



31

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 200/79

### URTEIL

Verkündet am

4. Dezember 1981  
Schwarz  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma B [REDACTED] & Co., vertreten durch die Norde GmbH,  
diese vertreten durch den Geschäftsführer Hardy B [REDACTED],  
U [REDACTED] Weg [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Wolfgang J [REDACTED], S [REDACTED], H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und  
[REDACTED] -

31

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Zülch, Dr. Erdmann und Dr. Teplitzky

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg, 12. Zivilsenat, vom 9. Januar 1979 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand

Die Beklagte betätigt sich als Grundstücksmaklerin. Der Kläger war bei ihr aufgrund eines schriftlich abgeschlossenen "Mitarbeitervertrags" vom 1. März 1973 als "freier Mitarbeiter" auf Provisionsbasis tätig. Sein Arbeitsbereich umfaßte nach § 1 des Vertrags "alle Aufgaben, die ein Immobilienmakler auszuführen hat". Mündlich war zusätzlich vereinbart, daß der Kläger vor allem in der H[REDACTED] Innenstadt tätig werden sollte. Nach § 7 des Vertrags war dem Kläger jede Nebentätigkeit untersagt. Die Provisionsregelung des § 2 des Vertrags hat folgenden Wortlaut:



"Der Mitarbeiter erhält von den durch ihn während seiner Tätigkeit für die Firma zum Abschluß kommenden Geschäften 30 % der eingehenden Provision, excl. Mehrwertsteuer. Im Falle eines Ausscheidens aus der Firma kann aus angebahnten Geschäften, selbst wenn sie absolut abschlußreif sind, kein Provisionsanteil gefordert werden. Dafür wird er in Verhandlungen, die bei seinem Eintritt bestehen, eingeschaltet."

Der Kläger hatte 1976 mehrere größere Objekte vorbereitet. Darunter befand sich der Kauf eines Grundstücks der Hamburger Wasserwerke durch die A [REDACTED] L [REDACTED] Versicherung.

Mit Schreiben vom 6. August 1976 kündigte die Beklagte den "Mitarbeitervertrag" mit dem Kläger fristlos. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger alle für das Zustandekommen des Kaufvertrags zwischen der A [REDACTED] und den Wasserwerken erforderliche Maklertätigkeit bereits geleistet. Die notarielle Beurkundung des Kaufvertrags zwischen den Wasserwerken und der A [REDACTED] erfolgte am 19. Oktober 1976. Der Kaufpreis betrug 9 Mio. DM. Die Allianz zahlte an die Beklagte 360.000,-- DM nebst 11 % Mehrwertsteuer an Courtage.

Der Kläger, der der fristlosen Kündigung widersprochen und der Beklagten erfolglos seine weitere Mitarbeit angeboten hatte, hat geltend gemacht, ihm würden 30 % des der Beklagten an Courtage zugeflossenen Betrags, also 108.000,-- DM zustehen. Er hat vorgetragen:

Es habe keine Gründe für die fristlose Kündigung durch die Beklagte gegeben. Die Beklagte habe nur gekündigt, um ihn um seinen Provisionsanspruch und damit um die Früchte seiner mehrjährigen Tätigkeit zu bringen; es sei von Anfang an klar gewesen, daß Abschlüsse von Verträgen über Grundstückskäufe in der H[REDACTED] Innenstadt einer langen Vorbereitung bedürften. Außer dem Abschluß des Kaufvertrags zwischen der A[REDACTED] und den Wasserwerken seien bei seinem Ausscheiden als Ergebnis seiner Tätigkeit einige weitere Großobjekte in die Nähe eines Abschlusses gerückt gewesen. Der Provisionsausschluß nach § 2 Satz 2 des Vertrags sei nicht durch die Regelung des Satz 3 des § 2 gerechtfertigt. Denn laufende Verhandlungen habe es bei seinem Eintritt bei der Beklagten nicht gegeben; auch habe er gerade die Aufgabe gehabt, größere und größte Objekte überhaupt erst zu akquirieren.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht: Die fristlose Kündigung sei vor allem durch vertragswidriges Verhalten des Klägers gerechtfertigt gewesen. Gegen § 2 Satz 2 des Vertrags könnten keine Bedenken geltend gemacht werden. Auch habe der Kläger die H[REDACTED] Innenstadt nicht neu akquiriert, sondern vielmehr auch auf diverse bestehende Vorgänge bei der Beklagten zurückgreifen können.

