# Unwirksame Werbemittel- und Platzmietpauschale bei Pkw-Verkauf auf Provisionsbasis

1. **Beauftragt der Fahrzeugeigentümer einen gewerblichen Autohändler gegen erfolgsabhängiges Entgelt (Provision) damit, sein Fahrzeug auf dessen Firmengelände anzubieten und im Namen und für Rechnung des Auftraggebers zu verkaufen (Vermittlungsvertrag), so ist das damit verbundene Vertragsverhältnis regelmäßig als entgeltliche Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter einzuordnen.**

2. **Zur Frage der Unwirksamkeit der in einen solchen Vertrag aufgenommenen Klausel über eine „Werbemittel- und Platzmietpauschale“ nach § 307 I und II BGB.**

BGH, Urteil vom 13.01.2011 – III ZR 78/10

**Sachverhalt:** Der Kläger ist Eigentümer eines Pkw Opel Zafira und verlangt von der Beklagten, die einen Autohandel betreibt und der er dieses Fahrzeug zur Vermittlung des Verkaufs übergeben hatte, die Herausgabe seines Autos. Die Parteien streiten darum, ob der Beklagten eine Gegenforderung auf Zahlung einer Werbemittel- und Platzmietpauschale in Höhe von wöchentlich 40 € zuzüglich Umsatzsteuer zusteht.

Am 15.08.2008 schlossen die Parteien einen von der Beklagten vorformulierten „Vermittlungsvertrag“, der unter anderem folgende Regelungen enthält:

> „1.) Der Händler wird ermächtigt und beauftragt, im Namen und auf die Rechnung des Auftraggebers das diesem gehörende nachfolgend beschriebene Fahrzeug unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung des Händlers zu verkaufen und zu übereignen.
> 2.) … Abmelden: Ja. Gebühr: 20 € …
> 1. Der Verkaufspreis wird vom Auftraggeber auf 12.300 € (brutto) wie besprochen festgesetzt …
> 2. …
> 3. Bei erfolgreicher Vermittlung erhält der Auftragnehmer 10 % des Verkaufspreises … als Provision. Als Werbemittel- und Platzmietpauschale werden pro Woche 40,00 € zzgl. MwSt. berechnet, die vom Verkaufspreis in Abzug gebracht werden. Die Provision wird auf den unter Punkt 1 genannten Betrag aufgeschlagen. Diese Werbe- und Platzmietepauschale ist auch dann zu bezahlen, wenn es nicht zur Vermittlung des Fahrzeuges kommt …
> 11. Bei Abholung des Fahrzeugs sind die angefallenen Kosten in bar zu entrichten …“

Das Fahrzeug des Klägers konnte nicht verkauft werden und befindet sich weiterhin auf dem Verkaufsgelände der Beklagten. Mit Schreiben vom 27.04.2009 und 04.05.2009 verlangte der Kläger die Herausgabe des Autos. Hierzu erklärte sich die Beklagte nur gegen Zahlung der nach Maßgabe der Nummer 2.3 des Vermittlungsvertrags errechneten Pauschale bereit. Unter dem 22.07.2009 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Rechnung über eine Summe von 2.352,40 €; hiervon entfallen 20 € auf Abmeldegebühren und 2.332,40 € auf „Platzmiete und Werbungskosten“ für 49 Wochen.

