

2035 082

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 652, 654

Der Makler, der sich als Provision den über einen bestimmten Kaufpreis hinaus erzielten Übererlös hat versprechen lassen, ist verpflichtet, den Auftraggeber über die Höhe des erzielten Preises zu unterrichten. Er verwirkt den Provisionsanspruch, wenn er durch Verheimlichung der von ihm in Vollmacht des Auftraggebers mit dem Erwerber getroffenen Sonderabmachungen den Bestand des von dem Auftraggeber mit dem Erwerber abgeschlossenen Vertrages gefährdet, seinen gutgläubigen Auftraggeber dem Verdacht der Steuerhinterziehung aussetzt und ohne Wissen des Auftraggebers den den Vertrag beurkundenden Notar über die wirklich gewollten Erklärungen der Vertragspartner täuscht.

BGH, Urt. v. 25. Juni 1969 - IV ZR 793/68 - OLG Köln

LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 795/68

URTEIL

Verkündet am
25. Juni 1969
Blecher,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Friseurmeisterin Helene Z [REDACTED], A [REDACTED]/Krs. B [REDACTED]
[REDACTED], An den F [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

1. den Makler Martin Z i [REDACTED], K [REDACTED], B [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -

2. den Makler Hans A [REDACTED], K [REDACTED]
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

79

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß sowie der Bundesrichter Wüstenberg, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 21. März 1967 aufgehoben, soweit ihr Antrag, den Beklagten zu 1) zur Zahlung von 20.000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 2. August 1965 zu verurteilen, und den Beklagten zu 2) zur Zahlung von 20.000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 18. November 1965 zu verurteilen, abgewiesen und über die Kosten des Rechtsstreits entschieden ist. In diesem Umfang und zur Entscheidung über die Kosten der Revision wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den 15. Zivilsenat des Oberlandesgerichts in Köln zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin erteilte dem Beklagten zu 1), einem K Makler, am 15. Juni 1965 einen auf zwei Monate befristeten schriftlichen Alleinverkaufsauftrag zum



Verkauf ihres Hauses in K■■■■ mit Geschäftsinventar und Waren. Als Kaufpreis war die Zahlung einer monatlichen Rente von 2.500 DM für die Lebenszeit der Klägerin, eine Barzahlung von 50.000 DM und die Übernahme von Hypotheken im Betrage von 165.700 DM vorgesehen. In dem Vertrag heißt es weiter, ein eventuell erzielter Mehrerlös sei der Firma des Beklagten zu 1) als Provision bei Abschluß des Geschäfts auszus zahlen (bei notariellem Vertrag fällig). Die Verkäuferin verpflichtete sich, ihr Grundstück zu den genannten Bedingungen an jeden kaufwilligen Interessenten zu verkaufen und den Beauftragten zum Abschluß des Kaufvertrages hinzuzuziehen. Wenn die Auftraggeberin ihr Grundstück in der angegebenen Zeit nicht mehr verkaufen wolle oder den Alleinauftrag zurückziehe oder selbst oder anderweitig verkaufe, zahle sie dem Beauftragten eine Provision von 10 % der geforderten Kaufsumme.

Der Beklagte zu 1) inserierte dann wegen des Grundstücksverkaufs in einer K■■■■ Zeitung, wobei er die angeführten Kaufbedingungen, als Barzahlung aber 90.000 DM einsetzte. Auf das Inserat hin meldeten sich die Eheleute N■■■■. Mit ihnen schloß der Beklagte zu 1) am 5. Juli 1965 einen schriftlichen Ankaufsvertrag ab. In ihm heißt es, daß die Käufer das Grundstück zu folgenden Bedingungen kauften: Kaufpreis 50.000 DM (für Ware und Inventar) sowie monatliche Rente auf Lebenszeit für die Klägerin in Höhe von 2.500 DM. Als Vermittlungsprovision wurden 57.000 DM vereinbart, welche spätestens bei Abschluß des notariellen Kaufvertrages an den Immobilienmakler zu zahlen seien.

Der notarielle Kaufvertrag, den die Klägerin mit den Eheleuten N[REDACTED] am 7. Juli 1965 schloß, sah die Verpflichtung der Käufer vor, als Kaufpreis für Inventar und Ware 50.000 DM zu zahlen, Hypotheken im Gesamtwert von 165.700 DM zu übernehmen, der Klägerin auf Lebenszeit eine monatliche Rente von 2.500 DM zu zahlen und für Mietvorauszahlungen und Kautionen in Höhe von insgesamt 4.500 DM keine Ausgleichszahlung zu verlangen.