Der Kläger hat zunächst 119.880,-- DM (108.000,-- DM nebst 11 % Mehrwertsteuer) eingeklagt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsrechtszug hat der Kläger die Klage in Höhe des Mehrwertsteuerbetrags von 11.880,-- DM zurückgenommen und beantragt,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an ihn 108.000,-- DM nebst 7,5 % Zinsen seit dem 24. November 1976 zu zahlen.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts geändert und der Klage im nunmehr geltend gemachten Umfang mit Ausnahme einer Einschränkung beim Zinsantrag stattgegeben.

Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat der Klage aus § 2 Satz 1 des "Mitarbeitervertrags" stattgegeben. Dabei hat es dahingestellt sein lassen, ob die fristlose Kündigung durch die Beklagte gerechtfertigt war. Es hat die Auffassung vertreten, daß die Beklagte dem Provisionsanspruch des Klägers nicht § 2 Satz 2 des Vertrags entgegenhalten könne; daran ändere auch § 2 Satz 3 des Vertrags nichts. Dazu hat es ausgeführt: Die Tätigkeit des Klägers für die Beklagte sei die eines Handelsvertreters gewesen. Der Kläger sei jedoch nicht

selbständig im Sinn des § 84 Abs. 1 HGB, sondern persönlich von der Beklagten abhängig gewesen. Damit sei der Kläger gem. § 84 Abs. 2 HGB als Angestellter der Beklagten anzusehen. Die Regelung des § 2 Satz 2 des Vertrags wäre deshalb nur dann wirksam, wenn der Kläger bei Beginn seiner Tätigkeit tatsächlich einen Ausgleich für den Ausschluß bei Beendigung des Vertragsverhältnisses bereits erarbeiteter, aber noch nicht fälliger Provisionen erhalten hätte. Das sei jedoch nicht der Fall gewesen.

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

II. Das Berufungsgericht durfte offenlassen, ob die Beklagte zur fristlosen Kündigung berechtigt war. Ohne Rechtsverstoß hat es aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen angenommen, daß der vom Kläger geltend gemachte Provisionsanspruch auch im Falle der Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien vor dem 16. Oktober 1976 aus § 2 Satz 1 des "Mitarbeitervertrags" begründet ist und § 2 Satz 2 des Vertrags dem Anspruch nicht entgegensteht.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Kläger aufgrund des "Mitarbeitervertrags" - seine persönliche Unabhängigkeit zunächst unterstellt - Handelsvertreter war. Das stellt die Revision letztlich nicht in Abrede.

Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, war der Kläger nach den vertraglichen Vereinbarungen verpflichtet, auf Dauer ständig, ausschließlich und planmäßig für die Beklagte Geschäfte zu vermitteln, nämlich für sie Makleraufträge hereinzuholen und Grundstückskauf- und-verkaufsinteressenten unter Vereinbarung eines Courtageanspruchs zusammenzuführen. Danach konnte das Berufungsgericht die Tätigkeit des Klägers als die eines Handelsvertreters ansehen. Der Begriff des Unternehmers im Sinn des § 84 Abs. 1 HGB ist weit auszulegen (BGH v. 21. 1. 1965 - VII ZR 22/63 = BGHZ 43, 108, 110) und umfaßt jeden Gewerbetreibenden (Baumbach/Duden, 24. Aufl., § 84 HGB Anm. 4 A). Ferner ist die Art der zu vermittelnden Geschäfte für die Handelsvertretereigenschaft nicht wesentlich; auch die Mitwirkung beim An- und Verkauf von Grundstücken kann zum Tätigkeitsbereich eines Handelsvertreters gehören (Brüggemann, in Großkomm. zum HGB, 3. Aufl., § 84 Rdn. 3, 7), sofern er zu dieser Mitwirkung aufgrund der getroffenen Vereinbarungen ständig verpflichtet ist (vgl. BGH v. 18. 11. 71 - VII ZR 102/70 = LM Nr. 6 zu § 84 HGB = DB 1972, 36; Brüggemann, a.a.O., Rdn. 2). Daher ist sowohl derjenige selbständige Mitarbeiter eines Immobilienmaklers, der ständig damit betraut ist, für diesen Aufträge hereinzuholen, Handelsvertreter gem. § 84 Abs. 1 HGB (vgl. BGH v. 15. 3. 1978 - IV ZR 77/77 = WM 1978, 708, 710 zu III = BB 1978, 1088, 1090; v. 23. 10. 1980 - IV a ZR 41/80 = WM 1980, 1428, 1430 f), als auch derjenige, der vom Makler darüber hinaus ständig damit betraut ist,

