

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 652

Ein Handelsvertreter kann nicht zugleich für den
geworbenen Kunden als Makler tätig werden und für
das vermittelte Geschäft Provision verlangen.

BGH, Urt. v. 23. November 1973 - IV ZR 34/73 - OLG Celle
LG Lüneburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 34/73

URTEIL

Verkündet am
23. November 1973
Hellmann,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Immobilienmaklers Wilhelm J [REDACTED] in L [REDACTED],
S [REDACTED]straße ●,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Landwirt Gustav Joachim R [REDACTED] in L [REDACTED],
Kreis L [REDACTED], Haus Nr. ●,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1973
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hauß und die Rich-
ter Professor Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt
und Dr. Bukow

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Celle vom 23. Januar 1973 wird zurückge-
wiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Revi-
sion.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war auf Grund eines Vertrages vom
11. Mai 1969 als Handelsvertreter für den Architekten
R. tätig, der Typenhäuser zu Festpreisen errichtete
und hierfür Abnehmer suchte. Er erhielt von R. für
jeden erlangten Auftrag eine Provision in Höhe von 4 %
des Festpreises zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer.

Am 12. Juli 1970 verhandelte der von dem Makler
J. begleitete Beklagte mit dem Kläger wegen der Er-
richtung eines solchen Typenhauses auf einem vorhande-
nen Baugrundstück. Der Kläger bestellte bei R. auf



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



einem Vordruck ein Eigenheim zum Festpreis von 58 830,-- DM zuzüglich 8 900,-- DM für Garage und Heizungsraum, mithin zum Gesamtpreis von 67 730,-- DM. Zugleich unterzeichnete er eine "Courtage-Rechnung" des Beklagten über 5 108,12 DM zuzüglich 561,88 DM Mehrwertsteuer, insgesamt 5 670,-- DM. Die Rechnung enthielt die Bestimmung: "Dieser Betrag ist im Festpreis enthalten". Der Beklagte ließ jedoch bei dem Kläger einen nur Zahlen aufweisenden Notizzettel zurück, auf dem er zunächst wie in dem Kaufantrag den Festpreis von 58 830,-- DM und die 8 900,-- DM für Sonderleistungen zu 67 730,-- DM zusammengerechnet, dann aber den Betrag der Courtage-Rechnung mit 5 670,-- DM hinzuaddiert und die Endsumme von 73 400,-- DM niedergeschrieben hatte. Der Makler J. [REDACTED] fügte - nach der Behauptung des Beklagten sogleich, nach der Darstellung des Klägers später bei einer verlangten Aufklärung - zwei weitere Additionen hinzu. In der einen rechnete er den von R. [REDACTED] verlangten Festpreis von 58 830,-- DM und den 5 670,-- DM betragenden Courtageanspruch des Beklagten zu 64 000,-- DM zusammen. Zu diesem Betrag hatte der Beklagte das Typenhaus in Zeitungsanzeigen angeboten. In der weiteren Rechnung schlug er den 64 000,-- DM die für Sonderleistungen vereinbarten 8 900,-- DM hinzu und gelangte so ebenfalls zu der vom Beklagten ausgeworfenen Endsumme von 73 400,-- DM.

Der Architekt R. [REDACTED] nahm den Auftrag unter dem 15. Juli 1970 wie im Vordruck vorgesehen zum Gesamtpreis von 67 730,-- DM an. Der Kläger zahlte die Courtage von 5 670,-- DM in voller Höhe an den Beklagten, nachdem dieser den Baubeginn davon abhängig gemacht hatte. Das Haus wurde errichtet. R. [REDACTED] bestand auf der Zahlung des Gesamtpreises von 67 730,-- DM ohne Abzug der an den Beklagten gezahlten Summe mit der Begründung, sein Ver-

treter sei zur Berechnung einer Courtage nicht berechtigt gewesen; er habe den Beklagten wegen seines Verhaltens fristlos entlassen.