Unmittelbar vor dem Abschluß des notariellen Vertrages zahlten die Eheleute N[REDACTED] an den Beklagten zu 1) 17.000 DM Provision und weitere 40.000 DM. Dieser führte davon an die Klägerin nichts ab.

Die Klägerin hat vorgetragen: Die beiden Beklagten hätten wiederholt erklärt, daß sie, die Klägerin, keinerlei Provision zu zahlen brauche. Darauf habe sie sich verlassen; die Einzelheiten des Maklervertragsformulars habe sie sich nicht durchgelesen. Der Alleinauftrag enthalte keine Abtretung, sondern nur eine Auszahlungsvollmacht für einen Mehrerlös. Die Eheleute N[REDACTED] hätten die 40.000 DM nicht an den Beklagten zu 1) zahlen wollen, sondern ihm diesen Betrag zur Weiterleitung an sie, die Klägerin, übergeben. Der Ehemann N[REDACTED] habe nur von einem Kaufpreis in Höhe von 90.000 DM gewußt; bei Kenntnis der Sachlage hätte er jedoch nur 50.000 DM gezahlt. Die Beklagten hätten den Eheleuten N[REDACTED] arglistig verschwiegen, daß sie den Betrag in die eigene Tasche stecken wollten. Sie, die Klägerin, habe erst einige Tage nach dem Abschluß des notariellen Vertrags von

N [REDACTED] erfahren, daß der Beklagte zu 1) 40.000 DM erhalten habe und daß Nebenabreden getroffen seien.

Der Maklervertrag sei wegen Sittenwidrigkeit und Wuchers nichtig. Auch habe sie, die Klägerin, ihn wegen arglistiger Täuschung angefochten. Die Eheleute N [REDACTED] hätten ihre Ansprüche auf Rückzahlung der 40.000 DM oder auf Schadensersatz in dieser Höhe an sie abgetreten. Der Beklagte zu 2) sei als Mitarbeiter des Beklagten zu 1) bei allen Verhandlungen zugegen gewesen und habe in bewußtem Zusammenwirken mit dem Beklagten zu 1) an den Täuschungshandlungen teilgenommen. Da eine unerlaubte Handlung beider Beklagten vorliege, seien sie als Gesamtschuldner zur Zahlung verpflichtet.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 40.000 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 15. Juli 1965 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie haben vorgebracht, der Maklervertrag sei weder sittenwidrig noch wucherisch. Das Geschäft habe für den Beklagten zu 1) ein echtes Risiko enthalten. Die Klägerin habe von Anfang an gewußt, daß der Beklagte zu 1) versuchen wolle, von dem Käufer eine Barzahlung von 90.000 DM zu erreichen. Der Beklagte zu 1) habe dabei der Klägerin erklärt, daß der Barerlös von 40.000 DM dann ihm zustehe. Damit sei die Klägerin

einverstanden gewesen. Daher sei mit den Käufern eine Provision von 57.000 DM vereinbart worden, die sich aus 17.000 DM Provision der Käufer und dem abgetretenen Teil des Verkaufserlöses in Höhe von 40.000 DM zusammensetze. Den Käufern sei nicht gesagt worden, daß die 40.000 DM einen Teil des Kaufpreises darstellten.

Der Beklagte zu 2) hat außerdem bestritten, einen Betrug begangen zu haben. Das Vermögen der Klägerin sei nicht geschädigt worden, und der Beklagte zu 1) habe auch keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangt.

Das Landgericht hat der Klage gegen den Beklagten zu 1), abgesehen von einem Teil des geltend gemachten Zinsanspruchs, stattgegeben und die Klage gegen den Beklagten zu 2) abgewiesen.

Der Beklagte zu 1) hat gegen das Urteil Berufung eingelegt und seinen Klagabweisungsantrag wiederholt. Hilfsweise hat er mit dem ihm gegen die Klägerin zustehenden Anspruch gegen deren Anspruch aufgerechnet.

Die Klägerin hat, soweit ihre Klage gegen den Beklagten zu 2) abgewiesen ist, Anschlußberufung eingelegt und ihren im ersten Rechtszug gestellten diesen Beklagten betreffenden Antrag wiederholt.

