1983 = NJW-RR 2007, 1327 = MDR 2007, 1084 (Rn. 19).

## c) Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms

V muss vertraglich verpflichtet gewesen sein, dem U während der Vertragslaufzeit oder spätestens bei Vertragsbeendigung, d.h. bei Ausscheiden aus der Absatzorganisation, seinen Kundenstamm durch Übermittlung der Kundendaten so zu überlassen, dass sich U die Vorteile des Kundenstamms unmittelbar nutzbar machen konnte.

aa) Eine ausdrückliche Verpflichtung, den Kundenstamm bei Vertragsbeendigung zu überlassen, bestand für V zwar nicht. In dem Rahmenvertrag findet sich jedoch eine Klausel, wonach V auf Anfrage des U verpflichtet war, das endgültige Ziel des Produktes, d.h. den konkreten Endkunden, zu benennen. Dadurch hat U sich die Möglichkeit geschaffen, während der Vertragslaufzeit jederzeit auf die Kundendaten des V zuzugreifen und sich damit seinen Kundenstamm zu Nutze zu machen. Nach der Rechtsprechung des BGH genügt auch eine im Rahmen der **laufenden Geschäftsbeziehung** bestehende Mitteilungsverpflichtung des Vertragshändlers, damit eine Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms in o.g. Sinne angenommen werden kann.<sup>103</sup> Eine laufende Mitteilungspflicht des V war vertraglich vorgesehen; dass sie unter der Bedingung des Abrufs durch U stand, ist unerheblich, da ein jederzeitiges Abrufsrecht bestand und V über die Endkunden Buch zu führen hatte.<sup>104</sup> Unerheblich ist weiter, ob U von seinem Abrufrecht und etwaig mitgeteilten Kundendaten tatsächlich Gebrauch gemacht hat, da die hier gegebene jederzeitige Möglichkeit der Nutzung der Kundendaten genügt.<sup>105</sup>

bb) Verstärkt wird die damit zu bejahende Übertragungsverpflichtung noch durch den tatsächlichen Umstand, dass die Waren des U derart programmiert waren, dass sich der jeweilige Endkunde zur Freischaltung des Gerätes bei U registrieren musste. Dazu wurden den Produkten Registrierungsformulare beigelegt, welche entweder per Fax oder per E-Mail an U zu senden waren. Auf diesem Wege hat U sichergestellt, dass jeder Endkunde zumindest Name, Adresse und Telefonnummer an ihn übermitteln musste. Dieser tatsächliche Umstand ist auch rechtlich relevant, weil es nach der Rechtsprechung des BGH genügen kann, dass der Unternehmer tatsächlich in die Lage versetzt wird, den Kundenstamm nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter zu nutzen.<sup>106</sup>

cc) Zumindest in ihrem Zusammenwirken begründen die unter aa) und bb) genannten Aspekte eine Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms im Sinne der BGH-Rechtsprechung, denn spätestens durch die Mitteilung der Daten seitens der Endkunden wird die Möglichkeit der Datennutzung begründet.

**Hinweis:** Nach der Rechtsprechung des BGH besteht jedoch kein Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB, wenn der Hauptunternehmer nach den vertraglichen Vereinbarungen verpflichtet ist, die ihm vom Vertragshändler überlassenen Kundendaten bei Beendigung des Vertrags zu sperren, ihre Nutzung einzustellen und auf Verlangen des Vertragshändlers zu löschen.<sup>107</sup> Ebenso ist zuvor für Fälle entschieden worden, in denen der Vertragshändler die Kundendaten nur für die Zeit des bestehenden Vertragshändlervertrags einem unabhängigen Drittdienstleister – insbesondere zu Zwecken der Marktforschung und Kundenbetreuung – zur Verfügung zu stellen hat und jener Dritte die Daten bei Beendigung des Vertragshändlervertrags (selbstverständlich) an den Vertragshändler zurückzugeben oder zu löschen hat.<sup>108</sup>

<sup>103</sup> BGHZ 135, 14 m.w.N.; K. Schmidt, HandelsR, § 28 Rn. 55 – Beispiel Nr. 17.

<sup>104</sup> Vgl. BGH DB 1986, 1069 = Beispiel Nr. 15 bei K. Schmidt, HandelsR, § 28 Rn. 53.

<sup>105</sup> BGHZ 135, 14 m.w.N.; K. Schmidt, HandelsR, § 28 Rn. 52 – Beispiel Nr. 14.

<sup>106</sup> Vgl. den Nachweis bei K. Schmidt, HandelsR, § 28 Rn. 51 – Beispiel Nr. 13.

<sup>107</sup> BGH ZIP 2015, 1642, 1643 f. (Rn. 13 ff.).

<sup>108</sup> BGH NJW 1996, 2159 = ZIP 1996, 1131; bestätigend BGH ZIP 2015, 1642, 1643 f. (Rn. 19).

### 3. Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs nach § 89b I HGB

Wird § 89b I HGB zwischen U und V demnach analog angewandt, so müssen seine Voraussetzungen vorliegen.

a) Eine **wirksame Vertragsbeendigung** liegt infolge der ordentlichen Kündigung des U vor.

b) Nach dem Sachverhalt ist zu unterstellen, dass V viele neue Stammkunden für die Produkte des U geworben hat. Da sich U aufgrund der Übertragungspflicht des V den so geschaffenen Kundenstamm unmittelbar nutzbar machen kann, hat U auch nach Vertragsbeendigung **erhebliche Vorteile** aus den Geschäftsbeziehungen mit diesen Kunden (§ 89b I 1 Nr. 1 HGB); er hat die Chance zu weiteren Geschäften mit ihnen.

c) Weiter ist zu unterstellen, dass V infolge der Vertragsbeendigung **Gewinne entgehen**, die er bei hypothetischer Vertragsfortführung erzielt hätte (§ 89b I 1 Nr. 2 HGB analog: dort geht es um Provisionsverluste; beim Vertragshändler treten Verluste aus Gewinnen an die Stelle). Gründe, die der **Billigkeit** des Ausgleichs entgegenstehen, sind nicht ersichtlich; vielmehr entspricht eine Ausgleichszahlung wegen der Vorteile des U und des entgangenen Gewinns des V positiv der Billigkeit.

d) Ein **Ausschlussstatbestand** aus § 89b III HGB **greift nicht** ein: Es liegt keine Kündigung des V, sondern des U vor, sodass § 89b III Nr. 1 HGB ausscheidet. § 89b III Nr. 2 HGB ist nicht anwendbar, da die Kündigung des U eine ordentliche ist und auch kein außerordentlicher Kündigungsgrund existiert. Eine Übernahme i.S.v. § 89b III Nr. 3 HGB findet nicht statt.

**Ergebnis:** Ein Ausgleichsanspruch aus § 89b I HGB analog steht V dem Grunde nach zu.

## § 20. Fälle zum Kommissionär

### Fall Nr. 39 – Krawatten-Krawall

**Grundfall:** Kommissionär K in Hamburg soll für den exklusiven Krawattenhersteller A aus München mehrere handgefertigte Krawatten an zahlungskräftige Kunden in Norddeutschland verkaufen. Vereinbart wird eine Provision i.H.v. 10 % des Verkaufspreises, welcher pro Krawatte bei € 150 liegt. A hatte K einige unverkäufliche Muster zur Verfügung gestellt, mittels derer er potenziellen Kunden die aktuelle Kollektion vorstellen sollte. Während K in Hamburg um Kunden werben sollte, wollte A in seinem „Atelier“ in München die Krawatten herstellen und dann nach Hamburg senden. K hat keine Mühe, 200 Käufer zu finden, die bereit sind, je eine Krawatte zu kaufen. Als er A anruft und ihm mitteilt, dass dieser 200 Krawatten nach Hamburg liefern solle, muss A ihm erklären, dass die Lieferung nicht erfolgen könne, da er seinerseits nicht wie erwartet von seinem Stofflieferanten aus Italien beliefert worden sei. Innerhalb der nächsten paar Monate sei auch nicht mit einer Belieferung zu rechnen; andere Stoffe seien nicht gut genug für seine Krawatten und könnten daher nicht verwendet werden. K ist erbost über das Verhalten von A, weil durch ihn sein guter Ruf ruiniert werde. Er fordert A auf, ihm wenigstens die vereinbarte Provision i.H.v. € 3.000 (= 200 × € 15) zu zahlen. Außerdem verlangt er Aufwendungsersatz für die getätigten Autofahrten und Telefongespräche i.H.v. € 75,