Der Kläger hat den Beklagten auf Rückzahlung der geleisteten 5 670,-- DM nebst Zinsen in Anspruch genommen. Er hat sich auf die schriftliche Zusicherung in der Rechnung gestützt, die Courtage sei im Festpreis des erteilten Auftrags enthalten, und abweichende mündliche Vereinbarungen gemäß den Zahlen des Notizzettels, die ihm unverständlich geblieben seien, bestritten.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er hat behauptet, mit dem Kläger auf der Grundlage des Preises von 64 000,-- DM (58 830,-- "Restpreis" für Römer und 5 670,-- DM Courtage) verhandelt und abgeschlossen zu haben, zu dem er das Typenhaus mit Billigung R. in seinen Anzeigen angeboten und in etwa zwanzig Fällen auch verkauft habe. Der Preis habe sich um 8 900,-- DM für die Sonderleistungen auf insgesamt 73 400,-- DM erhöht, wie auf dem Notizzettel errechnet. Dem Kläger sei dieses Zahlenwerk vor der Unterzeichnung der Urkunden eingehend erläutert worden; er sei einverstanden gewesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Berufungsgericht hat ihr bis auf eine Kürzung des Zinsanspruchs stattgegeben. Der Beklagte begehrt mit der zugelassenen Revision die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der Kaufpreis in dem Kaufantrag als Festpreis und die Courtage in der Rechnung des Beklagten als Bestandteil des Festpreises bezeichnet worden ist. Es hat Bedenken getragen, auf Grund des Beweisergebnisses festzustellen, der Kläger sei vor der Unterzeichnung dieser beiden Schriftstücke darüber aufgeklärt worden, daß er entgegen deren Wortlaut die Courtage über den Gesamtkaufpreis von 67 730,-- DM hinaus zu zahlen habe. Das Berufungsgericht hat indessen seine Entscheidung nicht damit begründet, der Beklagte habe den ihm obliegenden Beweis für eine solche vom Text der Urkunden abweichende mündliche Vereinbarung nicht erbracht. Es hat die Frage offen gelassen und der Klage aus der grundsätzlichen Erwägung stattgegeben, der Beklagte sei als Handelsvertreter des Verkäufers nicht in der Lage gewesen, Maklerpflichten gegenüber dem Käufer zu übernehmen und ordnungsgemäß zu erfüllen; daher könne er keine Maklerprovision beanspruchen und müsse den empfangenen Betrag als ungerechtfertigte Bereicherung zurückerstatten.

Dieser Ansicht des Berufungsgerichts, die ihm Anlaß zur Zulassung der Revision gegeben hat, ist zuzustimmen.

Die Revision kann dem Ergebnis nicht mit der Rüge entgehen, der Beklagte sei zu Unrecht als Handelsvertreter des Architekten R. angesehen worden. Die Feststellung ist im unstreitigen Tatbestand des Berufungsurteils enthalten; eine Berichtigung ist nicht beantragt worden. Sie beruht auf dem ausdrücklichen, übereinstimmenden Vortrag der Parteien. Der Beklagte hat

ausgeführt, sein Vertrag mit R [REDACTED] sei dahin gegangen, daß er als dessen Vertreter für vier namentlich bezeichnete Landkreise tätig werden sollte. Der Kläger hat sich - insoweit unwidersprochen - auf ein Schreiben R [REDACTED] bezogen, in dem dieser den Beklagten an zwei Stellen als seinen Handelsvertreter bezeichnet hat. Diese Vertreterstellung des Beklagten im Verhältnis zu R [REDACTED] ist unter den Parteien niemals streitig gewesen; aus diesem Grunde ist sie als unstreitig im Tatbestand festgestellt worden. Hierin liegt der wesentliche Unterschied gegenüber der von der Revision angezogenen Entscheidung BGH LM HGB § 84 Nr. 6 (= MDR 1972, 230 = WM 1972, 191). In dem dort behandelten Fall war es umstritten, ob der Beklagte nach der ausgeübten Tätigkeit als Handelsvertreter anzusehen war; das Berufungsgericht hatte die Frage ohne ausreichende tatsächliche Grundlage bejaht. Von einer solchen fehlsamen Tatsachenwürdigung kann hier, wo die Feststellung auf dem übereinstimmenden Parteivortrag beruht, keine Rede sein.