Sie hat weiterhin geltend gemacht, der Beklagte zu 1) sei ihr gegenüber verpflichtet gewesen, einen angemessenen Kaufpreis für sie auszuhandeln. Nach ein-

gehenden Verhandlungen über die Höhe der Baranzahlung habe sie ihm mitgeteilt, daß sie wenigstens 50.000 DM nötig habe. Die Beklagten hätten erklärt, sie wollten versuchen, eine derartige Baranzahlung zu erreichen. Sie sei davon ausgegangen, daß ein höherer Betrag nicht zu erzielen gewesen sei. Beide Beklagten hätten es so einzurichten gewußt, daß sie, die Klägerin, vor dem Vertragsschluß nicht mit den Eheleuten N [REDACTED] habe sprechen können. Ein Mehrerlös von einigen tausend Mark möge von der in dem Maklervertrag enthaltenen Vereinbarung erfaßt werden können, nicht aber ein Mehrerlös von 40.000 DM. Der Beklagte zu 2) sei an den 40.000 DM beteiligt worden.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten zu 1) das Urteil des Landgerichts teilweise geändert und die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

Mit der Revision will die Klägerin erreichen, daß die Berufung des Beklagten zu 1) gegen das Urteil des Landgerichts wegen eines Teilbetrages von 20.000 DM nebst Zinsen zurückgewiesen und auf ihre Berufung das Urteil des Landgerichts teilweise geändert und der Beklagte zu 2) verurteilt wird, als Gesamtschuldner mit dem Beklagten zu 1) an sie 20.000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 18. November 1965 zu zahlen.

Die Beklagten zu 1) und 2) beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der am 15. Juni 1965 zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) als Alleinverkaufsauftrag geschlossene Maklervertrag gültig sei. Insbesondere seien die Voraussetzungen des Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB) nicht erfüllt.

Das ist, was die Abrede betrifft, der Makler solle einen über den angenommenen Preis hinaus erzielten Mehrerlös als Provision erhalten, nicht zu beanstanden. Zutreffend wird in dem angefochtenen Urteil ausgeführt, die Vertragspartner hätten bei Abschluß des Maklervertrages nicht übersehen können, ob überhaupt und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Mehrerlös erzielt worden würde, so daß schon deshalb kein augenfälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung angenommen werden könne. Es kommt unter diesen Umständen nicht darauf an, welchen Prozentsatz vom Gesamtkaufpreis die auf Grund einer solchen Vereinbarung erzielte Maklerprovision ausmacht.

Bedenken könnten gegen die Vertragsbestimmung bestehen, daß eine Provision von 10 % der geforderten Kaufsumme zu zahlen sei, falls die Auftraggeberin ihr Grundstück in der vereinbarten Zeit nicht mehr verkaufen wolle oder den Alleinauftrag zurückziehe oder selbst anderweitig verkaufe. Dabei handelt es sich jedoch um eine Nebenabrede, die nicht praktisch geworden ist und deren Gültigkeit dahingestellt bleiben kann. Es spricht

nichts dafür, daß eine etwaige Nichtigkeit dieser Nebenabrede die Nichtigkeit des ganzen Vertrags nach sich gezogen hat (§ 139 BGB).

Es kann ferner auf sich beruhen, ob die von der Auftraggeberin übernommene Verpflichtung, das Grundstück an jeden von dem Makler beigebrachten kaufwilligen Interessenten zu verkaufen, nach § 313 Satz 1 BGB der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedurft hätte (OLG Köln MDR 1969, 481). Auch diese Abrede betrifft einen Nebenpunkt, deren Unwirksamkeit schwerlich den ganzen Vertrag hinfällig macht.

Die von der Klägerin erklärte Anfechtung des Vertrags vom 15. Juni 1965 wegen arglistiger Täuschung hat das Berufungsgericht nicht durchgreifen lassen. Die Klägerin habe nicht substantiiert dargetan, von dem Beklagten zu 1) über die Gewinnaussichten getäuscht worden zu sein. Die Behauptung, der Beklagte habe erklärt, eine höhere Baranzahlung als 50.000 DM sei nicht zu erreichen, sei durch die Vereinbarung der sonst sinnlosen und überflüssigen Mehrerlösklausel widerlegt.

Die Revision hat nicht gerügt, daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ein Vorbringen der Klägerin übergangen habe.

Nach alledem ist in der Revisionsinstanz von der Gültigkeit des Vertrags vom 15. Juni 1965 auszugehen, soweit in ihm dem Beklagten zu 1) der Alleinverkaufs-

auftrag für das Grundstück der Klägerin mit Geschäftsinventar und Warenbestand zu den angegebenen Bedingungen erteilt und vereinbart wurde, der Beklagte zu 1) solle einen erzielten Mehrerlös bei Abschluß des notariellen Vertrages als Provision erhalten.