um so den Abschluß eines den Courtageanspruch auslösenden (Haupt-) Vertrags herbeizuführen, die Aufträge auszuführen und dem Auftraggeber die Gelegenheit zum Abschluß des Kaufvertrags nachzuweisen oder den Kaufvertrag zu vermitteln. Demgegenüber beschränkt sich die Tätigkeit eines Untermaklers in der Regel auf das zu vermittelnde Geschäft; ihn trifft im allgemeinen keine Verpflichtung zum Tätigwerden; er schuldet dem Makler nicht, sich ständig um dessen Geschäfte zu bemühen (vgl. RGZ 88, 1, 3; BGH v. 22. 5. 1963 - VIII ZR 254/61 = BB 1963, 835; 28. 2. 1968 - VIII ZR 6/66 = BB 1968, 729; 28. 5. 1969 - IV ZR 788/68, S. 11).

Der Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger sei, seine Selbständigkeit unterstellt, als Handelsvertreter anzusehen, steht nicht entgegen, daß die Parteien ihren Vertrag als "Mitarbeitervertrag" und den Kläger als "freien Mitarbeiter" bezeichnet haben. Maßgebend für die rechtliche Einordnung ist nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung, sondern die vereinbarungsgemäß und tatsächlich ausgeübte Tätigkeit (BGH v. 22. 6. 1972 - VII ZR 36/71 = BGHZ 59, 87, 91; v. 4. 6. 1975 - I ZR 130/73 = LM Nr. 48 zu § 89 b HGB).

2. Ob der Kläger bei seiner Vermittlungstätigkeit als selbständiger Gewerbetreibender tätig wurde, also im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen konnte (§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB), oder ob er diese Tätigkeit ausübte, ohne selbständig zu sein (§ 84 Abs. 2 HGB), ist Tatfrage, über die das

Berufungsgericht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommender Umstände zu entscheiden hatte. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine selbständige Tätigkeit des Klägers im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB verneint hat, lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

Dabei ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß es auch für diese Frage grundsätzlich nicht auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung, sondern vor allem auf das Gesamtbild der vertraglichen Gestaltung und die tatsächliche Handhabung ankommt (BGH aaO; BAG v. 21. 1. 1966 - 3 AZR 183/65 = VersR 1966, 382, 383 r.Sp.). Mit Recht hat es das Berufungsgericht daher als unwesentlich angesehen, daß der Kläger im Vertrag als "freier Mitarbeiter" bezeichnet ist, und entscheidend darauf abgestellt, daß nach der tatsächlichen Durchführung des Vertrags der Kläger die Stellung eines Angestellten bei der Beklagten innehatte. Das hat das Berufungsgericht vor allem daraus hergeleitet, daß der Arbeitsplatz des Klägers sich in den Geschäftsräumen der Beklagten befand, der Kläger alle Korrespondenz nur auf Firmenpapier der Beklagten führte, alle Briefe vom Geschäftsführer der Beklagten unterschrieben wurden, der Geschäftsführer an allen wichtigeren Verhandlungen persönlich teilnahm und der Kläger wie ein Angestellter mehrmals am Tag zum Geschäftsführer gerufen wurde. Das Berufungsgericht hat zusammenfassend festgestellt, die Beklagte habe von dem Kläger das Verhalten eines loyalen und voll in ihre büromäßige Organisation integrierten

Angestellten erwartet und der Kläger habe diesen Erwartungen weitgehend entsprochen.

Diese rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen seine Annahme, daß der Kläger weitgehend seine Aufgaben weder eigenständig noch eigenverantwortlich erledigen konnte. Zwar muß auch der Handelsvertreter dem Unternehmer Rechenschaft ablegen; er ist ferner an seine Weisungen gebunden. Der Kläger unterlag aber bei der Gestaltung seiner Tätigkeit dem Kontroll- und Einflußrecht seines Geschäftsherrn in solch einem Ausmaß, wie es auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Maklergeschäfts mit der Stellung eines Beauftragten als selbständigen Gewerbetreibenden nicht mehr vereinbar ist. In welchem starkem Umfang sich die Beklagte Kontroll- und Weisungsbefugnisse gegenüber dem Kläger vorbehalten hatte, zeigen auch die vom Berufungsgericht herangezogenen §§ 9 Abs. 2 und 12 Abs. 1, 1. Altern. des Vertrags. Nach diesen Bestimmungen sollte die Beklagte berechtigt sein, alle Gespräche des Klägers mitzuhören, mitzuschneiden oder mitzustenografieren (§ 9 Abs. 2), ferner sollte der Kläger verpflichtet sein, an den jeden Morgen in der Firma der Beklagten stattfindenden Arbeitsbesprechungen teilzunehmen (§ 12, 1. Altern.).