Der Kläger hat gemeint, die vertragliche Bestimmung über die Zahlung einer wöchentlichen Werbemittel- und Platzmietpauschale von 40 € sei gemäß §§ 305c, 307 ff. BGB unwirksam. Die Beklagte hat diese Regelung hingegen für wirksam gehalten und sich wegen ihrer Gegenforderung von 2.352,40 € auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Das Landgericht hat die Beklagte uneingeschränkt zur Herausgabe des Pkw verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren, lediglich Zug um Zug gegen Zahlung von 2.352,40 € zur Herausgabe verurteilt zu werden, weiter. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:** [7] I. Das Berufungsgericht (DAR 2010, 468) hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[8] Die Beklagte könne sich gegenüber dem nach §§ 667, 675 BGB und § 985 BGB begründeten Herausgabeanspruch des Klägers nicht mit Erfolg auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, da ihr kein Anspruch auf Zahlung der verlangten Werbemittel- und Platzmietpauschale zustehe. Bei der Regelung in Nummer 2.3 des Vermittlungsvertrags handele es sich um eine Nebenpreisabrede, die der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zugänglich sei. Die Hauptleistungspflicht der Beklagten bestehe in der Vermittlung des Verkaufs des ihr übergebenen Fahrzeugs, und im Gegenzuge schulde der Kunde die vereinbarte – erfolgsabhängige – Provision. Die Bewerbung und Vorführung sowie die Bereitstellung, Sicherung und Pflege des Pkw auf dem Gelände der Beklagten dienten nicht unmittelbar dem Interesse des Kunden, sondern in erster Linie dem eigenen Interesse der Beklagten, einen Verkauf zu vermitteln, hierfür die verabredete Provision zu erlangen und sich gegen etwaige Ersatzansprüche des Kunden zu sichern. Dementsprechend würden diese Leistungen üblicherweise nicht gesondert berechnet, sondern mit der vereinbarten Provision abgegolten. Die hiervon abweichende Regelung stelle eine unangemessene Benachteiligung des Kunden nach § 307 I und II Nr. 2 BGB dar. Bei längerer Standdauer könne die aufgelaufene Summe der Werbemittel- und Platzmietpauschale den Betrag der vereinbarten Provision übersteigen, sodass die Beklagte an einer alsbaldigen erfolgreichen Verkaufsvermittlung wirtschaftlich kein Interesse habe und hierdurch der eigentliche Vertragszweck gefährdet werde. Ob die Klausel darüber hinaus auch als überraschend i. S. von § 305c BGB anzusehen sei, könne dahinstehen. Soweit die Beklagte 20 € für die Abmeldegebühren verlange, sei ihre Gegenforderung berechtigt, doch könne die Beklagte aus Gründen der Verhältnismäßigkeit wegen einer solch geringen Forderung die Herausgabe des Autos nicht verweigern.

[9] II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

[10] 1. Zutreffend und von der Revision auch nicht angegriffen hat das Berufungsgericht den Herausgabeanspruch des Klägers sowohl aus § 985 BGB als auch aus §§ 667, 675 I BGB hergeleitet.

[11] Beauftragt – wie hier – der Fahrzeugeigentümer einen gewerblichen Autohändler gegen Entgelt (Provision) damit, sein Fahrzeug auf dessen Firmengelände anzubieten und im Namen und für Rechnung des Auftraggebers zu verkaufen (Vermittlungsvertrag), so ist das damit verbundene Vertragsverhältnis regelmäßig als entgeltliche Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter einzuordnen (s. BGH, Urt. v. 24.11.1980 – VIII ZR 339/79, NJW 1981, 388 [389]; Urt. v. 14.07.1982 – VIII ZR 161/81, BGHZ 85, 11 [13]; *Reinking/Eggert,* Der Autokauf, 10. Aufl., Rn. 1234; für den isolierten Vermittlungsauftrag wohl a. A. OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 891 [892]), wobei eine Nähe sowohl zum Maklerdienstvertrag als auch zum Kommissionsgeschäft nicht von der Hand zu weisen ist. Vom Maklerdienstvertrag unterscheidet sich der Vermittlungsvertrag indes insbesondere durch Art und Reichweite der dem beauftragten Autohändler obliegenden Pflichten; dieser ist neben einem Tätigwerden im Sinne eines aktiven Bemühens um den erfolgreichen Verkauf des Fahrzeugs (vergleichbar dem Maklerdienstvertrag) auch gehalten, das Auto auf seinem Firmengelände für Interessenten bereitzustellen und vorzuführen, es sicher aufzubewahren und zu pflegen (s. dazu etwa OLG Hamm, NJW-RR 1999, 777; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 1237, 1240 m. w. Nachw.) und gegebenenfalls auch zu versichern (s. dazu BGH, Urt. v. 08.01.1986 – VIII ZR 8/85, NJW 1986, 1099 f.; OLG Celle, NZV 1992, 404; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 1240 m. w. Nachw.; abweichend OLG Hamm, NJW-RR 1999, 777 f.). Vom Kommissionsgeschäft (§§ 383 ff. HGB) unterscheidet sich der Vermittlungsauftrag vor allem darin, dass der Verkauf im Namen und für Rechnung des Auftraggebers erfolgt und der Beauftragte hierbei nicht – als mittelbarer Stellvertreter – im eigenen Namen handelt (s. etwa OLG Hamm, NJW-RR 1999, 777).