II.

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte zu 1) sich keiner Verletzung der ihm nach dem Maklervortrag gegenüber der Klägerin obliegenden Pflichten schuldig gemacht, wenn er der Klägerin nicht mitteilte, welchen Kaufpreis er bei der Veräußerung des Grundstücks und des Inventars erzielt hatte, und wie hoch der Überpreis war, der bei dem Abschluß des Kaufvertrages zu seinen Gunsten erreicht wurde. Die Klägerin habe nur an einer Benachrichtigung darüber interessiert sein können, ob der Kaufvertrag zu den Mindestbedingungen des Auftragsformulars abgeschlossen worden war, nur insoweit habe eine Mitteilungspflicht des Beklagten zu 1) bestanden. Habe sich dieser, wie von vornherein vorgesehen, um die Erzielung eines Mehrerlöses bemüht, so habe er wirtschaftlich ein eigenes Geschäft geführt. Daher habe sich die Offenlegung der Verhandlungen mit den Ankäufern erübrigt. Das müsse umso mehr gelten, als die dem Abschluß eines Grundstücksverkaufs vorhergehenden Verhandlungen erfahrungsgemäß häufig schwierig seien und von dem im Sinne seines Auftrags handelnden Vermittler nicht in allen Einzelheiten dem Auftraggeber mitgeteilt zu werden pflegten. Die Aufklärungspflicht brauche nur so weit zu gehen, als die Klägerin sich

nicht durch die im eigenen Interesse gebotene Sorgfalt von der Ausgestaltung der Vermittlertätigkeit Kenntnis verschaffen könne; sie habe aber aus der von dem Beklagten zu 1) aufgegebenen Zeitungsanzeige bereits ersehen können, daß er als Anzahlung 90.000 DM und nicht 50.000 DM gefordert habe.

Diese Ausführungen können nicht gebilligt werden.

Es ist zwar richtig, daß der Beklagte zu 1), dem der über einen bestimmten Betrag hinaus erzielte Überpreis als Provision versprochen worden war, nicht verpflichtet war, im Interesse der Auftraggeberin einen möglichst hohen Kaufpreis auszuhandeln; mit derartigen Bemühungen nahm er vielmehr ein eigenes berechtigtes Interesse wahr. Aber er durfte die Auftraggeberin nicht im Unklaren darüber lassen, wie hoch der tatsächlich erzielte Kaufpreis und wie hoch damit die Provision war, die sich für ihn aus dem Geschäft ergab. Es genügte nicht, daß die Auftraggeberin aus der von ihm aufgegebenen Zeitungsanzeige ersehen konnte, welchen Überpreis er zu erzielen beabsichtigte; denn damit wußte sie noch nicht, welcher Preis tatsächlich vereinbart und welche Provision vom Makler wirklich vereinnahmt wurde.

War der Beklagte zu 1) von der Klägerin damit betraut, Verhandlungen über den Abschluß eines Vertrags mit Kaufinteressenten zu führen, so mußte er ihr das Ergebnis dieser Verhandlungen unter allen Umständen dann und insoweit offenbaren, als durch

das Verheimlichen das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages gefährdet oder sogar verhindert wurde. Nach dem Vortrag der Klägerin und dem vom Berufungsgericht zu Grunde gelegten Sachverhalt kann aber das Verhalten des Beklagten zu 1) bewirkt haben, daß weder der zwischen der Klägerin und den Eheleuten N [REDACTED] abgeschlossene notarielle Vertrag vom 7. Juli 1965 noch eine für die Klägerin vom Beklagten zu 1) mit den Eheleuten N [REDACTED] getroffene mündliche Vereinbarung wirksam geworden ist.