Das Berufungsgericht hatte auch keinen Anlaß, eine rechtsirrige Verwendung der Begriffe "Vertreter" bzw. "Handelsvertreter" durch die Parteien für möglich zu halten und deshalb nach § 139 ZPO entsprechende Fragen zu stellen. Der Beklagte ist Immobilienmakler. Er hat seine Vertretereigenschaft im Verhältnis zu R [REDACTED] und seine Maklertätigkeit in bezug auf die Käufer ausdrücklich getrennt und einander gegenübergestellt. Die Fähigkeit zu dieser Unterscheidung durfte bei ihm auf Grund seines Berufes vorausgesetzt werden. Überdies sprachen, anders als in dem von der Revision herangezogenen Fall, die tatsächlichen Umstände dafür, daß der Beklagte seine Stellung rechtlich zutreffend eingeordnet

hatte. Die räumliche Beschränkung seines Wirkungskreises im Vertrag mit R. auf einen genau festgelegten Bezirk war kennzeichnend für eine Vertretertätigkeit. Der vom Beklagten selbst hervorgehobene, weitere Einsatz bei der Verwirklichung der abgeschlossenen Verträge durch die teilweise Übernahme von Aufgaben, die der Architekt als Unternehmer zu erfüllen hatte, sprach ebenfalls gegen das Vorliegen eines Maklerauftrags und für ein Vertreterverhältnis. Schließlich kann die Revision dem Berufungsgericht einen Verstoß gegen § 139 ZPO nicht deshalb vorwerfen, weil es hätte erkennen müssen, daß der Beklagte der Unterscheidung zwischen einer Vertreter- und einer Maklertätigkeit für R. keine Bedeutung beimaß und deshalb seinen Vortrag nicht hierauf einrichtete. Spätestens seit das Landgericht in seinem Urteil Erwägungen darüber angestellt hatte, ob die Stellung als Handelsvertreter den Abschluß eines Maklervertrages mit dem Kläger zuließ, war der anwaltlich beratene Beklagte über die mögliche Bedeutung dieses Umstandes unterrichtet. Die ihm günstige Beurteilung durch das Landgericht enthob ihn nicht der Notwendigkeit, seine bisher zugrunde gelegte Vertreterereigenschaft nunmehr ausdrücklich und von sich aus zu bestreiten, wenn er sie nicht für gegeben hielt und deshalb nicht weiterhin gelten lassen wollte. Das Berufungsgericht hatte keinen Anlaß zu einem entsprechenden Hinweis.

Nach alledem ist die Feststellung im unstreitigen Tatbestand des Berufungsurteils, daß der Beklagte als Handelsvertreter des Architekten R. tätig war, für das Revisionsgericht nach §§ 341, 561 ZPO bindend.

Trat der Beklagte aber als Handelsvertreter für den einen Teil des Werklieferungsvertrages auf, so konnte er von dem anderen Teil keine Maklerprovision für das Zustandebringen dieses Vertrages verlangen. Der Anspruch auf Maklerlohn setzt eine Maklerleistung im Sinne von § 652 Abs. 1 BGB voraus. Eine dieser Bestimmung entsprechende Maklertätigkeit kann immer nur vorliegen, wenn der Hauptvertrag durch den Nachweis oder die Vermittlung des Maklers mit einem Dritten geschlossen wird. Deshalb ist der Maklervertrag als nicht erfüllt anzusehen, wenn das erstrebte Geschäft zwischen dem Auftraggeber und dem Makler selbst abgeschlossen wird. Der erkennende Senat hat diesen in der Rechtsprechung feststehenden Grundsatz dahin erweitert, daß er auch dann gilt, wenn zwischen dem Makler und dem Geschäftspartner seines Auftraggebers eine wirtschaftliche Verflechtung besteht, durch die er an dem abgeschlossenen Geschäft in erheblichem Maße mitbeteiligt wird (LM BGB § 652 Nr. 41 = NJW 1971, 1839; ferner NJW 1973, 402).