[12] Maßgeblich abzustellen ist mithin in erster Linie auf die in § 675 I BGB in Bezug genommenen Vorschriften des Auftragsrechts (§§ 662 ff. BGB) sowie auf die Regelungen des Dienstvertragsrechts (§§ 611 ff. BGB).

[13] 2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten wegen der von ihr geltend gemachten Werbemittel- und Platzmietpauschale verneint. Die diesbezügliche formularvertragliche Bestimmung in Nummer 2.3 des Vermittlungsvertrags ist gemäß § 307 I und II BGB unwirksam, sodass der Beklagten kein hierauf gestützter Zahlungsanspruch zusteht.

[14] a) Nach zutreffender Ansicht des Berufungsgerichts unterliegt diese Klausel der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 bis 309 BGB …

[19] … Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine von Rechtsvorschriften abweichende Nebenabrede über ein zusätzliches Entgelt ohne echte Gegenleistung des Verwenders. Hierdurch will sich die Beklagte eine Tätigkeit vergüten lassen, die sie nach Maßgabe der Gesamtheit der wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur und dem Zweck des Vermittlungsvertrags ergeben, vornehmlich im eigenen Interesse entfaltet.

[20] Als vertragliche Hauptleistungspflichten stehen sich einerseits die Pflicht des beauftragten Autohändlers, sachgerechte Bemühungen zum auftragsgemäßen Verkauf des ihm überlassenen Fahrzeugs zu entfalten, und andererseits die Pflicht des Auftraggebers (Fahrzeugeigentümers) zur Zahlung einer erfolgsabhängigen Provision gegenüber. Mit der Provisionszahlung, deren Höhe sich am erzielten Verkaufspreis orientiert, ist nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts aus dem Blickwinkel der Verkehrserwartung – insofern nicht wesentlich anders als beim Makler(dienst-)vertrag – das vom Auftraggeber geschuldete Entgelt vollständig erbracht und die Leistung des Beauftragten insgesamt abgegolten. Hiernach zählt der Aufwand, der für die Erfolg versprechende Präsentation des Fahrzeugs auf dem Firmengelände des Beauftragten anfällt, zu dessen Gemeinkosten, die nicht selbstständig erstattungsfähig und üblicherweise bei der Provision mit eingerechnet sind (s. auch LG München I, DAR 1998, 394 [395]; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 1261). Da die Pauschale nach den Formularbedingungen der Beklagten auch im Erfolgsfalle zu entrichten ist, kann dies dazu führen, dass eine nach der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses bereits vollständig abgegoltene Leistung im Gewande einer „Werbemittel- und Platzmietpauschale“ nochmals („doppelt“) zu bezahlen ist.

[21] Hinzu kommt Folgendes: Ungeachtet des Umstands, dass der beauftragte Autohändler vertraglich verpflichtet ist, sich um den Verkauf des Fahrzeugs zu bemühen, so ist es doch im Wesentlichen seine Sache, darüber zu befinden, welchen Aufwand er für die Bereitstellung und Bewerbung des Fahrzeugs auf seinem Firmengelände im Einzelnen erbringen will. Diesen Aufwand betreibt er nach der vertraglich vorausgesetzten Interessenlage vornehmlich im eigenen Interesse an alsbaldiger Erzielung einer möglichst hohen Provision; er wäre daher nach dem Zweck des Vermittlungsvertrags und den gesetzlichen Regelungen von ihm selbst und nicht von seinem Auftraggeber zu tragen.

[22] Schließlich ergibt sich aus dem dispositiven Gesetzesrecht für die Beklagte kein Anspruch auf Zahlung eines Entgelts, wie es ihr durch die Werbemittel- und Platzmietpauschale verschafft werden soll. Der vertraglich festgelegte Dienstlohn (§§ 611, 612 i. V. mit § 675 I BGB) besteht, wie oben dargelegt, ausschließlich in der vereinbarten Provision. § 670 BGB (i. V. mit § 675 I BGB) gewährt keinen Anspruch auf (zusätzliche) Vergütung für eine Tätigkeit, sondern auf Ersatz von freiwilligen Vermögensopfern, die der Beauftragte für seinen Auftraggeber auf sich nimmt (s. dazu etwa Senat, Urt. v. 18.04.2002 – III ZR 199/01, NJW 2002, 2386 [2387] …). Konkrete Aufwendungen für Werbemittel und die Bereitstellung des Standplatzes stehen hier aber nicht in Rede.