Die Klägerin hatte sich in dem Maklervertrag gegenüber dem Beklagten zu 1) verpflichtet, sich jeglicher unmittelbaren und mittelbaren Verkaufstätigkeit zu enthalten und jeden Kaufinteressenten dem Makler zuzuführen. Mit Rücksicht auf diese weitgehenden Befugnisse, die die Klägerin dem Beklagten zu 1) eingeräumt hat, ist es naheliegend, daß der Beklagte zu 1) von der Klägerin bevollmächtigt war, für sie über die Veräußerung Vereinbarungen mit Kaufbewerbern zu treffen. Dann muß sich die Klägerin eine zwischen dem Beklagten zu 1) und den Erwerbern getroffene Abrede zurechnen lassen, die wirkliche Gegenleistung für das Inventar und den Warenbestand betrage nicht 50.000 DM, sondern 90.000 DM. Nach der Meinung der Revision hat eine solche Abrede dazu geführt, daß der notarielle Vertrag vom 7. Juli 1965 wegen Dissenses (§ 155 BGB) nichtig war, weil die Klägerin, die die von ihrem Makler mit den Käufern getroffene Abrede nicht kannte, als Barzahlung 50.000 DM vereinbaren wollte, während die Käufer als Barzahlungspreis 90.000 DM vereinbaren wollten und zu vereinbaren meinten. Ob solche von einander abweichenden Auffassungen der Ver-

tragspartner zum Dissens führten, mag zweifelhaft erscheinen, kann aber auf sich beruhen. Denn jedenfalls hat eine von dem Bevollmächtigten mit den Erwerbern getroffene Vereinbarung, der Kaufpreis solle um 40.000 DM höher sein, als er in dem notariellen Vertrag angegeben werde, dazu geführt, daß kein wirksamer Veräußerungsvertrag zustande gekommen ist. Die Vereinbarung über den Barbetrag, der für das Inventar und den Warenbestand gezahlt werden sollte, steht ersichtlich mit den sonstigen Vereinbarungen über die Veräußerung des Grundstücks selbst und die dafür zu erbringenden Gegenleistungen in einem so engen Zusammenhang, daß sie nicht von ihnen losgelöst werden kann. Sie bildet vielmehr mit den gesamten Bestimmungen des Vertrages, der die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück betrifft, eine Einheit und untersteht deshalb auch dem Formzwang des § 313 Satz 1 BGB. Notariell beurkundet wurde aber nach dem Vortrag der Klägerin eine Vereinbarung, die beide Vertragspartner einverständlich nicht so treffen wollten, wie es ihrem Wortlaut entsprach. Dabei ist nicht entscheidend, daß die Klägerin selbst sich in Unkenntnis über die von ihrem Bevollmächtigten mit den Erwerbern kurz vorher getroffene Sonderabrede befand. Die Erwerber, die wiederum nicht wußten, daß die Klägerin von dem Beklagten zu 1) über die Vereinbarung des verschleierten zusätzlichen Barzahlungspreises von 40.000 DM nicht unterrichtet worden war, mußten die gesamten von der Seite der Verkäuferin abgegebenen Erklärungen dahin verstehen, daß als Barzahlungspreis 90.000 DM vereinbart werden sollte, und daß von diesem Preis vor der Beurkundung ein Teilbe-

trag von 40.000 DM "schwarz" (zur Steuerersparnis) an den Beklagten zu 1) zwecks Weiterleitung an die Klägerin gezahlt wurde. Dann aber entsprach der vor dem Notar angegebene und von ihm beurkundete Barzahlungspreis nicht der Wahrheit. Ein Vertrag mit dem beurkundeten Barzahlungspreis wäre infolgedessen nicht zustandegekommen. Der von den Erwerbern mit dem Beklagten zu 1) als Bevollmächtigten abgeschlossene Vertrag über eine Barzahlung von 90.000 DM aber war unwirksam, da er der Form des § 313 Satz 1 BGB entbehrte. Dabei ist bedeutsam, daß auch die vor der notariellen Beurkundung erbrachten Gegenleistungen mit zu beurkunden sind, wenn der Vertrag über die Veräußerung eines Grundstücks Wirkung haben soll (RGZ 107, 357; RG WarnRspr 1925 Nr. 163), und daß alle Abreden formbedürftig sind, die sachlich zum Angebot des einen Vertragsteils gehören, auch wenn eine dritte Person sich in die Vereinbarung eingeschoben hat (RG WarnRspr 1933 Nr. 162). Bei einer Durchführung des Geschäfts, wie sie von dem Bevollmächtigten mit den Erwerbern vereinbart war, wäre das der Klägerin zufließende Entgelt für die Überlassung des Grundstücks mit dem Inventar und Warenbestand wesentlich höher gewesen, als es in der notariellen Vertragsurkunde angegeben worden war. Solche Schwarzgeschäfte, durch die die Vorschrift des § 313 BGB umgangen werden soll, sind rechtlich wirkungslos. Es könnte auch der in Unkenntnis gelassenen Klägerin kaum zugestanden werden, gegenüber einer Berufung der Gegenseite auf den Formmangel den Einwand der Arglist zu erheben, da sie das Verhalten ihres Bevollmächtigten mit zu verantworten hätte.

