

Kündigungerschwernis wird zur Geldquelle

Bisher haben Vertreter die Grundsätze der Kündigungerschwernis bemüht, um von der Pflicht frei zu werden, unverdiente Vorschüsse zurückzuzahlen.

Nunmehr dienen sie zur Durchsetzung von Zahlungsansprüchen.

Jürgen Evers

U nlangst hat ein Vertreter erfolgreich vor dem OLG München¹ Vorschusszahlungen nach Beendigung des Vertretervertrages durchgesetzt. Im Streitfall hatte der Versicherer ihm abstrakte Vorschüsse versprochen, die mit Provisionen verrechnet werden sollten. Daneben erhielt er einen Zuschuss. Nachdem Ende November ein Unterverdienst von über 60.000 Euro aufgelaufen war, hat der Versicherer den Vertretervertrag fristgemäß zu Ende Februar gekündigt. Vereinbarungsgemäß sollten Vorschüsse und Zuschuss mit dem Tag einer Kündigung entfallen. Mit der Kündigung erklärte der Versicherer, den Zuschuss bis zum Vertragsende, die Vorschüsse aber nur noch für den Monat Dezember zu zahlen. Der Vertreter klagte darauf, u.a. die Vorschüsse für die beiden letzten Vertragsmonate ein.

In den Gründen führt das OLG folgendes aus. Der Vertreter könne die Vorschüsse für die Monate Januar und Februar verlangen. Der Vereinbarung, nach der diese durch die Kündigungserklärung erlöschen sollen, sei nach den Grundsätzen einer Kündigungerschwernis gemäß §§ 134 BGB, 89 Abs. 2 Satz 1, 2. HS HGB die Wirksamkeit zu versagen. Zum Schutz der Vertreter verbiete das Gesetz eine für den Unternehmer kürzere Kündigungsfrist, damit der Vertreter nicht einseitig in seiner Entschließungsfreiheit beschnitten werde. Dies aber sei der Fall, wenn an die Kündigung des Vertreters wesentliche, eine Vertragsbeendigung erschwerende Nachteile geknüpft seien. Ob die Nachteile zu einer unwirksamen Kündigungerschwernis führten, sei Frage des Einzelfalls. Die Abwägung aller Umstände führe dazu, dass eine Regelung, nach der Vorschüsse mit der Kündigung entfallen, eine unzulässige Kündigungerschwernis darstelle, wenn die Regelung zu einem massiven Einkommensverlust für den Vertreter führe, obwohl er noch bis zum Ende der Vertragslaufzeit vertraglich gebunden bleibe. Dies gelte jedenfalls, wenn der Vertreter bei Ausspruch der Kündigungserklärung nach der

formulärmäßigen Vereinbarung insgesamt 7.600 Euro monatlich an Leistungen durch den Unternehmer verliere und hinzukomme, dass er wegen eines erheblichen Unterverdienstes auch keine Auszahlung tatsächlich verdienter Provisionen mehr verlangen könne.

Verliere der Vertreter durch die Kündigung sämtliche Einnahmen mit Ausnahme der verdienten Provisionen und entspreche dies einer Verlustquote von rund 97 Prozent, ohne dass diesen massiven Verlusten eine hinreichende Rechtfertigung entgegenstehe, so werde damit das vertragliche Synallagma für die Kündigungsfrist praktisch zulasten des Vertreters aufgehoben. Dies sei unter Abwägung und Würdigung aller Umstände nicht mehr mit § 89 Abs. 2 HGB vereinbar, zumal der Vertreter bis zum Vertragsende noch sein Büro vorhalten müsse, ihm aber gleichwohl der Zuschuss hierfür entzogen werde und er weiterhin die ihm zugewiesenen Vermittler betreuen und auch bis zum Vertragsende Bestandsarbeit leisten müsse. Dem stehe nicht entgegen, dass die Kündigungsfrist nur drei Monate betrage, wenn die vertragliche Regelung für diese Zeit einen Einkommensverlust bedeute, der nahe am Totalverlust sei, obwohl vertragliche Leistungen weiter zu erbringen seien.

Dass der Unternehmer diese Folgen der vertraglichen Vereinbarung faktisch abmildere, indem er den Zuschuss noch bis zum Vertragsende und die Vorschüsse noch einen weiteren Monat fortzahle, ändere nichts an der Wertung. Denn die Kulanzleistung des Unternehmers ändere nichts daran, dass im Falle einer vertreterseitigen Kündigung die Einbußen zu erwarten gewesen wären und ein echtes Kündigungshindernis dargestellt hätten. Der Vertreter könne nicht davon ausgehen, dass der Unternehmer sich ebenso kulant verhalten hätte, wenn er selbst gekündigt hätte.

Die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel gemäß § 134 BGB könne nicht dadurch nachträglich geheilt werden, dass

der Unternehmer selbst später nicht mehr vollumfänglich auf der Geltendmachung der Klausel beharre. Die Vorschusszahlungspflicht bestehe wegen § 134 BGB im Kündigungszeitraum fort.

Die Entscheidung zeigt das Dilemma auf, in das die Anwendung der richterrechtlichen Grundsätze der Kündigungerschwernis führt: Aus einem Vorschuss wird kraft Richterrechts ein Fixum. Das ist nicht mehr Gesetzesanwendung, sondern Rechtsfortbildung, die sich nicht nur über den Parteiwillen hinwegsetzt, sondern auch über das gesetzliche Leitbild.² Dem Vertreter ist das Risiko zugewiesen, zu arbeiten, ohne Provisionen zu erwirtschaften.³ Da eine Fixvergütung gesetzesfremd ist,⁴ und unverdiente Vorschüsse kein Einkommen des Vertreters darstellen,⁵ ist das Gericht gehalten, eine Lösung zu finden, die sich in das gesetzliche Leitbild einfügt. § 134 BGB kann sich darauf beschränken, die Kündigungerschwernis dadurch zu beseitigen, dass der Rückzahlungsanspruch nicht sofort fällig wird und die Klausel über den Wegfall des Vorschussanspruchs nichtig ist. Die entstehende Lücke kann in ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden,⁶ indem der Rückzahlungsanspruch ra-

tierlich fällig wird. Allerdings geht der Vorschussanspruch infolge Vertragsbeendigung unter, da feststeht, dass er nicht mehr durch Provisionen ins Verdienen gebracht werden kann. Möglich blieben Sekundäransprüche auf Schadenersatz.

- 1 OLG München, 22.02.2024 - 23 U 7165/21 - EVERS.OK.
- 2 Nicht unberechtigt mahnt Meyer, ZVertriebsR 14, 352, 356, dass eine ausufernde freie Rechtsschöpfung im Vertriebsrecht Bedenken im Hinblick auf ihre Verfassungskonformität begegnet.
- 3 BGH, 16.11.1972 - VII ZR 53/72 - EVERS.OK LS 2 - Allianz -; 27.01.1972 - VII ZR 300/69 - EVERS.OK LS 3 - Aerosol -; 21.01.1965 - VII ZR 22/63 - EVERS.OK LS 2 - Deutsche Klassenlotterie Berlin -.
- 4 OLG München, 23.12.2009 - 7 U 3582/09 - EVERS.OK LS 17.
- 5 Vgl. nur BGH, 21.10.2015 - VII ZB 8/15 - EVERS.OK LS 15.
- 6 Vgl. LG Hamburg, 03.02.2012 - 313 O 21/09 - EVERSOK LS 9 ff. – comdirect 6 –.



Jürgen Evers

Evers Rechtsanwälte für Vertriebsrecht

VGA Bundesverband der
Assekuranzführungskräfte e. V.

Arbeitgeberverband für das private Versicherungs-Vermittler-Gewerbe

Wir. Steuern. Führung.

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

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