[23] b) Die Klausel ist gemäß § 307 I und II BGB unwirksam, weil sie den Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

[24] Eine unangemessene Benachteiligung des Kunden i. S. von § 307 BGB ist gegeben, wenn der Verwender durch eine einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (st. Rspr.; s. etwa Senat, Urt. v. 17.01.2008 – III ZR 74/07, BGHZ 175, 102 [107]; Urt. v. 12.02.2009 – III ZR 179/08, NJW 2009, 1334 [1337]; Urt. v. 17.09.2009 – III ZR 207/08, NJW 2010, 57 [58]; Urt. v. 18.03.2010 – III ZR 254/09, NJW 2010, 3222 [3224]; Urt. v. 23.09.2010 – III ZR 21/10, NJW 2010, 3568 [3569]).

[25] So liegt es auch hier.

[26] aa) Wie ausgeführt, verschafft sich die Beklagte mit der Regelung über die Werbemittel- und Platzmietpauschale für eine Tätigkeit, die sie (als Verwender) entsprechend der Natur des Vermittlungsvertrags vornehmlich im eigenen (Provisions-)Interesse entfaltet, in einer der Natur des Vertragsverhältnisses widersprechenden Weise eine zusätzliche Vergütung. Dem Kunden wird dieses Zusatzentgelt abverlangt, ohne dass er dafür eine Gegenleistung oder sonst einen nennenswerten Vorteil erhält. Nach der Eigenart des Vermittlungsvertrags ist die Bewerbung und Bereitstellung des Fahrzeugs auf dem Firmengelände des Händlers mit den von ihm geschuldeten Verkaufsbemühungen untrennbar verbunden; beides wird nach der Verkehrserwartung durch die versprochene Provision abgegolten. Die auch im Falle der erfolgreichen Vermittlung neben der Provision zu entrichtende und daher insgesamt als zusätzliches Entgelt zu wertende „Werbemittel- und Platzmietpauschale“ ist hiernach mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar und daher gemäß § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam.

[27] bb) Des Weiteren sprechen für eine unangemessene Benachteiligung des Kunden noch folgende Erwägungen:

[28] Typischerweise kann der Kunde die aktuelle Marktlage, die Erfolgsaussichten der Verkaufsbemühungen und das Risiko längerer Standzeiten weit weniger gut einschätzen als der von ihm beauftragte Autohändler, dem die Präsentation des Fahrzeugs überlassen wird und der die Verkaufsanstrengungen in seinen Händen hält. Der Händler hat in aller Regel weit mehr Überblick und Einfluss auf die Verkaufschancen und -risiken als sein Auftraggeber. Dieser vertraut auf die Verkaufserfahrung und -kompetenz des Händlers und rechnet von vornherein nicht mit längeren Standzeiten. Soll für Standzeiten eine periodische Pauschale nicht geringen Umfangs und zudem noch ohne jede zeitliche Begrenzung geschuldet sein, so liegt darin für den Kunden ein Risiko, das er im Allgemeinen nicht zuverlässig einschätzen kann.