Im Sinne dieser Rechtsprechung ist auch ein Unternehmer, der durch einen Handelsvertreter Geschäfte vermitteln oder abschließen läßt, für seinen Vertragspartner kein Dritter, zu dem der Handelsvertreter die Verbindung durch eine Maklertätigkeit nach § 652 Abs. 1 BGB herstellen könnte. Dem Kunden treten der Unternehmer und der für ihn tätige Handelsvertreter von vornherein als die andere Seite gegenüber, mit der es über das abzuschließende Geschäft einig zu werden gilt. Der Handelsvertreter ist als solcher zwar weder wirtschaftlich noch rechtlich an dem gewünschten Vertrag beteiligt, dessen Wirkungen allein den Unternehmer treffen. Er tritt jedoch an Stelle des Unternehmers auf und hat

ausschließlich dessen Interessen wahrzunehmen. Er muß seine gesamte Tätigkeit in Erfüllung dieser eingegangenen Verpflichtung entfalten. Das schließt es aus, in ihr zugleich einen Maklerdienst für den anderen Teil zu sehen. Der Handelsvertreter ist rechtlich außerstande, mit der Vermittlung oder dem Abschluß des Geschäfts gleichzeitig eine Maklerleistung für den Kunden zu erbringen. Denn er ist nicht in der Lage, dessen Belange gegenüber dem Unternehmer zu wahren, wie es das durch einen Maklervertrag begründete Treue- und Vertrauensverhältnis erfordern würde. Bei jedem Widerstreit der Interessen müßte er sich als Vertreter des Unternehmers auf dessen Seite stellen. Angesichts dieser grundlegenden Unmöglichkeit einer gleichzeitigen Maklerstellung kann es nicht darauf ankommen, ob im Einzelfall ein Interessenkonflikt zu besorgen ist. Die Erwartung, daß der Handelsvertreter nicht in die Lage kommen werde, sich entsprechend seiner Bindung an den Unternehmer entgegen den Interessen des Kunden verhalten zu müssen, macht ihn nicht zu dessen Makler tauglich.

Auch der Beklagte konnte dem Kläger die vorgebliehen, gemäß der "Courtage-Rechnung" zu vergütenden Maklerdienste nicht leisten und hat sie nicht geleistet. Er hat sich, wie das Berufungsgericht dargelegt hat, dem Kläger gegenüber lediglich den Anschein gegeben, als könne er in dessen Interesse hinsichtlich des mit Römer abzuschließenden Vertrages eine vermittelnde Tätigkeit ausüben. Daß dies nicht zutraf, hat der Beklagte mit seinem eigenen Vortrag eingeräumt, es habe sich bei der Courtage um einen eigenen Aufschlag auf den von R [REDACTED] berechneten Preis gehandelt. Eine solche Verteuerung des Vertragsobjekts hätte jedoch offengelegt werden müssen; der erkennende Senat hat bereits in der angezogenen

Entscheidung LM BGB § 652 Nr. 41 darauf hingewiesen, daß es unstatthaft ist, einen Preisaufschlag durch vorgebliche Maklerdienste zu verschleiern.

Der Sonderfall einer Provisionszusage in voller Kenntnis der erörterten Umstände liegt hier nicht vor. Der Kläger hat bei der Unterzeichnung und Begleichung der "Courtage-Rechnung" unstreitig geglaubt, eine mit dem Geschäft verbundene Maklerleistung des Beklagten vergüten zu müssen. Da der Beklagte eine solche nicht erbracht hat, fehlt der Leistung des Klägers der rechtliche Grund. Das Berufungsgericht hat den Beklagten daher zutreffend zu ihrer Herausgabe nach § 812 Abs. 1 BGB verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten war als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Hauß

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow