

# Das Risiko trägt oft der Arbeitgeber

Unsere Vertriebsrechtsexperten der Rechtsanwaltskanzlei Küstner, von Manteuffel & Wurdack befassen sich im dritten Teil des Beitrags zu rechtlichen Aspekten der leistungsbezogenen Vergütung des Außendienstmitarbeiters mit dem Wegfall des Provisionsanspruchs.

**W**egfall des Provisionsanspruchs: Die Regelungen des § 87a Abs. 2-5 HGB gelten auch für den Angestellten im Außendienst. Der Provisionsanspruch entfällt gemäß § 87a Abs. 2 HGB, wenn feststeht, dass der Kunde nicht leisten wird. Hinsichtlich des Rechtsgrundes für die Rückzahlung einer bereits ausgezahlten Provision gibt es verschiedene Positionen. Teilweise wird auf die Vorschriften der §§ 346 ff. BGB (Rücktrittsrecht) verwiesen, teilweise auf die Grundsätze einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) oder auf die Norm des § 87a Abs. 2 HGB und auf die Regelung des § 667 BGB.

Die zurückzuzahlende Provision kann mit ausstehenden Provisionsansprüchen des Reisenden verrechnet werden, wenn das dem Arbeitnehmer vertraglich zugesagte Fixum oder die Pfändungsgrenze (vgl. §§ 850 ff. ZPO) dadurch nicht unterschritten werden.

Die Spezialisten für Vertriebsrecht der Rechtsanwaltskanzlei Küstner, von Manteuffel & Evers behandeln unter [www.salesbusiness.de](http://www.salesbusiness.de) (Button »Recht«) im Juli das Thema »Verwertung von Kundendaten durch ausgeschiedene Außendienstmitarbeiter«.

Grundsätzlich bringt auch eine vollständige oder teilweise Nichtausführung des Geschäfts den Provisionsanspruch des Verkäufers nach § 87a Abs. 3 HGB voll zur Entstehung. Dazu muss die abweichende Ausführung des Geschäfts auf Gründen beruhen, die vom Arbeitgeber zu vertreten sind.

**Fallgruppen:** Hat der Kunde zum Beispiel einen Teil der ihm zugesandten Ware wegen Lieferterminüberschreitung oder Sachmängeln zurückgesandt, ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, dem Außendienstmitarbeiter diese Retouren von der Provision abzuziehen. Nachträgliche (Teil-)Stornierungen von Geschäften sind grundsätzlich der Risikosphäre des Arbeitgebers zuzurechnen, so dass die mit der Wareauslieferung und der Kaufpreiszahlung seitens des Kunden entstandenen Provisionsansprüche des Reisenden (§ 87a Abs. 3 Satz 1 HGB i. V. m. § 87a Abs. 1 HGB) nicht wieder entfallen. Entsprechendes gilt auch für Nichtlieferungen, wenn der Arbeitgeber ein von ihm dem Kunden gegenüber bestätigtes Geschäft nicht ausführt, weil zum Beispiel wegen Arbeitskräftemangels des Unternehmers nicht rechtzeitig produziert werden kann oder nicht

## UNSERE RECHTSEXPERTEN



**K**urt von Manteuffel (li.) und Dr. Michael Wurdack arbeiten als Rechtsanwälte ausschließlich im Bereich des gesamten Außendienstrechts. Die Klientel besteht aus Handelsvertretern, angestellten Reisenden, Vertragshändlern, Franchisenehmern, Bausparkassen- und Versicherungsvertretern sowie Versicherungsmaklern und aus Unternehmen, die mit diesen Absatzmittlern zusammenarbeiten. Aktuelle Urteile zum Vertriebsrecht im Volltext finden Sie unter der Rubrik Rechtsprechung bei [www.vertriebsrecht.de](http://www.vertriebsrecht.de).

Anwaltskanzlei Küstner, von Manteuffel & Wurdack • Herzberger Landstr. 48 • 37085 Göttingen • T (05 51) 4 99 96 -0 • F (05 51) 4 99 96 -99 • E-Mail: [Kanzlei@vertriebsrecht-online.de](mailto:Kanzlei@vertriebsrecht-online.de) • Internet: [www.vertriebsrecht-online.de](http://www.vertriebsrecht-online.de)

genügend Bestellungen für eine rentable Produktion eingegangen sind.

Zu den Umständen, die der Arbeitgeber gemäß § 87a Abs. 3 Satz 1 HGB zu vertreten hat, gehört grundsätzlich die Nicht-Lieferung, die darauf beruht, dass er nicht genügend Rohstoffe zur Verfügung gehabt oder im Verhältnis zu seinen Produktionsmitteln zu hohe Bestellungen übernommen hat. In die Risikosphäre des Arbeitgebers fallen nicht nur sein Tun oder Unterlassen, sondern auch alle sonstigen in seiner Person oder seinem Handelsgewerbe liegenden Umstände. Deshalb bleibt der Provisionsan-

spruch des Reisenden auch dann unberührt, wenn der Arbeitgeber Geschäfte infolge Lieferschwierigkeiten seiner Vorlieferanten nicht ausführt. Auch Lieferverzögerungen infolge eines hohen Auftragsbestandes hat der Arbeitgeber zu vertreten. Entsprechendes gilt für den Fall, dass dem Arbeitgeber die Erfüllung des vermittelten Geschäfts deshalb unmöglich wird, weil er die erforderlichen Rohstoffe oder Arbeitskräfte nicht oder nicht rechtzeitig erhält.

### BEI TARIFBINDUNG MUSS DIE VERGÜTUNG MINDESTENS DEM TARIFGEHALT ENTSPRECHEN.

Nicht zu vertreten hat der Unternehmer Umstände, die für ihn zufällig eintretende Leistungshindernisse sind – zum Beispiel Streik, Naturkatastrophen, höhere Gewalt oder andere unvorhersehbare Betriebsstörungen oder staatliche Zwangsmaßnahmen.

Von der Vorschrift des § 87a Abs. 3 HGB abweichende Vereinbarungen, nach denen die Provision beispielsweise im Falle von Mängelretouren oder anderen vom Arbeitgeber zu vertretenden Gründen zurückzuzahlen ist, sind gemäß § 87a Abs. 5 HGB unzulässig.

Der Arbeitgeber kann einen entsprechenden Provisionsanteil vom Reisenden jedoch zurückfordern, wenn die vermittelten Verträge mit den Kunden von vornherein die Zusage des Arbeitgebers enthalten haben, nicht benötigte Materialien gegen die volle Vergütung des Kaufpreises zurückzunehmen. In diesem Fall ist die Leistungspflicht nach dem Willen der Beteiligten von vornherein teilweise auflösend bedingt. Wird ein Geschäft auf der Basis einer solchen Vereinbarung nur teilweise ausgeführt, entsteht auch der Provisionsanspruch nur in dem Umfang der Ausführung. Nur wenn die teilweise oder vollständige Nichtausführung des Geschäfts nicht der von vornherein getroffenen Absprache entspricht, entsteht der Provisionsanspruch in vollem Umfang.

Der auf § 87a Abs. 3 Satz 1 HGB beruhende Provisionsanspruch besteht al-

lerdings auch in Fällen nicht, wenn sich der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber darauf einigt, das zugrundeliegende Geschäft nicht auszuführen. Eine Einigung über die Nichtausführung des Geschäfts liegt nicht vor, wenn der Arbeitgeber dem Reisenden in einseitiger, nicht verhandlungsfähiger Art mitteilt, dass er geschlossene Geschäfte nicht ausführt.

Der Mitarbeiter soll durch § 87a Abs. 3 und Abs. 2 HGB davor geschützt werden, dass der Arbeitgeber von der Durchführung des Geschäfts Abstand nimmt mit der Folge, dass der Provisionsanspruch nicht besteht. Er kann daher verlangen, dass der Arbeitgeber seinen Anspruch gegen den Kunden gerichtlich durchsetzt. Sieht der Arbeitgeber davon ab, obwohl nicht feststeht, dass der Kunde zahlungsunfähig ist, ist er gemäß § 87a Abs. 3, Abs. 2 HGB zur Zahlung der Provision verpflichtet.

**Höhe der Provision:** Die Höhe der Provision bestimmt sich nach der getroffenen vertraglichen Vereinbarung. Fehlt eine solche Vereinbarung oder ist sie unwirksam, gilt nach § 87b Abs. 1 HGB die übliche Provision als vereinbart. Üblich ist die Provision, die von vergleichbaren Unternehmen für Geschäfte dieser Art vor Ort gezahlt wird.

Erhält der Arbeitnehmer kein Fixum oder keine Provisionsgarantie, so ist die Beschränkung nur auf Provisionen als »Hungerprovision« gemäß § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig. Das ist etwa der Fall, wenn der Handlungsgeldhilfe aus betrieblichen Gründen nicht in der Lage ist, den monatlichen Provisionsabschlag zu verdienen, wofür er die Darlegungs- und Beweislast trägt. Besteht eine Tarifbindung, muss die monatliche Vergütung mindestens dem Tarifgehalt entsprechen. Unerheblich ist es, ob dieser Betrag durch das monatliche Grundgehalt schon erreicht wird, eine Garantieprovision vereinbart ist oder aus der Kombination dieser beiden das Erfordernis des Tarifvertrags erfüllt wird.

**Bemessungsgrundlage:** Haben der Unternehmer und der Vertreter nichts anderes vereinbart, ist die Provision gemäß § 87b Abs. 2 HGB von dem Ent-

gelt zu berechnen, das der Dritte oder der Unternehmer zu leisten hat. Sachleistungen sind in den angemessenen Geldwert als Bemessungsgrundlage umzurechnen. Die gesetzliche Bemessungsgrundlage für die Provision bildet das Entgelt, das der Kunde zu zahlen hat (§§ 65, 87 b Abs. 2 Satz 1 HGB).

Gemäß § 87b Abs. 2 Satz 2 HGB sind Nachlässe bei Barzahlungen nicht abzuziehen, wie auch die Nebenkosten (zum Beispiel für Fracht, Verpackung, Zoll oder Steuern), die dem Dritten nicht besonders in Rechnung gestellt sind. Wurde der Rabatt bei Geschäftsabschluss vereinbart, ist die Provision nach dem tatsächlich bezahlten Betrag zu berechnen. Wurde der Rabatt nach Abschluss vereinbart, muss der Provisionsberechnung der ursprüngliche Betrag zugrunde gelegt werden (§ 87a Abs. 3 HGB).

**Provisionsabrechnung:** Gemäß § 87c Abs. 1 1. Halbs. HGB ist der Unternehmer zur monatlichen Abrechnung über die Provisionen verpflichtet. Der Abrechnungszeitraum kann bis auf drei Monate erstreckt werden, um dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Nachprüfung seiner Ansprüche zu geben.

Eine Änderung der Provisionsbestimmungen erfordert den Abschluss eines

### DER UNTERNEHMER IST ZUR MONATLICHEN ABRECHNUNG DER PROVISIONEN VERPFLICHTET.

Änderungsvertrages und gegebenenfalls auch eine vorausgehende Änderungskündigung. Es reicht nicht aus, dass der Arbeitgeber nach anderen als den vertraglich vereinbarten Regeln abrechnet. Der Unternehmer kann insbesondere aus der stillschweigenden Hinnahme der Provisionsabrechnungen und der Fortführung der Tätigkeit nicht auf die Genehmigung der Abrechnung oder gar die stillschweigende Annahme des Änderungsangebots schließen.

**Fälligkeit:** Fällig wird der Anspruch auf Provision gemäß §§ 65, 87a Abs. 4 HGB am letzten Tag des Monats, in dem nach § 87c Abs. 1 HGB über den Anspruch abzurechnen ist. ←