Unter den hier gegebenen Umständen konnte das Berufungsgericht auch dem Nebenbeschäftigungsverbot nach § 7 des Vertrags Bedeutung als Indiz für die Unselbständigkeit des Klägers beimessen. Es verstärkte nicht nur die

wirtschaftliche Abhängigkeit des Klägers von der Beklagten (vgl. BGH v. 4. 6. 1975 - I ZR 130/73 = LM Nr. 48 zu § 89 b HGB), sondern sicherte der Beklagten die Möglichkeit der täglichen Einflußnahme auf die Arbeitsleistungen des Klägers.

Der Kläger hat danach im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beklagte kein eigenes, selbständiges Unternehmen geführt. Dem steht § 5 des Vertrags nicht entgegen, nach dem der Kläger "sein Gewerbe anzumelden" hatte. Maßgebend ist insoweit, daß der Kläger kein eigenes Büro, sondern seinen Arbeitsplatz in den Geschäftsräumen der Beklagten hatte, in der Korrespondenz ersichtlich nur die Beklagte in Erscheinung trat und keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß der Kläger bei den mündlichen Kontakten Auftraggebern der Beklagten und Interessenten als selbständiger Unternehmer gegenübergetreten ist.

Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht demgegenüber das Fehlen einer Arbeitszeit- und Urlaubsregelung im Vertrag und die Erfolgsabhängigkeit der Bezahlung des Klägers nicht als so gewichtig angesehen hat, um dennoch die Selbständigkeit des Klägers annehmen zu können. Der Kläger mag weitgehend nicht an feste Bürozeiten gebunden gewesen sein, konnte aber seinem Arbeitsplatz in den Geschäftsräumen der Beklagten nicht beliebig fern bleiben; es war ihm nach dem Vertrag auch nicht die Möglichkeit eingeräumt,

eigene Handelsvertreter oder Angestellte zu beschäftigen und sich durch diese zumindest zeitweise vertreten zu lassen; im Urlaub oder bei sonstiger Abwesenheit war er, wie das Berufungsgericht dem Vertrag rechtsfehlerfrei entnommen hat, verpflichtet, die laufenden Geschäfte einem anderen Mitarbeiter der Beklagten zu übergeben und sich gegebenenfalls mit diesem die Provision zu teilen. Es enthält ebenso keinen Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht dem Umstand, daß der Kläger in Bezug auf seine Einnahmen das Risiko seines Berufs allein trug, keine entscheidende Bedeutung bei der Beurteilung der Selbständigkeit des Klägers beigemessen hat. Im allgemeinen kann allerdings der Erhalt ausschließlich von Provisionen ein deutliches Anzeichen für die rechtliche Selbständigkeit im Sinn des § 84 Abs. 1 HGB sein (BGH aaO; BAG aaO), das noch bekräftigt wird, wenn der Beauftragte nach dem Vertrag, wie hier der Kläger, für die Sozialversicherungsbeiträge selbst aufzukommen und die Provisionen selbst zu versteuern hat (§ 5 des Vertrags); der Kläger mußte außerdem seine außerhalb der Geschäftsräume der Beklagten anfallenden Spesen und Unkosten selbsttragen (§ 5 des Vertrags). Aber das allein spricht nicht zwingend für die Selbständigkeit (vgl. BGH v. 20. 1. 1964 - VII ZR 204/62 = VersR 1964, 331, 332; Brüggemann, aaO, Rdn. 9 a.E.). Im Streitfall kommt hinzu, daß der Kläger ein weiteres Unternehmerrisiko, wie z.B. Unterhalt der Geschäftsräume und Bezahlung eigener Angestellter, nicht getragen hat.

