

Der Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreters „analog“ § 24 HVertrG

von RA Dr. Michael Nocker, LL.M., Wien

In drei erst jüngst ergangenen Entscheidungen vertreten nunmehr der 4., 8. und 9. Senat im Ergebnis die Ansicht, dass das HVertrG 1993 entgegen dem klaren Wortlaut (§ 28 Abs 1) auch für selbstständige Versicherungsvertreter gilt.

Der folgende Beitrag setzt sich daher mit der Frage auseinander, ob – und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen – ein Versicherungsvertreter Anspruch auf Ausgleich „analog“ § 24 HVertrG hat. Anders als beim Ausgleichsanspruch des Warenvertreters kann hier nämlich nicht einfach auf die deutsche Rsp oder die zwischen den deutschen Spitzenverbänden ausgehandelten „Grundsätze“ zurückgegriffen werden, da sich die gesetzlichen Regelungen in wesentlichen Punkten unterscheiden.

Deskriptoren: Abschlussprovision; analoge Anwendung; Ausgleichsanspruch; Folgeprovision; Höchstbetrag; Provision; Rohausgleich; Versicherungsagent; Versicherungsvertreter.
HVertrG: §§ 24, 28 Abs 1.

- I. Einleitung
- II. Unterschied zwischen Versicherungsvertreter und Warenvertreter
 - 1. Unbestimmte Vielzahl von Geschäften / Einmalgeschäfte
 - 2. Provisionszahlung
 - a) Während des aufrechten Vertragsverhältnisses
 - b) Nach Beendigung des Vertretervertrages
- III. Unterschiede in den gesetzlichen Regelungen in Deutschland und Österreich
 - 1. Provision für Folgegeschäfte
 - a) Bezirks- und Kundenschutzprovision
 - b) Folgeprovision
 - 2. Zuführung neuer Kunden / Vermittlung neuer Versicherungsverträge
 - 3. Höchstbetrag: Eine oder drei Jahresvergütungen
- IV. Zwischenergebnis
- V. Einige Überlegungen zur analogen Berechnung des Ausgleichs
 - 1. Allgemeines
 - 2. Funktion des Ausgleichsanspruchs
 - 3. Folgegeschäfte ausgleichspflichtig?
 - 4. Überhangprovisionen ausgleichspflichtig?
 - 5. Neue Kunden oder neue Versicherungsverträge ausgleichspflichtig?
 - 6. Ausgleichspflichtige Provisionen
- VI. Ergebnis

I. Einleitung

Die Entscheidungen des OGH vom 19. 9. 2002 (8 ObA 56/02x), 2. 10. 2002 (9 ObA 81/02f) und 17. 12. 2002 (4 Ob 264/02f) kommen trotz unterschiedlicher, ja sogar widersprüchlicher Begründungen zum Ergebnis, dass das HVertrG 1993 – so wie auch schon das HVG 1921 – trotz des in

§ 28 Abs 1 neuerlich normierten klaren Anwendungsausschlusses¹⁾ auf selbstständige Versicherungsvertreter (VV) anzuwenden ist. Während die

¹⁾ § 28 Abs 1 HVertrG lautet: „Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes finden keine Anwendung auf die Vermittlung und den Abschluss von Versicherungsgeschäften ...“

arbeitsrechtlichen Senate in ihren über weite Strecken wortgleichen Entscheidungsgründen das Argument von *Schima*²⁾ übernahmen und meinten, dass eine Berufung auf die frühere Argumentation zur analogen Anwendung des HVG 1921 angesichts der Wiederholung der Ausschlussbestimmung im HVertrG 1993 zwar schwer falle und nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen von einer nachträglichen „planwidrigen“ Lücke kaum gesprochen werden könne, aber dennoch die besseren Gründe für eine analoge Anwendung sprächen³⁾, nahm der 4. Senat das Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes an. Diese planwidrige Unvollständigkeit werde – so der 4. Senat – durch die Ausschlussbestimmung des § 28 Abs 1 HVertrG 1993 „geradezu belegt“, weil sie in das Gesetz wegen der vom Gesetzgeber erkannten Notwendigkeit aufgenommen wurde, die Vermittlung und den Abschluss von Versicherungsverträgen sondergesetzlich zu regeln. Solange ein solches Gesetz nicht vorliege, bestehe eine planwidrige Regelungslücke, die durch analoge Anwendung einer Norm zu schließen sei.

Diese Auffassung des 4. Senats mag zwar für § 30 Abs 1 HVG 1921 auf Grund der Materialien zum HVG 1921 noch vertretbar gewesen sein; für § 28 Abs 1 HVertrG 1993 kann diese Ansicht aber angesichts der klaren Aussage in den Materialien zum HVertrG sicherlich nicht mehr länger aufrechterhalten werden. Dort ist nämlich keine Rede mehr davon, dass § 28 Abs 1 HVertrG nur deshalb und solange in das – nicht nur novellierte, sondern völlig neue gefasste – Gesetz aufgenommen werden sollte, bis es die schon seit 1921 geplante sondergesetzliche Regelung endlich gibt. Vielmehr sprechen die Materialien zum HVertrG 1993 unmissverständlich davon, dass „die besondere Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich – Vermittlung und Abschluss von Versicherungsgeschäften“ aufrecht bleiben soll⁴⁾. Auch die Vermutung des 8. und 9. Senats, der Gesetzgeber sei sich zwar wohl des Fehlens der ursprünglich geplanten sondergesetzlichen Regelung für selbstständige VV, „... offenbar aber nicht der Tatsache bewusst gewesen, dass die Judikatur die frühere Ausschlussnorm des § 30 Abs 1 HVG weitgehend durchlöchert habe...“, hält einer näheren Überprü-

fung nicht wirklich stand: Die bis 1993 ergangenen Entscheidungen, haben sich nämlich – soweit ersichtlich – mit der Rechtsstellung des selbstständigen VV nicht wirklich näher auseinander gesetzt⁵⁾.

Letztlich können daher beide Begründungen nicht überzeugen. Weder die *de lege ferenda* wünschenswerte analoge Anwendung des HVertrG durch den 8. und 9. Senat, obwohl nach deren Ansicht eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes eigentlich nicht vorliegt, noch die Annahme einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes durch den 4. Senat, obwohl sowohl der Wortlaut des § 28 Abs 1 HVertrG als auch die Ausführungen in den Materialien gerade das Gegenteil belegen, tragen damit unbedingt zur Rechtssicherheit bei.

Aber auch der Versuch, über eine richtlinienkonforme Interpretation das angestrebte Ergebnis zu erzielen, wäre wohl gescheitert: Wie nämlich ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der RL zeigt, soweit sie sich in den Materialien zur RL 86/653/EWG nachvollziehen lässt, ist die Situation auf der europäischen Rechtssetzungsebene ähnlich unklar wie hierzulande. Während nämlich noch nach den beiden Vorschlägen der Kommission für eine RL des Rates zur „Koordinierung der Rechte der Mitgliedstaaten die (selbständigen) Handelsvertreter betreffend“ und in der Stellungnahme des Europäischen Parlaments⁶⁾ zum RL-Vorschlag in Art 3, 4. Spiegelstrich die „Handelsvermittler, die auf dem Gebiet der Versicherungen oder des Kreditwesens tätig sind“⁷⁾, vom Anwendungsbereich ausgenommen waren, findet sich diese Ausnahme (im verabschiedeten Text nunmehr in Art 2 Abs 1 geregelt) in der RL selbst nicht mehr. Allerdings sind die Ausnahmen vom Geltungsbereich im endgültigen Text der RL nicht mehr taxativ, sondern nur mehr demonstrativ (arg: insbesondere) aufgezählt, wobei sich gleich die Frage stellt, wie sich diese demonstrative Aufzählung des Abs 1 mit dem Schutzzweck der RL (nach der 2. Begründungserwägung war der Schutz des Handels-

²⁾ *Schima*, Bunt Gemischtes aus dem neuen HVertrG, *ecolex* 1993, 227.

³⁾ So meinte der 8. Senat etwa, dass sich der Gesetzgeber zwar wohl des Umstandes des Fehlens der ursprünglich geplanten sondergesetzlichen Regelung für selbstständige VV, offenbar aber nicht der Tatsache bewusst gewesen sei, dass die Rsp die frühere Ausschlussnorm des § 30 Abs 1 HVG weitestgehend durchlöchert hätte. § 28 Abs 1 HVertrG 1993 sei daher so zu deuten, dass der Gesetzgeber den bisher bestehenden Rechtszustand unverändert lassen und damit wohl auch an der bisherigen Rsp und hL nicht rühren wollte. Andernfalls würde man die Personengruppe der selbstständigen VV ohne sachliche Rechtfertigung dem „rechtsfreien Raum“ überantworten; siehe auch die Kritik von *Birek* in der Anm zu OGH 17. 12. 2002, *AnwBl* 2003, 422.

⁴⁾ So auch *Kreil*, Glosse zu OGH 19. 9. 2002, 8 ObA 56/02x = *RdW* 2003, 230.