[29] Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass es dem Kunden freistehe, den Auftrag nach einer gewissen Standzeit von sich aus zu beenden, und dass der Händler infolge der ihm entstehenden Kosten ein bleibendes Interesse daran habe, das Fahrzeug so schnell wie möglich zu veräußern. Der Kunde vertraut typischerweise auf die Erfahrung und Kompetenz des Händlers und geht davon aus, dass dieser ihm mitteilen werde, wenn und sobald er keine (weiteren) Chancen für einen Verkauf des Fahrzeugs zu dem angestrebten Preis sieht. Solange dies nicht der Fall ist, hofft der Kunde auf eine baldige Veräußerung. Eine Beendigung des Vermittlungsvertrags wird er üblicherweise erst dann erwägen, wenn bereits eine längere Standzeit verstrichen ist, und mithin schon größere Verbindlichkeiten aus der verlangten Werbemittel- und Platzmietpauschale angefallen sind. Demgegenüber entsteht dem Händler für die Bewerbung des Fahrzeugs und die Inanspruchnahme eines Stellplatzes auf seinem Firmengelände im Vergleich zum Gesamtumfang seiner Werbemaßnahmen und Stellplätze zumeist kein für sein Geschäft ins Gewicht fallender Aufwand. Bei der Hereinnahme eines Fahrzeugs zur Verkaufsvermittlung achtet der Händler zudem typischerweise darauf, ob und dass er sein Gesamtangebot hierdurch attraktiv(er) gestalten und hieraus für sein Geschäft weitere Vorteile ziehen kann. Er erbringt hiernach insgesamt kein „Opfer“ für den Auftraggeber, welches bei der gebotenen Interessenabwägung zu seinen Gunsten zu berücksichtigen wäre. Entgegen der Ansicht der Revision geht es nach dem Vermittlungsvertrag – jedenfalls im Kern – nicht um die (für sich genommen gegebenenfalls vergütungsfähige) „Aufbewahrung“ des Fahrzeugs, sondern um dessen alsbaldige auftragsgemäße Veräußerung.

[30] cc) Nach dem Gesagten kann dahinstehen, ob, wie das Berufungsgericht gemeint hat, die beanstandete Vergütungsklausel wegen Gefährdung des Vertragszwecks unwirksam ist (§ 307 II Nr. 2 BGB). Eine derartige Vertragszweckgefährdung läge … dann nahe, wenn es für den Beauftragten wirtschaftlich rentabel sein könnte, ein zur Vermittlung hereingenommenes Fahrzeug längere Zeit nicht zu veräußern, um ein möglichst hohes „Standgeld“ zu vereinnahmen. Diese Situation könnte vor allem dann eintreten, wenn diese besondere Form der Vergütung nur im Misserfolgsfalle anfiele: In diesem Falle könnte es für einen Autohändler wirtschaftlich sinnvoll sein, zu einem bestimmten Zeitpunkt die Verkaufsbemühungen einzustellen und sich mit dem angefallenen „Standgeld“ zu begnügen (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 1236). In Fällen, in denen – wie hier die formularmäßig vereinbarte Werbemittel- und Platzmietpauschale – das „Standgeld“ auch im Erfolgsfalle zusätzlich zur Provision anfällt, ist diese Gefahr allerdings deutlich geringer. Freilich erscheint auch bei dieser Konstellation eine Vertragszweckgefährdung nicht ausgeschlossen, wenn – was im untersten Gebrauchtwagenpreissegment durchaus möglich erscheint – die Höhe der Unterstellkosten den Wert des Pkw selbst erreichen kann (vgl. dazu AG Lübeck, DAR 1982, 72).

[31] c) Ergibt sich die Unwirksamkeit der Klausel gemäß den vorgenannten Erwägungen aus § 307 I und II BGB, so bedarf es keiner Entscheidung, ob eine Nichtigkeit der Vertragsbestimmung darüber hinaus auch gemäß § 305c I BGB (überraschende Klausel; s. dazu LG München I, DAR 1998, 394 [395]; AG Lübeck, DAR 1982, 72; Reinking/Eggert a. a. O., Rn. 1236) oder wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot (unter dem Aspekt der Verschleierung der Entgeltbelastung des Kunden, § 307 I BGB; s. dazu etwa Senat, Urt. v. 24.11.1988 – III ZR 188/87, BGHZ 106, 42 [49]; BGH, Urt. v. 14.10.1997 – XI ZR 167/96, BGHZ 137, 27 [33]; Urt. v. 12.06.2001 – XI ZR 274/00, BGHZ 148, 74 [79] m. w. Nachw.) zu bejahen wäre.

[32] 3. Die Würdigung des Berufungsgerichts, der – begründete – Anspruch der Beklagten auf Zahlung bzw. Erstattung der Abmeldegebühr von 20 € berechtige die Beklagte nicht zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts, wird von der Revision nicht angegriffen.

**Probleme beim Autokauf?**

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

**(0 23 27) 8 32 59-99.**