Daß das Berufungsgericht bei einer Gesamtwürdigung aller dieser Gesichtspunkte zu dem Ergebnis gekommen ist, daß kein selbständiges Handelsvertreterverhältnis sondern ein abhängiges Arbeitsverhältnis vorlag, ist demnach eine tatrichterliche Würdigung, die keinen Rechtsfehler erkennen läßt. Der Kläger ist zwar im Verlauf des Rechtsstreits ebenso wie die Beklagte davon ausgegangen, daß er als "freier Mitarbeiter" mit "Untermaklervertrag" nicht Angestellter der Beklagten gewesen sei. Ausschlaggebend für die Bewertung der Rechtsstellung des Klägers im Betrieb der Beklagten sind jedoch die tatsächlichen Gegebenheiten, wie sie sich aus dem Vortrag der Parteien ergeben und vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt worden sind.

Schließlich ist auch die Verfahrensrüge der Revision aus §§ 278 Abs. 3, 139 ZPO unbegründet. Die Beklagte hatte ausreichend rechtliches Gehör, zu der Frage der Handelsvertreter- bzw. Angestellteneigenschaft des Klägers Stellung zu nehmen. Das Berufungsgericht hatte zur mündlichen Verhandlung neben dem Kläger auch den Geschäftsführer der Beklagten persönlich geladen und ausweislich des Terminsprotokolls ist dieser zum Termin erschienen. Im Berufungsurteil ist erwähnt, daß alle rechtlichen Gesichtspunkte in der mündlichen Verhandlung erörtert worden seien. Die Revision zeigt nicht auf, warum der Geschäftsführer der Beklagten nicht bereits im Termin die tatsächlichen Angaben machen konnte, die nunmehr erstmals mit der Revisionsschrift vorgetragen worden sind und die solche Umstände betreffen, die dem Geschäftsführer bekannt waren.

3. Dem unstreitigen Sachverhalt und den Feststellungen des Berufungsgerichts ist zu entnehmen, daß zu dem Zeitpunkt, als die Beklagte das Vertragsverhältnis mit dem Kläger fristlos kündigte, seitens der Beklagten durch den Kläger die Maklertätigkeit hinsichtlich des Immobiliengeschäfts zwischen den Wasserwerken und der A [REDACTED] abschließend erbracht war; der Kläger sich somit die Provision für dieses Geschäft bereits erarbeitet hatte. Mit Recht ist das Berufungsgericht ferner davon ausgegangen, daß bei einem auf Provisionsbasis tätigen angestellten Vertreter eine Vereinbarung, nach der er - wie hier der Kläger nach § 2 Satz 1 mit Satz 2 des Vertrags - eine bereits erarbeitete, aber erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses fällig werdende Provision nicht erhalten soll, nur rechtswirksam ist, wenn der Ausschluß durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist (BAG v. 17. 5. 1962 - 5 AZR 427/61 = AP Nr. 2 zu § 65 HGB; vgl. BAG v. 4. 7. 1972 - 3 AZR 477/71 = AP Nr. 6 zu § 65 HGB = BB 1972, 1453; v. 20. 7. 1973 - 3 AZR 359/72 = AP Nr. 7 zu § 65 HGB). Ein solcher Grund kann z.B. darin liegen, daß von dem ausscheidenden Angestellten erarbeitete Provisionen seinem Nachfolger deshalb überlassen werden müssen, weil er bei seinem Eintritt in das Arbeitsverhältnis von seinem Vorgänger ebenso begünstigt wurde (vgl. BAG v. 4. 7. 1972 und 20. 7. 1973 aaO).

Das verkennt die Revision nicht. Sie meint jedoch, daß diesen Anforderungen durch Satz 3 des § 2 des Vertrags Genüge getan sei. Entgegen der Ansicht der

Revision kommt es jedoch auf die tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall an. Dazu hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, es habe bei Beginn der Tätigkeit des Klägers für die Beklagte keine bereits angebahnten Geschäfte gegeben, alle Verkaufserfolge und damit alle Provisionen habe der Kläger sich selbst erarbeiten müssen, so sei ihm auch die erste Provision erst nach 9 Monaten zugeflossen. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision gehen fehl. Die Revision zeigt nicht auf, daß die Beklagte Grundstücke benannt hätte, die bereits zu ihrem Objektbestand gehörten und auf die der Kläger hätte zurückgreifen können. Die Beklagte war auch nicht genötigt, den Provisionsanteil des Klägers an der Courtage an einen Nachfolger weiterzugeben, vielmehr hat sie ihn selbst einbehalten.

III. Da das Berufungsurteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen läßt, war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

v. Gamm

Merkel

Zülch

Erdmann

Teplitzky