⁵⁾ So ging zB der OGH in seiner E 30. 7. 1992, 7 Ob 580/92, ohne die Ausschlussbestimmung des § 30 Abs 1 HVG 1921 auch nur zu erwähnen, einfach davon aus, dass das HVG unmittelbar und nicht nur analog auf einen selbstständigen VV anzuwenden sei; in der E 27. 6. 1990, 9 ObA 121/90 hatte sich der OGH mit einem „freien“ VV zu befassen, meinte aber auch, dass die Regelungslücken beim selbstständigen VV im Wege der Analogie zum HVG geschlossen werden müssten; in der E 5. 3. 1981, 7 Ob 529/81 hat der OGH die Frage der analogen Anwendung sogar ausdrücklich offen gelassen.

⁶⁾ ABl Nr C 239/18 vom 9. 10. 1978.

⁷⁾ Im Kommentar der Kommission – zitiert in der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses (ABl Nr C 59/31 vom 8. 3. 1978) – erklärt diese, es sich vorzubehalten, für die Vertreter im Bereich des Kredit- und Versicherungswesens einen Richtlinienvorschlag zur Koordinierung der einschlägigen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten vorzulegen.

⁸⁾ Auch der Schutz der Handelsvertreter in ihren Beziehungen zu ihren Unternehmern ist nach der Begründungserwägung einer der Gründe für die Erlassung der RL 86/653/EWG.

⁹⁾ So ausdrücklich OGH 17. 12. 2002, 4 Ob 264/02f.

vertreters in der Beziehung zu seinem Unternehmer ein Grund für den Erlass der RL) und der den Mitgliedstaaten ausdrücklich eingeräumten Möglichkeit, nebenberufliche Handelsvertreter von deren Geltungsbereich auszunehmen, verträgt. Außerdem ist in der Legaldefinition des Art 1 Abs 2 im endgültigen RL-Text Handelsvertreter nur mehr, wer ständig damit betraut ist, für eine andere Person den Verkauf oder Ankauf von Waren zu vermitteln, während in den Vorschlägen der Kommission stets von der Vermittlung oder dem Abschluss einer unbestimmten Vielzahl von *Geschäften* die Rede war. Einerseits täte man wohl dem Begriff „Waren“ Gewalt an, würde man darunter auch Versicherungsverträge subsumieren; andererseits finden sich in den Materialien zur RL keinerlei Hinweise, dass sie nur für den typischen Warenvertreter, nicht aber zB für die Vermittlung von Dienstleistungen oä gelten sollte. Jedenfalls ist auch hier nicht wirklich klar, ob die Streichung des Absatzes „Handelsvertreter, die auf dem Gebiet der Versicherungen oder des Kreditwesens tätig sind“ im Ausnahmekatalog des ursprünglichen Art 3 die Einbeziehung der Versicherungsmittler in den Geltungsbereich der RL bedeutet oder nicht. Sicher ist nur, dass – so wie in Österreich – auch auf europäischer Ebene bis heute keine RL zum Schutz⁹⁾ der selbstständigen VV erlassen wurde, so wie es offensichtlich schon damals Absicht der Kommission war.

Mit der analogen Anwendung des HVertrG 1993 auch auf das Rechtsverhältnis zwischen VV und VU, insb auch dessen § 24 über den Ausgleichsanspruch⁹⁾, stellen sich eine Reihe von Fragen. Denn zum einen bestehen zwischen einem Warenvertreter und einem VV doch einige Unterschiede, vor allem was die Zuführung neuer Kunden betrifft; und zum anderen lassen sich die durch die „analoge“ Anwendung des HVertrG auftauchenden Probleme nicht mehr einfach mit einem Blick über die Grenze nach Deutschland lösen: Denn dort hat der Gesetzgeber mit den §§ 89b Abs 5 HGB und § 92 HGB für die Versicherungs- und Bausparkassenvertreter hinsichtlich der Provision und des Ausgleichs eigene Bestimmungen geschaffen, die die unterschiedliche Stellung des Waren- und des VV berücksichtigen sollen¹⁰⁾.

Welche sind aber nun diese Besonderheiten beim VV?

II. Unterschied zwischen Versicherungsvertreter und Warenvertreter

1. Unbestimmte Vielzahl von Geschäften / Einmalgeschäfte

Zunächst einmal vermittelt der Warenvertreter idR – abgesehen von den Fällen der Vermittlung

langlebiger Wirtschaftsgüter – in Bezug auf einen Kunden nicht nur ein Geschäft, sondern eine unbestimmte *Vielzahl* von Geschäften über die Vertragsprodukte: Nach Werbung eines neuen Kunden durch den Warenvertreter folgen zumeist mehr oder weniger zahlreiche Folgegeschäfte („Nachbestellungen“), an deren Zustandekommen der Warenvertreter oft gar nicht mehr (unmittelbar) mitwirkt¹¹⁾. Der Warenvertreter baut zwischen seinem Unternehmer und dem Kunden eine *Geschäftsverbindung* auf, in deren Rahmen dann die Folgegeschäfte stattfinden¹²⁾. Den wirtschaftlichen Mehrwert, den der Warenvertreter – sofern er nicht gerade Geschäfte über langlebige Wirtschaftsgüter vermittelt – generieren soll, ist weniger die Vermittlung einzelner Geschäftsabschlüsse, sondern die Schaffung dauerhafter Geschäftsverbindungen.

Demgegenüber vermittelt der VV idR „*einmalige*“ Geschäfte, nämlich einzelne Versicherungsverträge, für die er bereits bei deren Zustandekommen die volle Abschlussprovision verdient¹³⁾. An dieser Einmaligkeit der vermittelten Geschäfte ändert sich auch dann nichts, wenn der VV seine Vermittlungsprovision¹⁴⁾ nicht auf einmal, sondern in Teilbeträgen, zB nach Maßgabe des Eingangs der Versicherungsprämie, erhält. Der VV vermittelt daher idR keine *Geschäftsverbindung*, sondern lediglich ein einzelnes *Geschäft*. Aufgrund der „Langlebigkeit“ der Versicherungsverträge sind Folgegeschäfte, zumindest bezogen auf die gleiche Sparte wie etwa Lebens- oder Krankenversicherung („Geschäfte gleicher Art“), im Vergleich zum Warenvertreter eher selten. Bezogen auf eine andere Sparte wird auch oft das im Preis-/Leistungsverhältnis günstigere Produkt den Ausschlag für den Vertragsabschluss geben als die Bindung zum VU, mit dem schon ein Versicherungsvertrag über ein anderes Risiko abgeschlossen wurde. Die Situation eines VV ist daher am ehesten noch mit der eines Warenvertreters vergleichbar, der Sukzessivlieferungs- oder Bezugsverträge oder langfristige Dienstleistungen (zB Telekomdienste) vermittelt. Auch hier handelt es sich um Ver-

¹¹⁾ Dennoch hat der Warenvertreter nach dem gesetzlichen Normalfall auch für solche Folgegeschäfte – jedenfalls solange der Handelsvertretervertrag besteht – einen Provisionsanspruch. („Folgeprovision“); zur Abdingbarkeit siehe Nocker, Der Handelsvertretervertrag Rz 209.

¹²⁾ Siehe auch Küstner in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts I³ Rz 903 ff.

¹³⁾ Allerdings entsteht die Provision nicht schon mit Abschluss des Versicherungsvertrags, sondern erst mit der „Ausführung“ des Geschäfts, dh idR der Zahlung der Prämie durch den Versicherungsnehmer.

¹⁴⁾ Obwohl der Versicherungsagent regelmäßig nur vermittelnd tätig wird, wird die ihm für das Zustandekommen des Versicherungsvertrags gezahlte Provision terminologisch ungenau als „Abschlussprovision“ bezeichnet. Damit soll die für die Vermittlung eines Versicherungsvertrages gezahlte Provision von der allenfalls während des bestehenden Versicherungsvertrags gezahlten „Betreuungsprovision“ unterschieden werden.

¹⁰⁾ Auch in Deutschland war man bald der Ansicht, dass diese vereinzelten Regelungen der Sonderstellung des VV nicht vollends gerecht wurden; siehe zB *Trinkhaus*, Handbuch der Versicherungsvermittlung (1955) 6 ff; *Küstner*, „Grundsätze“ zur Errechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs, Rz 4.

träge, die in mehreren Teilleistungen „ausgeführt“ werden¹⁵⁾).

2. Provisionszahlung

a) Während des aufrechten Vertragsverhältnisses

Der Warenvertreter erhält für die erfolgreiche Vermittlung bzw. – seltener – den Abschluss eines Geschäfts eine einmalige Vermittlungsprovision. Für die Tätigkeit, die nicht unmittelbar mit der Zuführung/Werbung neuer Kunden zu tun hat („verwaltende“ Tätigkeit), erhält der Warenvertreter idR keine Vergütung. Vergütet wird nur der Erfolg. Nur selten wird ein Teil der dem Warenvertreter gezahlten Provision für die „verwaltende“ Tätigkeit gewidmet. Neben der Vermittlungsprovision für den erstmaligen Abschluss eines Geschäfts mit einem neu zugeführten Kunden erhält der Warenvertreter nach dem gesetzlichen Normalfall¹⁶⁾ für jedes¹⁷⁾ Geschäft, das mit diesen von ihm neu zugeführten Kunden zu Stande kommt, eine Provision, und zwar selbst dann, wenn er am Zustandekommen der Folgegeschäfte nicht mehr (unmittelbar) beteiligt war. Durch die gesetzliche Regelung, dass der Warenvertreter auch für im Rahmen dieser neu geschaffenen Geschäftsverbindung zu Stande gekommene Geschäfte eine Provision erhält, soll letztlich erreicht werden, dass der Warenvertreter in vollem Umfang provisionsmäßig am wirtschaftlichen Erfolg der von ihm vermittelten Geschäftsverbindung teilhat. Nach der Konzeption des Gesetzes besteht die Gesamtvergütung des Warenvertreters in der Summe der Provisionen, die sich aus allen auf Grund der neu geschaffenen Geschäftsverbindung abgeschlossenen Geschäften ergibt¹⁸⁾.

Der VV erhält regelmäßig für die Vermittlung eines Versicherungsvertrages eine „Abschlussprovision“¹⁹⁾. Diese wird entweder in einem²⁰⁾ – entweder gemeinsam mit der ersten Prämienzahlung oder nach einer gewissen Anzahl von Prämienzahlungen – oder aber in laufenden²¹⁾ Teilbeträgen ge-

zahlt. Daneben erhält der VV für andere Leistungen, wie etwa Inkasso, Mithilfe bei der Schadensabwicklung, Bearbeitung von Änderungsanzeigen oä, eine gesonderte Vergütung, die zumeist als „Folgeprovision“, „Verwaltungsprovision“ oder „Betreuungsprovision“ bezeichnet und laufend gezahlt wird. Diese Folgeprovisionen sind entweder gleich²²⁾ oder unterschiedlich (erhöhte Erstprämie) hoch. Bei den Folgeprovisionen ist auf Grund der Bezeichnung allein oft unklar, welche Leistungen – die Vermittlung des Versicherungsvertrags oder aber zB die Mithilfe bei der Schadensabwicklung – damit vergütet werden soll. IdR enthalten diese Folgeprovisionen aber auch einen Teil der „Abschlussprovision“²³⁾. Anders als beim Warenvertreter sind beim VV sind aber – wie bereits erwähnt – auf Grund der langen Laufzeit der vermittelten Versicherungsverträge „Folgegeschäfte“ die Ausnahme, und zwar auch dann, wenn man als Folgegeschäfte nicht nur solche über Versicherungen „der gleichen Art“²⁴⁾ versteht. Denn der Abschluss einer zB Lebensversicherung bei einem VU bedeutet noch nicht, dass der Kunde in der Folge automatisch – entweder direkt beim VU oder wiederum über den VV – auch weitere Risiken beim selben VU eindeckt. Daher wird ein VV auch nur selten Provisionen für Folgegeschäfte erzielen²⁵⁾.

b) Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses

Nach dem Gesetz endet der Provisionsfluss an den Warenvertreter typischerweise mit Ende des Handelsvertretervertrages. Danach hat er nur mehr Anspruch auf Provision für jene Geschäfte, die noch während des aufrechten Bestands des Handelsvertreterverhältnisses abgeschlossen, aber erst nach dessen Ende ausgeführt wurden (so genannte „Überhangprovisionen“; § 11 HVertrG) oder ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen sogar für jene Geschäfte, die erst nach Ende des Handelsvertreterverhältnisses zu Stande gekommen sind²⁶⁾. Für die im Rahmen der vom Warenvertreter geschaffenen Geschäftsverbindung nach Vertragsende zu Stande kommenden Geschäfte hat er daher keinen Provisionsanspruch mehr und geht insofern leer aus. Diese Folgen soll der Ausgleichsanspruch etwas mildern²⁷⁾.

¹⁵⁾ Zum Sukzessivlieferungs- und Bezugsvertrag siehe etwa *Reischauer in Rummel*, ABGB I³ Rz 18 ff zu § 918.

¹⁶⁾ § 8 Abs 3 HVertrG.

¹⁷⁾ Anders als Art 7 Abs 1 lit b RL 86/653/EWG und § 87 Abs 1 dHGB ist nach der österreichischen Rechtslage nicht erforderlich, dass es sich um Waren oder Geschäfte der „gleichen Art“ handelt; aA *Jabornegg*, HVG Erl 2.2 zu §§ 7, 8.

¹⁸⁾ *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht I³ Rz 906.

¹⁹⁾ *Auer*, Zur rechtlichen Situation der Versicherungsvermittlung in Österreich, DRdA 1975, 21; siehe auch FN 15.

²⁰⁾ Einmalprovisionen finden sich vor allem im Lebensversicherungs- und Krankenversicherungsbereich, wobei in der Sparte Lebensversicherung Bemessungsgrundlage entweder die Versicherungssumme oder die Beitragsleistungen sind, während in der Sparte Krankenversicherung Bemessungsgrundlage oft eine bestimmte Anzahl von Monatsbeiträgen durch den Versicherungsnehmer ist.

²¹⁾ Laufende Provisionszahlungen sind insb im Sachversicherungsbereich üblich, wo auch idR laufende Prämien gezahlt werden.

²²⁾ Dies ist zumeist bei Sachversicherungsverträgen mit einer hohen Schadensgeneigtheit und/oder einer geringen Bestandsfestigkeit der Fall; *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht I³ Rz 973.

²³⁾ *Trinkhaus*, Versicherungsvermittlung 214 ff.

²⁴⁾ Siehe zB § 87 Abs 1 dHGB, *Hopt*, Handelsvertreterrecht³ Rz 18 zu § 87.

²⁵⁾ Nach § 92 Abs 3 iVm § 87 Abs 1 dHGB sind Folgeprovisionen für den VV von Gesetzes wegen schon ausgeschlossen; so auch *Hopt*, Handelsvertreterrecht³ Rz 19 zu § 87; aA offensichtlich *Trinkhaus*, Versicherungsvermittlung 177, nach dem weitere Versicherungsanträge, die dem VU von einem vom VV geworbenen Kunden später direkt zugehen, einen Anspruch auf Folgeprovision entstehen lassen.

²⁶⁾ Zur nachvertraglichen Provision siehe *Nocker*, Handelsvertretervertrag Rz 240 ff.

²⁷⁾ So auch *Küstner*, Grundsätze Rz 22.

Anders stellt sich hier die Situation beim VV dar: Auf Grund der Langlebigkeit der vermittelten Versicherungsverträge kommen „Folgegeschäfte“ idR nicht vor. Demgegenüber hat der VV – anders als der Warenvertreter – typischerweise Anspruch auf Überhangprovisionen, da die vermittelten Versicherungsverträge sehr oft über das Ende des Vertretervertrages hinaus fortbestehen, dh durch die laufende Prämienzahlung erst nach Vertragsende vom Kunden „ausgeführt“ werden²⁸⁾. Damit verdichtet sich die mit Abschluss des Versicherungsvertrages zunächst nur als Anwartschaft bestehende Provision auch erst nach Ende des Vertretervertrages zum Vollanspruch und wird auch erst dann zur Zahlung fällig. Zwar hat der VV – zumindest nach dem gesetzlichen Normalfall – Anspruch auf Provision, solange der von ihm vermittelte Versicherungsvertrag zwischen VU und Kunden besteht, daher auch noch dann, wenn der Vertretervertrag bereits beendet ist. Allerdings kann dieser Anspruch auf Überhangprovision rechtswirksam abbedungen werden („Provisionsverzichtsklauseln“)²⁹⁾. Ist das der Fall, dann verliert der VV bereits verdiente Provisionen, auch wenn solche zu diesem Zeitpunkt erst in Form einer Anwartschaft entstanden sind.

Provisionsverluste erleidet der Warenvertreter dadurch, dass er für Folgegeschäfte, die nach Beendigung des Handelsvertretervertrages mit den von ihm neu zugeführten Kunden abgeschlossen werden, keine Provisionen mehr erhält. Der VV erleidet demgegenüber durch die Vertragsbeendigung einen Provisionsverlust dann, wenn er auf Grund einer Provisionsverzichtsklausel auf die verdienten Überhangprovisionen aus den von ihm vermittelten Versicherungsverträgen verzichtet hat.

²⁸⁾ Zum Zeitpunkt der „Ausführung“ eines Geschäfts siehe ausführlich Nocker, Handelsvertretervertrag Rz 228 ff; auch hier unterscheidet sich die gesetzliche Regelung in Deutschland von jener in Österreich: § 92 Abs 4 dHGB sieht nämlich in Abweichung des für den Warenvertreter geltenden § 87a Abs 1 dHGB vor, dass der VV erst dann Anspruch auf Provision hat, sobald der Versicherungsnehmer die Prämie gezahlt hat, aus der sich die Provision nach dem Vertragsverhältnis berechnet. Die Anwartschaft verdichtet sich hier also erst bei Zahlung der Prämie durch den Kunden zum Vollanspruch. In Deutschland hängt der Provisionsanspruch daher allein von der Zahlung der Prämie durch den vorleistungspflichtigen Versicherungsnehmer, nicht aber von der Ausführung des Geschäfts durch den Unternehmer ab. Auch eine vorläufige Deckungszusage durch das VU führt daher – anders als in Österreich – auf Grund der Sonderregelung des § 92 Abs 4 dHGB noch nicht dazu, dass sich die Provisionsanwartschaft bereits zum Vollanspruch verdichtet. Es kommt also – anders als beim Warenvertreter – für das Entstehen des Anspruchs nicht darauf an, wer als erstes leistet; siehe dazu Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht I³ Rz 959 ff mwN.

²⁹⁾ § 8 Abs 2 HVertrG; Nocker, Handelsvertretervertrag Rz 239.

III. Unterschiede in den gesetzlichen Regelungen in Deutschland und Österreich

1. Provision für Folgegeschäfte

Auch die unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen in Österreich und Deutschland können sich auf die Höhe des Ausgleichs auswirken.

a) Bezirks- und Kundenschutzprovision

Der erste Unterschied findet sich in § 92 Abs 3 2. Satz iVm 87 Abs 2 dHGB: Danach hat der VV in Deutschland keinen Anspruch auf Provision für Geschäfte, die direkt zwischen VU und Versicherungsnehmer, die ihren Sitz im Vertragsgebiet des VV haben („Bezirksprovision“) oder die dem VV zugewiesen wurden („Kundenschutzprovision“), zu Stande kommen³⁰⁾.

Demgegenüber hat ein VV in Österreich – wo es wie erwähnt an einer sondergesetzlichen Regelung fehlt – nach dem gesetzlichen Normalfall³¹⁾ für Geschäfte, die mit im Vertretungsgebiet des VV ansässigen Kunden bzw dem VV zugewiesenen Kunden und dem VU zu Stande kommen, Anspruch auf Provision. Dieser Anspruch ist allerdings nicht zwingend³²⁾.

Zwar sind nach dem Ende des Versicherungsvertrages entgehende Bezirksprovisionen und Provisionen mit Kunden, die dem Vertreter übertragen wurden („Altkunden“), nicht ausgleichspflichtig, dh diese sind bei der Berechnung des Rohausgleichs³³⁾ nicht zu berücksichtigen; auf die Höhe des tatsächlich vom Unternehmer zu zahlenden Betrags können sie sich hingegen sehr wohl auswirken. Das ist immer dann der Fall, wenn der Rohausgleich wesentlich höher ist als der Höchstbetrag des § 24 Abs 4 HVertrG: Denn bei der Berechnung des Höchstbetrags, dh einer Jahresvergütung berechnet nach dem Durchschnitt der letzten fünf Vertragsjahre, sind auch die an den VV gezahlten Bezirksprovisionen und Provisionen für Geschäfte mit „Altkunden“ zu berücksichtigen³⁴⁾. Hat aber der VV – sowie nach § 92 Abs 3 dHGB – schon während des aufrechten Vertragsverhältnisses keinen Anspruch auf Bezirks- und Kundenschutzprovisionen, dann fällt auch der Höchstbetrag dementsprechend geringer aus, weil ihm einfach im Jahresdurchschnitt weniger an Provisionen zufließt.

b) Folgeprovision

Weiters hat der VV in Deutschland – anders als der Warenvertreter – nach § 92 Abs 3 iVm § 87 Abs 1 dHGB auch keinen Anspruch auf Provision

³⁰⁾ Hopt, Handelsvertreterrecht Rz 6 zu § 92; die Zuweisung eines Bezirks oder Kundenkreises begrenzt nur den Umfang des Auftrags und der Vertretungsmacht (siehe auch § 46 VersVG).

³¹⁾ § 8 Abs 3 HVertrG.

³²⁾ § 8 iVm § 27 HVertrG.

³³⁾ Zum Begriff „Rohausgleich“ und zu dessen konkreten Berechnung Nocker, Ausgleichsanspruch Rz 456 ff.

³⁴⁾ ZB BGH 19. 11. 1970, VII ZR 47/69 = VersR 1971, 265 mit zust Anm Höft.

für Folgegeschäfte, also solche Geschäfte, die zB direkt mit den vom Warenvertreter seinem Unternehmer neu zugeführten (Stamm)Kunden zu Stande kommen, ohne dass der Warenvertreter nach Schaffung dieser Geschäftsverbindung, in deren Rahmen solche Folgegeschäfte abgeschlossen werden, noch verdienstlich tätig sein musste³⁵⁾. Begründet wurde diese Ausnahme damit, dass es im Bereich der Versicherungswirtschaft keinen Kundenschutz idS gäbe, dass es einem VV verboten wäre, mit den Kunden eines anderen VV desselben VU neue Versicherungsverträge, dh solche über ein anderes Risiko, abzuschließen. Honoriert werde ein Versicherungsabschluss regelmäßig demjenigen VV, der den entsprechenden Versicherungsantrag eingereicht hätte³⁶⁾.

Demgegenüber hat der VV in Österreich mangels sondergesetzlicher Regelung bei analoger Anwendung des HVertrG 1993 sehr wohl Anspruch auf Provisionen aus Folgegeschäften³⁷⁾.

Dieser Unterschied kann sich bereits auf den Rohausgleich – und nicht nur auf den Höchstbetrag – des VV auswirken. Denn damit können in Deutschland dem VV für Folgegeschäfte nach Auflösung des Vertretervertrages keine Provisionsverluste entstehen, die durch den Ausgleich vergütet werden müssten. In Deutschland erleidet der VV durch die Beendigung seines Vermittlungsvertrages daher überhaupt nur dann Provisionsverluste, wenn er einen Verzicht („Provisionsverzichts-klausel“) auf jene Provisionen abgegeben hat, die als Anwartschaft *bereits entstanden* sind, aber noch nicht zum Vollanspruch und fällig geworden sind. Provisionsverluste aus erst künftig zu Stande kommenden Geschäften sind in Deutschland hingegen grds³⁸⁾ ausgeschlossen. In Österreich sind nach der derzeitigen Regelung des HVertrG nicht nur die auf Grund einer vereinbarten Provisionsverzichts-klausel erlittenen Provisionsverluste aus den *bereits vermittelten* Versicherungsverträgen, sondern auch Provisionsverluste aus erst *künftig zustande kommenden* Versicherungsverträgen ausgleichspflichtig, soweit diese Versicherungs-

verträge mit den vom VV neu zugeführten Stammkunden abgeschlossen werden.

2. Zuführung neuer Kunden / Vermittlung neuer Versicherungsverträge

Der nächste Unterschied betrifft direkt eine der Anspruchsvoraussetzungen für den Ausgleichsanspruch: Anders als beim Warenvertreter, der – damit ein Ausgleichsanspruch überhaupt entstehen kann – dem Unternehmer neue *Kunden* zugeführt oder bereits zwischen Kunden und Unternehmer bestehende Geschäftsverbindungen wesentlich erweitert haben muss, muss nach § 89b Abs 5 dHGB der VV während des aufrechten Vertragsverhältnisses neue *Versicherungsverträge* vermittelt oder einen bestehenden Versicherungsvertrag so wesentlich erweitert haben, dass dies wirtschaftlich der Vermittlung eines neuen Versicherungsvertrages entspricht. Dabei spielt es nach der deutschen Rechtslage keine Rolle, ob der Kunde, der einen neuen Versicherungsvertrag mit dem VU abschließt, bereits Kunde dieses Versicherers ist oder nicht. Es kommt lediglich darauf an, dass es sich um einen neuen *Versicherungsvertrag* handelt, der ein neues Versicherungsbedürfnis des Kunden deckt.

Das analog anzuwendende HVertrG hingegen kennt diese Unterscheidung nicht. Setzt sich daher der OGH nicht erneut über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinweg, wofür an sich keine Notwendigkeit besteht, da auch die Anwendung der derzeitigen Regelung auf den VV Sinn macht, bedeutet das, dass der VV nur dann Anspruch auf Ausgleich hat, wenn er dem VU *neue Kunden* zugeführt oder bereits bestehende Geschäftsverbindungen wesentlich erweitert hat. Allein die Vermittlung eines neuen Versicherungsvertrages im Anschluss an einen beendeten Versicherungsvertrag an einen Versicherungsnehmer, der bereits Kunde des VU ist, wäre demnach nicht ausgleichspflichtig, weil nicht die Zuführung eines neuen *Kunden*. Zu dem sich daraus ergebenden Nachteil für den VV siehe unten V. 5.

3. Höchstbetrag: Eine oder drei Jahresvergütungen

Gemäß § 89b Abs 5 dHGB beträgt der Höchstbetrag, mit dem der Ausgleichsanspruch des VV gedeckelt ist, *drei* Jahresvergütungen.

Demgegenüber liegt die Höchstgrenze beim Warenvertreter sowohl in Deutschland als auch in Österreich bei *einer* Jahresvergütung³⁹⁾.

Die unterschiedliche Höchstgrenze wurde damit begründet, dass beim VV bei der Berechnung des

³⁵⁾ Hopt, Handelsvertreterrecht Rz 4 zu § 92.

³⁶⁾ Trinkhaus, Versicherungsvermittlung 177 unter Hinweis auf die aml Begründung zu § 92 dHGB; hingegen sollen nach der aml Begründung solche Versicherungsanträge auf Abschluss weiterer Versicherungen, die ohne Mitwirkung eines anderen Vertreters vom Versicherungskunden direkt beim Versicherer eingereicht werden, schon provisionspflichtig sein.

³⁷⁾ Noch zur Rechtslage unter dem HVG hat Jabornegg, DRdA 1985, 85, die Ansicht vertreten, dass §§ 7, 8 HVG analog auch auf selbstständige VV anzuwenden seien, da auch der angestellte Provisionsvertreter gem § 11 AngG Anspruch auf Provision für Folgeaufträge und im Fall der Bestellung zum Bezirksvertreter Anspruch auf Bezirksprovisionen habe.

³⁸⁾ Eine Ausnahme bilden etwa echte Gruppenversicherungsverträge, bei denen die „Gruppenspitze“ Versicherungsnehmer ist, nicht aber die einzelnen Gruppenmitglieder; siehe Küstner/Thume, Außen-dienstrecht I³ Rz 912 ff; zur so genannten „Ausnahme-rechtsprechung“ des BGH bei dynamischen Lebensversicherungen siehe Küstner, Grundsätze Rz 297 ff.

³⁹⁾ Jabornegg, DRdA 1985, 85 lehnt eine Ausdehnung der gesetzlichen Höchstgrenze auf drei Jahre – ohne nähere Begründung – ab, meint aber auch, dass dies angesichts der bereits verdienten Provisionen, auf die aber für die Zeit nach Beendigung des Vertretervertrages durch die „Provisionsverzichts-klausel“ verzichtet wurde, nicht ganz sachgerecht sei; dies müsse aber – so Jabornegg – wegen der fehlenden Sonderregelung in Kauf genommen werden.

Ausgleichs einerseits eine wesentlich genauere Prognose über die eintretenden Provisionsverluste möglich ist, da die Provisionsverluste ja aus bereits in der Vergangenheit vermittelten, nach wie vor bestehenden Versicherungsverträgen entstünden; und dass andererseits damit auch ein ausreichender „Spielraum“ geschaffen werden kann, um den Verlust der *bereits verdienten*, aber infolge der Vertragsbeendigung und der abgegebenen Provisionsverzichtsklausel entfallenden Provisionen voll aufzufangen⁴⁰⁾. Demgegenüber sei beim Warenvertreter eine Prognose über die zukünftige Entwicklung der neu geschaffenen Geschäftsverbindungen schwieriger, da der Fortbestand einer vom Warenvertreter geschaffenen Geschäftsverbindung bei weitem nicht so sicher ist und abgeschätzt werden kann, wie dies im Hinblick auf die festen vertraglichen Bindungen der Parteien – VU und Versicherungsnehmer – im Rahmen eines vom VV vermittelten Versicherungsvertrages der Fall ist⁴¹⁾.

IV. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich daher an dieser Stelle festhalten, dass der Ausgleichsanspruch des VV nach der deutschen Rechtslage an die Stelle der bereits bis zur Auflösung des Vertretervertrags infolge der erfolgreichen Vermittlungstätigkeit dem Grunde nach verdienten Provisionen tritt, auf die der VV allerdings durch eine Provisionsverzichtsklausel im Vertrag verzichtet hat („Provisionssurrogat“⁴²⁾), während beim Warenvertreter der Ausgleich eine *zusätzliche Vergütung* – neben den laufenden Vermittlungsprovisionen – für die Schaffung neuer beständiger Geschäftsverbindungen darstellt⁴³⁾. Der Ausgleichsanspruch des Warenvertreters führt daher nach der deutschen Rechtslage regelmäßig zu einer vergütungsmäßigen Mehrbelastung für den Unternehmer⁴⁴⁾, da der Unternehmer nach der gesetzlichen Regelung einen Teil der künftig zu Stande kommenden Geschäfte einerseits dem ausgeschiedenen Warenvertreter im Form des Ausgleichs vergütet, andererseits ohne vertragliche Vereinbarung auch dem nachfolgenden Warenvertreter, wenn dieser zB Gebietsvertreter ist, für dieselben Geschäfte ebenfalls eine Provision zahlen muss. Beim Ausgleichsanspruch des VV muss das VU auf Grund der besonderen gesetzlichen Regelung hingegen nur das zahlen, was der ausgeschiedene VV eigentlich bereits verdient, auf das er aber durch die Provisionsverzichtsklausel bei Vertragsbeendigung verzichtet hat. Mit anderen Worten stellt der Ausgleichsanspruch des VV weitgehend die Situation

wieder her, die ohne diese Provisionsverzichtsklausel gegeben wäre. Provisionen für künftig zu Stande kommende Geschäfte – wenn auch mit den vom ausgeschiedenen VV neu zugeführten Kunden – sind nur dem nachfolgenden VV zu zahlen⁴⁵⁾.

Demgegenüber sind bei analoger Anwendung des § 24 HVertrG auf VV sowohl bereits verdiente Provisionen aus vermittelten Versicherungsverträgen, auf die aber für die Zeit nach Vertragsende – zunächst – verzichtet wurde, als auch Provisionsverluste aus erst nach Vertragsende mit den vom VV neu zugeführten Stammkunden abgeschlossenen Versicherungsverträgen ausgleichspflichtig. In Österreich ist daher der Ausgleich des VV nicht nur ein Ersatz für bereits verdiente Provisionen, auf die verzichtet wurde, sondern auch für Provisionsverluste aus Folgegeschäften, also *auch* eine *zusätzliche* Vergütung. Allerdings sind bereits verdiente Überhangprovisionen, auf die verzichtet wurde, nur insoweit ausgleichspflichtig, als sie aus Versicherungsverträgen mit neu zugeführten Kunden stammen.

V. Einige Überlegungen zur analogen Berechnung des Ausgleichs

1. Allgemeines

Aufgrund dieser doch substanziellen Unterschiede zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage beim Provisionsanspruch und damit zusammenhängend auch bei Berechnung des Ausgleichsanspruchs des VV ist die Heranziehung der dRsp für die Lösung der hierzulande auftretenden Fragen nicht so ohne weiteres möglich⁴⁶⁾. Dasselbe gilt auch für die Anwendung der so genannten „Grundsätze“, die zwischen dem Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft eV, dem Bundesverband der Geschäftsstellenleiter der Assekuranz eV (VGA) und dem Bundesverband Deutscher Versicherungskaufleute eV (BVK) als Empfehlung an ihre Mitglieder für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Versicherungs- und Bausparkassenvertreters in den verschiedenen Versicherungssparten ausgehandelt wurden. Denn auch diese „Grundsätze“ gehen von der deutschen Rechtslage aus. Es wäre daher ein Fehler, ohne Berücksichtigung der unterschiedlichen Rechtslage den Ausgleich in „analoger“ Anwendung des § 24 HVertrG einfach danach zu berechnen.

Wie berechnet sich dann aber der Anspruch?

2. Funktion des Ausgleichsanspruchs

Vor dem Versuch, eine Antwort auf diese Frage zu finden, sollte man sich zunächst noch einmal die Funktion⁴⁷⁾ des Ausgleichsanspruchs in Erin-

⁴⁰⁾ Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht I³ Rz 2139.

⁴¹⁾ Küstner, Grundsätze Rz 29.

⁴²⁾ Sieg, Rechtsnatur des Ausgleichsanspruchs des Versicherungsvertreters und Folgerungen hieraus, VersR 1964, 789 ff.

⁴³⁾ Küstner, Grundsätze Rz 16.

⁴⁴⁾ Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht I³ Rz 2143.

⁴⁵⁾ So auch Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht I³ Rz 2149.

⁴⁶⁾ So auch schon zum HVG 1921 zutr. Jabornegg, DRdA 1985, 85.

⁴⁷⁾ Eine Darstellung der verschiedenen Meinungen findet sich bei Nocker, Ausgleichsanspruch Rz 6 ff.

nerung rufen: Der Ausgleichsanspruch ist nach der Konzeption des § 24 HVertrG ein *zusätzlicher Vergütungsanspruch*⁴⁸⁾ für den – neben der reinen Vermittlungs- bzw Abschlusstätigkeit – erfolgten *Aufbau beständiger Geschäftsverbindungen* zwischen den neu erworbenen Kunden und dem Unternehmer, der mit der Zahlung der Provisionen für die einzelnen Geschäftsabschlüsse noch nicht (vollständig) abgegolten ist. Oder anders ausgedrückt, soll der Ausgleichsanspruch – wenigstens bis zu einem gewissen Ausmaß⁴⁹⁾ – den Verlust an Provisionen aus jenen „Folgegeschäften“⁵⁰⁾ mit neu erworbenen Kunden ausgleichen, die bei gedachter Fortsetzung des Handelsvertreterverhältnisses innerhalb eines bestimmten Zeitraums („Prognosezeitraum“⁵¹⁾) dem Handelsvertreter noch zugeflossen wären.

Deshalb hat auch – was in der Praxis aber immer wieder übersehen wird – nicht jeder Handelsvertreter bei Beendigung seines Vertragsverhältnisses einen Anspruch auf Ausgleich. Voraussetzung dafür ist nämlich, dass er während des aufrechten Vertragsverhältnisses über die Vermittlung einzelner Geschäftsabschlüsse hinaus dauerhafte *Geschäftsverbindungen* geschaffen hat, die zu laufenden Nachbestellungen/Folgegeschäften – auch ohne neuerliche unmittelbare Mitwirkung des Handelsvertreters – führen. Handelsvertreter, die Geschäfte über langlebige Wirtschaftsgüter⁵²⁾ wie zB Industrieanlagen, Fertigteilhäuser oä vermitteln, mit deren erstmaligen Anschaffung der Bedarf des Kunden für lange Zeit gedeckt ist, können damit keine beständige Geschäftsverbindung zwischen dem Hersteller dieser Produkte und dem Kunden schaffen, denn dafür wäre es erforderlich, dass der Kunde mehr als nur einmal mit dem Unternehmer ein Geschäft abschließt, er also durch wiederholte Geschäftsabschlüsse zum „Stammkunden“⁵³⁾ wird: Der Kunde eines langlebigen Wirtschaftsguts kauft hingegen idR nur einmal dieses Produkt vom Unternehmer, damit ist sein Bedarf für lange Zeit gedeckt. Ob er dann, wenn er irgendwann wieder einmal zB ein anderes Fertigteilhaus kauft, erneut mit demselben Hersteller ein Geschäft abschließt, ist völlig offen. Nicht der Abschluss eines einzelnen Geschäfts, auch wenn dieses mit einem neu zugeführten Kunden zu Stande kommt, führt daher zum Entstehen eines Ausgleichs, sondern erst der Aufbau beständiger *Geschäftsverbindungen*. Und von solchen Ge-

schäftsverbindungen kann – wie bereits erwähnt – erst dann gesprochen werden, wenn ein neu geworbener Kunde nicht nur einmal, sondern immer wieder – und zwar grds ohne Unterbrechung – mit dem Unternehmer ein Geschäft abschließt.

3. Folgegeschäfte ausgleichspflichtig?

Beim VV sind ausgleichspflichtige Folgegeschäfte idR von eher untergeordneter Bedeutung. Er vermittelt ja regelmäßig Versicherungsverträge, die länger dauern bzw sich immer wieder „automatisch verlängern“, so sie nicht vorher gekündigt werden⁵⁴⁾. Zu neuen Vertragsabschlüssen über dasselbe Risiko wird es daher eher selten kommen. Gibt es solche, weil tatsächlich ein bestehender Versicherungsvertrag nicht nur automatisch verlängert, sondern immer wieder neu abgeschlossen wird, dann steht dem VV – anders als in Deutschland, wo der Anspruch auf Provisionen aus Folgegeschäften gesetzlich ausgeschlossen⁵⁵⁾ ist – für solche nach Auflösung des Vertretervertrages entgehenden Provisionen ein Ausgleich zu.

Allein auf Grund der Folgegeschäfte würde der VV durch die Beendigung seines Vertretervertrages an sich nur sehr geringe Provisionsverluste erleiden, weil es solche ganz einfach nur in geringer Anzahl geben wird.

4. Überhangprovisionen ausgleichspflichtig?

Anders sieht die Situation idR bei den Überhangprovisionen aus. Eine der drei Anspruchsvoraussetzungen, die für das Entstehen eines Ausgleichsanspruchs kumulativ vorliegen müssen, ist nämlich, dass die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, „... insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit den betreffenden Kunden entgehenden Provisionen ...“ der Billigkeit entspricht. Das Gesetz unterscheidet daher nicht, wann diese „entgehenden Provisionen“ verdient wurden, vor oder nach Auflösung des Vertragsverhältnisses⁵⁶⁾. Nun ist es aber beim VV so, dass er – wie oben dargestellt – zu einem großen Teil den Abschluss von Versicherungsverträgen vermittelt, die über das Vertreterverhältnis hinaus fortbestehen werden. Für diese bereits während des aufrechten Vertreterverhältnisses vermittelten Versicherungsverträge steht ihm nach dem Gesetz ein Anspruch auf Provision auch noch dann zu, wenn diese erst mit der „Ausführung“ des Geschäfts, dh auf Grund der getroffenen Vereinbarung regelmäßig mit der Zahlung der Prämie durch den Versicherungsnehmer, als Vollanspruch entstehen. Erhält der VV auch noch nach Auflösung seines Vertreterverhältnisses daher diese Provisionen in voller Höhe⁵⁷⁾ weiter ge-

⁴⁸⁾ Schröder, Recht der Handelsvertreter⁵ Anm 21.

⁴⁹⁾ Nämlich bis zu einer durchschnittlichen Jahresvergütung; § 24 Abs 4 HVertrG.

⁵⁰⁾ Nicht ausgleichsfähig sind hingegen Provisionseinnahmen, die bei gedachter Fortsetzung des Handelsvertreterverhältnisses mit während dieser Zeit neu erworbenen Kunden hätten erzielt werden können.

⁵¹⁾ Nocker, Ausgleichsanspruch Rz 410 ff.

⁵²⁾ Zum Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers siehe Nocker, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers, eolex spezial 2003.

⁵³⁾ Zum Begriff „Stammkunde“ siehe Nocker, Ausgleichsanspruch Rz 298 ff mwN.

⁵⁴⁾ § 8 VersVG.

⁵⁵⁾ § 92 Abs 3 iVm § 87 Abs 1 dHGB.

⁵⁶⁾ Ausführlich Nocker, Ausgleichsanspruch Rz 364 ff.

⁵⁷⁾ Soweit sie für die vermittelnde Tätigkeit gezahlt wurden; Vergütungen für die verwaltende Tätigkeit sind hingegen bei der Berechnung des Rohausgleichs nicht zu berücksichtigen.

zahlt, dann erleidet er keine Provisionsverluste, hat daher auch für diese Kunden keinen Ausgleichsanspruch. Allerdings ist diese gesetzliche Regelung – wie bereits oben erwähnt – abdingbar⁵⁸⁾. Hat der VV daher einer solchen Provisionsverzichtsklausel zugestimmt, dann verliert er diese eigentlich bereits verdienten Überhangprovisionen und kann in diesem Fall auch einen Ausgleichsanspruch geltend machen⁵⁹⁾.

Zu beachten ist hier allerdings, dass das VU einen Ausgleich nur für den Verzicht auf jene Überhangprovisionen zahlen muss, die aus Versicherungsverträgen mit *neu zugeführten* Kunden stammen. Hat der VV einem Versicherungsnehmer, der bereits vor Beginn seines Vertreterverhältnisses Kunde des VU war, einen neuen Versicherungsvertrag vermittelt, dann wären die Überhangprovisionen aus diesem Versicherungsvertrag, sofern darauf ab Vertragsende verzichtet wurde, nicht ausgleichsfähig. Dies folgt daraus, dass nach der derzeitigen Rechtslage in Österreich nur Provisionsverluste aus Geschäften mit neu zugeführten Stammkunden bzw. „intensivierten“ Altkunden ausgleichspflichtig sind⁶⁰⁾.

5. Neue Kunden oder neue Versicherungsverträge ausgleichspflichtig?

Nach § 24 HVertrG sind nur Provisionsverluste aus Geschäften mit neu zugeführten *Kunden* bzw. so genannten „intensivierten“ Altkunden⁶¹⁾, dh solche, deren bereits bestehende Geschäftsverbindung zum Unternehmer wesentlich erweitert wurde, ausgleichsfähig. Außerdem ist es für das Entstehen eines Ausgleichs erforderlich, dass mit diesem neu zugeführten Kunden eine beständige Geschäftsverbindung entstanden ist, er also durch wiederholte Geschäftsabschlüsse zum *Stammkunden* geworden ist. Schließlich ist für das Entstehen eines Ausgleichs auch noch erforderlich, dass der neu zugeführte Stammkunde auch bei Beendigung des Vertrages zwischen VV und VU immer noch Kunde des VU ist.

Die Anspruchsvoraussetzung „Zuführung neuer Stammkunden“ wäre daher nur dann erfüllt, wenn ein neu zugeführter Kunde mit dem VU zumindest zwei Versicherungsverträge, entweder in unmittelbarer Aufeinanderfolge oder aber zur Deckung verschiedener Risiken⁶²⁾, abgeschlossen hat.

Da es für den VV schwierig sein dürfte, dem VU durch den wiederholten Abschluss von Versicherungsverträgen mit demselben Kunden *Stammkunden* neu zuzuführen, stellt sich die Frage, ob

entgegen den klaren Wortlaut des Gesetzes die Vermittlung neuer *Versicherungsverträge*, auch mit Altkunden, ausgleichspflichtig ist. In Deutschland ist ja – wie bereits eingangs dargestellt – nach der insoweit vom Warenvertreter abweichenden gesetzlichen Regelung⁶³⁾ *ausschließlich* die Vermittlung neuer *Versicherungsverträge*, und zwar gleichgültig, ob mit neu zugeführten Einmalkunden, neu zugeführten Stammkunden oder mit Altkunden ausgleichsfähig; im zuletzt genannten Fall ist es für das Entstehen eines Ausgleichs auch gerade nicht erforderlich, dass die bereits bestehende Geschäftsverbindung wesentlich erweitert wurde. *Jabornegg*⁶⁴⁾ vertrat für Rechtslage zur Vorgängerbestimmung des § 24 HVertrG – allerdings ohne nähere Begründung – die Auffassung, dass es sachgerecht sei, nicht nur auf die Zuführung von Kunden, sondern auch auf die Vermittlung bzw. den Abschluss neuer Versicherungsverträge – auch mit „alten“ Kunden – abzustellen. Nicht angebracht erscheine es aber, so wie in Deutschland *ausschließlich* auf die Vermittlung neuer *Versicherungsverträge* abzustellen, da die §§ 7⁶⁵⁾ und 8⁶⁶⁾ HVG 1921 durchaus analog anzuwenden seien.

Zur Lösung der Frage muss man sich erneut die Funktion des Ausgleichsanspruchs nach der derzeit geltenden österreichischen Rechtslage vor Augen halten: er soll den Aufbau neuer, dauerhafter Geschäftsverbindungen durch den Handelsvertreter, nicht aber das einzelne Geschäft vergüten. Besteht bereits eine Geschäftsverbindung zwischen Unternehmer und Kunden und vermittelt der Handelsvertreter im Rahmen dieser bereits bestehenden Geschäftsverbindung ein neues Geschäft, dann erhält er dafür zwar eine Provision, das Geschäft ist aber bei der Berechnung des Ausgleichs nicht zu berücksichtigen, weil eben keine neue Geschäftsverbindung, also kein über das einzelne Geschäft hinausreichender Mehrwert für den Unternehmer entstanden ist. Nichts anderes kann aber für den VV gelten. Vermittelt er den Abschluss eines neuen Vertrages zwischen seinem VU und einem Versicherungsnehmer, der bereits Kunde des VU ist, dann schafft der VV durch die Vermittlung dieses Geschäfts keinen über dieses Geschäft hinausreichenden erheblichen Vorteil mehr für das VU.

Dies bringt – zugegeben – dort Probleme, wo der VV einem Kunden des VU einen neuen Versicherungsvertrag vermittelt. Hat hier der VV auf die nach Vertragsende entstehenden Überhangprovisionen verzichtet, gebührt ihm dafür auch kein Ausgleich. Denn er erleidet diese Provisionsver-

⁵⁸⁾ „Soweit nichts anderes vereinbart ist, gebührt . . .“; § 8 Abs 2 HVertrG.

⁵⁹⁾ Zur Berücksichtigung von Überhangprovisionen bei der Berechnung des Ausgleichs siehe erst jüngst OGH 17. 12. 2002, 6 Ob 170/02x.

⁶⁰⁾ Nocker, Ausgleichsanspruch Rz 364 mwN, 370.

⁶¹⁾ Nocker, Ausgleichsanspruch Rz 310 ff mwN.

⁶²⁾ Nach der österreichischen Rechtslage sind „Folgeschäfte“ nicht nur solche „gleicher Art“, so dass hier wohl auch Versicherungsverträge, die ein anderes Risiko decken sollen, darunter fallen.

⁶³⁾ § 89b Abs 5 dHGB.

⁶⁴⁾ *Jabornegg*, DRdA 1985, 85 mit der Begründung, dass die §§ 7, 8 HVG 1921 analog auch auf Vertragsverhältnisse von VV anzuwenden seien, so dass es auch nicht tätigkeitsbedingte Provisionen für angeworbene Versicherungsnehmer gäbe.

⁶⁵⁾ Entspricht § 8 Abs 3 HVertrG über die Folgeprovision bzw. die Kundenschutzprovision.

⁶⁶⁾ Entspricht § 8 Abs 4 HVertrG über die „Bezirksprovision“.

luste nicht aus Geschäften mit neu zugeführten Kunden. Auch beim Warenvertreter wäre die Situation rechtlich nicht anders zu beurteilen: Hat der Warenvertreter zulässigerweise auf Überhangprovisionen verzichtet, dann könnten nur jene Überhangprovisionen bei der Berechnung des Ausgleichs berücksichtigt werden, die aus Geschäften mit neu zugeführten Stammkunden oder intensivierten Altkunden stammen. Außer Betracht haben daher jene Überhangprovisionen zu bleiben, die für Geschäftsabschlüsse mit nicht ausgleichspflichtigen Einmalkunden oder nicht intensivierten Altkunden verdient wurden.

6. Ausgleichspflichtige Provisionen

Voraussetzung für das Entstehen eines Ausgleichsanspruchs ist, dass der VV durch die Vertragsbeendigung einen Provisionsverlust erleidet.

Erhält daher der VV für die Vermittlung des Abschlusses eines Versicherungsvertrages eine „echte“⁶⁷⁾ Einmalprovision, dann kann er bei Beendigung seines Vertretervertrages keinen Provisionsverlust erleiden. Solche Geschäfte sind daher bei der Rohausgleichsberechnung nicht zu berücksichtigen. Von einer echten Einmalprovision kann aber wohl nur dann gesprochen werden, wenn eine Rückbelastung der Provision bei vorzeitiger Auflösung des auf mehrere Jahre abgeschlossenen Vertrages nicht in Betracht kommt⁶⁸⁾.

Nach der hM sind auch beim Warenvertreter nur jene Provisionsteile ausgleichsfähig, die für die vermittelnde Tätigkeit, dh die Zuführung neuer Stammkunden und die wesentliche Erweiterung bereits bestehender Geschäftsverbindungen, gezahlt werden. Nicht ausgleichsfähig und damit bei der Berechnung des Rohausgleichs⁶⁹⁾ nicht zu berücksichtigen ist daher jener Anteil, den der Unternehmer dem Warenvertreter für dessen „verwaltende“ Tätigkeit zahlt. Zur verwaltenden Tätigkeit gehören beim Warenvertreter zB die Pflege der Kundenadressen, die Abwicklung von Gewährleistungs- und Garantieansprüchen der Kunden, das Inkasso, sofern es nicht ohnehin durch eine eigens bezeichnete Inkassoprovision vergütet wird, die Lagerhaltung oä. Beim typischen Warenvertreter, dem vom Unternehmer nicht gerade ein großer Kundenstock zur weiteren Betreuung überlassen wurde, spielt diese verwaltende Tätigkeit im Vergleich zur „werbenden“ Tätigkeit eine untergeordnete Rolle. Versuche in der Praxis, diesen Anteil der verwaltenden Tätigkeit und damit die Höhe der Vermittlungsprovision – im Unterschied zur

Verwaltungsprovision – bereits im Vertrag festzuschreiben, wurde von der Rsp als Umgehung des zwingenden Ausgleichsanspruchs insoweit unterbunden, als diese Aufteilung nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprach⁷⁰⁾.

Auch für den VV kann nichts anderes gelten; auch bei diesem ist nur der für die Vermittlung gezahlte Anteil an der Provision ausgleichspflichtig⁷¹⁾. In den Verträgen – zumeist in den Provisionsvereinbarungen – zwischen VV und VU findet man immer wieder den Versuch, die dem VV zu zahlende Provision in Abschluss- und Folge- bzw. Betreuungsprovisionen aufzuteilen. Damit soll offensichtlich erreicht werden, dass nur ein kleiner Teil der dem VV gezahlten Provision als erfolgsabhängige Vermittlungs- bzw. Abschlussprovision nach Vertragsende fortgezahlt oder einer allfälligen Ausgleichsberechnung zu Grunde zu legen ist. Dass die Rsp sich an solche vertraglich vereinbarten Aufteilungen nicht gebunden fühlt, wurde bereits erwähnt. Für die richtige Aufteilung wird in den meisten Fällen auf den Einzelfall abzustellen sein: abhängig davon, ob es sich um einen „kleinen“ VV oder aber eine „Generalagentur“ eines VU handelt, wird der Umfang der Verwaltungsaufgaben und der darauf entfallende Anteil an der Gesamtvergütung auch unterschiedlich groß sein. Bei richtiger Betrachtung wird jener Anteil an der Gesamtvergütung, der für die erfolgreiche Vermittlung des Abschlusses eines Versicherungsvertrages gezahlt wird, allerdings immer den größten Teil ausmachen⁷²⁾. Denn die VU zahlen nicht für die Tätigkeit des VV, sondern für dessen Erfolg, dh letztlich den Abschluss eines Versicherungsvertrages⁷³⁾. Betreut der VV nach Abschluss eines Versicherungsvertrages – vereinbarungswidrig – nicht mehr diesen Kunden, zahlt dieser aber dennoch laufend die Folgeprämien, dann erhält der VV trotzdem seine Folge- oder „Bestandspflegeprovisionen“. Die Zahlung der Folgeprämien durch den Versicherungsnehmer stellt nur eine laufende „Ausführung“ des Geschäfts iSd § 9 Abs 1 Z 3 HVertrG durch den Kunden dar, so wie bei einem von einem Warenvertreter vermittelten Sukzessivlieferungs- oder Bezugsvertrag die Zahlung der einzelnen Lieferungen. Auch bei stillschweigender Verlängerung des Versicherungsvertrages nach § 8 Abs 1 VersVG wirkt die ursprüngliche vermittelnde Tätigkeit ursächlich weiter⁷⁴⁾. Und Mitursächlichkeit genügt regelmäßig für das Entstehen des Provisionsanspruchs. Da bei Abschluss eines Versicherungsvertrages oft ungewiss sein wird, wie lange dieser besteht, steht zu diesem Zeitpunkt auch die Höhe der Provision, die für die erfolgreiche Vermittlung des Versiche-

⁶⁷⁾ *Trinkhaus*, Versicherungsvermittlung 201 ff: Eine solche liegt dann vor, wenn aus den Prämien der dem ersten Versicherungsjahr folgenden Versicherungsperioden weitere Provisionen nicht gezahlt werden oder vereinbart sind.

⁶⁸⁾ *Trinkhaus*, Versicherungsvermittlung 210.

⁶⁹⁾ Bei der Ermittlung des Höchstbetrags nach § 24 Abs 4 HVertrG sind diese nach der hM hingegen schon zu berücksichtigen; zB BGH 19. 11. 1970, VII ZR 47/69 = VersR 1971, 265 mit Anm Höft.

⁷⁰⁾ BGH 10. 7. 2002, VIII ZR 58/00 = BB 2002, 2151.

⁷¹⁾ StRsp seit BGH 4. 5. 1959, II ZR 81/57 = VersR 1959, 427; Höft, Nochmals: Kein Ausgleichsanspruch (§ 89b HGB) des Versicherungsververtreters für Inkasso- und sonstige Verwaltungsprovisionen, VersR 1970, 97.

⁷²⁾ So auch *Auer*, DRdA 1975, 21.

⁷³⁾ *Trinkhaus*, Versicherungsvermittlung 216.

⁷⁴⁾ *Trinkhaus*, Versicherungsvermittlung 217 mwN.

rungsvertrags zu zahlen ist, noch nicht fest. Dies ist bei Bezugsverträgen, die von Warenvertretern vermittelt werden, nicht anders. Da diese Geschäfte erst mit Zahlung der bezogenen Leistungen „ausgeführt“ werden, entsteht auch der Anspruch auf die anteilige Vermittlungsprovision erst zu diesen Zeitpunkten⁷⁵⁾. Wäre die Folge- oder „Bestandpflegeprovision“ tatsächlich nur tätigkeitsbedingte Verwaltungsprovision, dann müsste sie wohl unabhängig vom Fortbestehen der einzelnen Versicherungsverträge, dh unabhängig von der Dauer und der Höhe der eingehenden Folgeprämien gezahlt werden, sofern sich der VV nur um die Erhaltung des Bestands bemüht. Hängt hingegen die Bestandpflegeprovision – so wie regelmäßig in der Praxis – von der Dauer und der Höhe der eingehenden Folgeprämien ab, dann handelt es sich dabei um eine Erfolgsvergütung für die Fortwirkung des ursprünglichen Vermittlungserfolgs⁷⁶⁾. Denn dann zählt allein der Erfolg, und nicht das Bemühen.

Tatsächlich wird die Verwaltungstätigkeit, also jene Tätigkeit, die nicht auf den Erhalt bestehender oder die Vermittlung neuer Versicherungsverträge gerichtet ist⁷⁷⁾, beim typischen⁷⁸⁾ VV nur einen geringen Teil seiner gesamten Tätigkeit ausmachen⁷⁹⁾. Dazu zählen im Wesentlichen das in der Praxis ohnehin eher selten anzutreffende Inkasso, die Entgegennahme und Weiterleitung von Änderungsanzeigen sowie die Mithilfe bei der Schadensregulierung⁸⁰⁾. Alle anderen Tätigkeiten zielen entweder auf den Erhalt oder die Verlängerung eines bestehenden Versicherungsvertrages, auf die Erhöhung der Versicherungssumme oder den Abschluss neuer Verträge ab und sind damit vermittelnde Tätigkeit⁸¹⁾.

Was ausgleichspflichtige vermittelnde/werbende und was nicht-ausgleichspflichtige verwaltende Tätigkeit ist, wurde bei anderen Absatzmittlern schon bisher von der Rsp und Lit klar zu Gunsten der werbenden Tätigkeit entschieden. So wird zB das Betreiben und Offenhalten einer Tankstelle⁸²⁾

und die Unterhaltung eines Tanklagers ebenso als werbende Tätigkeit angesehen wie etwa das Unterhalten eines Schauraumes und von Vorführwagen bei einem Kfz-Vertragshändler⁸³⁾. Versuche von Unternehmern, den verwaltenden Anteil an der Vergütung – ausgleichsmindernd – besonders hoch anzusetzen, wurden von der Rsp unterbunden. Die Tätigkeit des VV unterscheidet sich hinsichtlich der Betreuung der Kunden nicht wesentlich von jener des Warenvertreters. So wie der Warenvertreter zu „seinen“ Kunden Kontakt halten wird, um sie zu Folgegeschäften und damit zur *Fortführung* der Geschäftsverbindung zu animieren, wird auch der VV „seine“ Kunden regelmäßig kontaktieren, um sie zB nach Ablauf der Bindungsfrist des § 8 Abs 3 VersVG von der Ausübung des Kündigungsrechts abzuhalten und zur *Fortführung* des Versicherungsvertrages zu überzeugen. Wodurch unterscheidet sich aber die Betreuungstätigkeit des Warenvertreters, die darauf abzielt, dass der Kunde Folgegeschäfte tätigt, von der Betreuungstätigkeit des VV, die darauf gerichtet ist, dass der Versicherungsnehmer – zB bei sich automatisch verlängernden Versicherungsverträgen nach § 8 Abs 1 VersVG – weiterhin am Vertrag festhält? Hat der Warenvertreter Erfolg und schließt der von ihm gebrachte Kunde Folgegeschäfte ab, dann erhält der Warenvertreter dafür weitere Provisionen; hat der VV Erfolg und macht der Versicherungsnehmer von seiner Kündigungsmöglichkeit keinen Gebrauch, dann erhält der VV dafür seine – von der Zahlung der Folgeprämien abhängigen – Folgeprovisionen. Sowohl beim Warenvertreter – hier unstrittig – als auch beim VV ist daher die für die Betreuung oder „Pflege“ des Kundenstamms gezahlte Provision eine erfolgsbedingte Vergütung⁸⁴⁾: Ohne erfolgreiche Betreuung wird beim Warenvertreter der Kunde keine Folgegeschäfte abschließen und damit der Warenvertreter keine Folgeprovisionen verdienen; und ohne erfolgreiche Betreuung wird beim VV der Versicherungsnehmer von seinem Kündigungsrecht eher früher als später Gebrauch machen und damit der VV keine Folgeprovisionen mehr erhalten.

VI. Ergebnis

Bei analoger Anwendung des § 24 HVertrG auf selbstständige VV hat der VV Anspruch auf Ausgleich einerseits für Provisionsverluste, die er aus Versicherungsverträgen erleidet, die nach Ende des Vertretervertrages mit von ihm neu zugeführten Stammkunden oder „intensivierten“ Altkunden abgeschlossen werden („Folgegeschäfte“); andererseits hat der VV aber auch Anspruch auf Ausgleich für solche Überhangprovisionen, die für den Abschluss von Versicherungsverträgen mit den von ihm neu zugeführten Stammkunden bzw „intensivierten“ Altkunden vom VU gezahlt

⁷⁵⁾ Nach § 9 Abs 1 Z 3 HVertrG entsteht der Anspruch auf Provision „wenn und soweit“ der Dritte das Geschäft durch Erbringen seiner Leistung ausgeführt hat.

⁷⁶⁾ Dazu sehr ausführlich OGH 4. 3. 1986, 14 Ob 13/86; Auer, DRdA 1975, 21.

⁷⁷⁾ Dazu gehören sicherlich auch sämtliche Bemühungen, bestehende Versicherungsverträge an die geänderten – zumeist gestiegenen – Anforderungen anzupassen bzw den Versicherungsnehmer davon abzuhalten, zB von der Kündigungsmöglichkeit des § 8 Abs 3 VersVG Gebrauch zu machen.

⁷⁸⁾ Bei großen Versicherungsagenturen wird der Verwaltungsanteil wahrscheinlich höher liegen, wenn der Versicherer diese Aufgaben auf die Agentur ausgelagert hat.

⁷⁹⁾ So auch *Trinkhaus*, Versicherungsvermittlung 218.

⁸⁰⁾ OGH 4. 3. 1986, 14 Ob 13/86.

⁸¹⁾ Auer, DRdA 1975, 21.

⁸²⁾ OGH 28. 3. 2002, 8 ObA 290/01g = RdW 2003, 86; OGH 28. 3. 2002, 8 ObA 299/01f = ASoK 2003, 91; der BGH 10. 7. 2002, VIII ZR 58/00 = BB 2002, 2151 zählte beim Tankstellenhalter sogar das Inkasso zur werbenden Tätigkeit.

⁸³⁾ Nocker, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers, *ecolex spezial* 2003, 173 ff.

⁸⁴⁾ AA aber zB *Küstner*, Grundsätze Rz 233 ff mwN zur dRsp.

werden müssten, hätte der VV nicht darauf im Vertrag wirksam verzichtet.

Nicht ausgleichspflichtig sind hingegen echte Einmalprovisionen, da bei Zahlung solcher Einmalprovisionen der VV durch die Vertragsbeendigung keinen Provisionsverlust erleidet.

Bemessungsgrundlage für die Berechnung des *Rohausgleichs* ist der für die Vermittlung gezahlte

Anteil an der Gesamtvergütung, wobei der auf die Verwaltung entfallende Anteil regelmäßig gering sein wird. Für die Berechnung des *Höchstbetrags* nach § 24 Abs 4 HVertrG im Ausmaß einer Jahresvergütung sind hingegen sämtliche Provisionen, auch der auf die verwaltende Tätigkeit entfallende Anteil und sonstigen Vergütungen zu berücksichtigen.