Es muß mithin nach dem insoweit in tatsächlicher Hinsicht nicht abschließend geprüften Parteivortrag mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß zwischen der Klägerin und den Eheleuten N[REDACTED] ein Vertrag über die Veräußerung des Anwesens nicht wirksam zustande gekommen ist. Dann entfällt ein Provisionsanspruch des Beklagten zu 1) von vornherein, so daß er auf Grund des Maklervertrags verpflichtet ist, den von den Erwerbern zur Weiterleitung an die Klägerin übergebenen Betrag von 40.000 DM an diese herauszugeben, und zwar unabhängig davon, ob die Klägerin etwa wegen der Unwirksamkeit des Veräußerungsvertrags den Betrag an die Eheleute N[REDACTED] zurückgeben muß.

Sollte dagegen der zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) geschlossene Maklervertrag, etwa infolge durchgreifender Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, selbst nichtig sein, so könnte die Klägerin den ihr von den Eheleuten N[REDACTED] abgetretenen Anspruch auf Rückzahlung der 40.000 DM geltend machen, den diese auf der Grundlage der zwischen ihnen und dem Beklagten zu 1) bestehenden vertraglichen Beziehungen oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung hätten.

III.

Aber auch wenn der Grundstücksveräußerungsvertrag wirksam oder jedenfalls durch Vollziehung nach § 315 Satz 2 BGB gültig geworden sein sollte, stünde dem Beklagten zu 1) kein Anspruch auf Maklerprovision zu, sofern er sich so verhalten hätte, wie die Klägerin

vorgetragen hat. Durch ein derartiges Verhalten hätte er den Maklerlohn verwirkt, denn er hätte sich dann in einem Maße treuwidrig und arglistig verhalten, daß er die Provision nicht verdient hätte, so daß die entsprechende Anwendung des § 654 BGB geboten wäre (BGHZ 36, 323, 327).

Der Beklagte zu 1) hat, wenn der Vortrag der Klägerin zutrifft, der ihm gegenüber seiner Auftraggeberin obliegenden Treupflicht zuwidergehandelt, indem er die Vertragsverhandlungen mit den Erwerbern aus eigennützigen Gründen in einer Weise durchführte, daß von vornherein ein in seiner Wirksamkeit mindestens zweifelhafter Vertrag abgeschlossen wurde, wobei die nichtsahnende Klägerin auf Grund ihrer beim Notar abgegebenen Erklärungen noch in den Verdacht geraten konnte, sich an einer Umgehung der steuerrechtlichen Vorschriften zu beteiligen. Der Beklagte zu 1) mußte die Klägerin durch Mitteilung aller mit den Erwerbern getroffenen Abreden instand setzen, den notariellen Vertrag so abzuschließen, wie er von allen Beteiligten wirklich gewollt war, und er mußte sie außerdem davon unterrichten, welche Provision er tatsächlich erzielt hatte. Abzulehnen ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe kein Interesse daran gehabt, über den Kaufpreis und Einzelheiten des Geschäftsabschlusses etwas zu erfahren. Sie hatte ein berechtigtes Interesse an der Aufklärung, das sich sowohl aus ihren Beziehungen zum Beklagten zu 1) wie aus ihren Beziehungen zu den ihr von ihm zugeführten Käufern ergibt.

Hinzu kommt, daß der Beklagte zu 1), immer den Vortrag der Klägerin unterstellt, zugleich ohne deren Einverständnis den Notar getäuscht und ihm die Erfüllung seiner Aufgabe unmöglich gemacht hat, für eine rechtlich einwandfreie Niederlegung des Willens der Vertragspartner zu sorgen. Er hat ferner die Erwerber, denen gegenüber er als Vertreter der Klägerin zu redlicher Verhandlungsführung verpflichtet war, getäuscht. Gewiß brauchte er ihnen nicht zu offenbaren, welche Provision ihm die Klägerin zahlte und daß ihm der über einen bestimmten Preis hinaus erzielte Überpreis zustehen sollte. Er durfte ihnen aber nicht positiv unrichtige Angaben in der Richtung machen, daß er der Klägerin den übergebenen Barbetrag von 40.000 DM sogleich aushändigen werde, während er tatsächlich die Klägerin nicht einmal über den Empfang des Betrags unterrichten, sondern diesen heimlich als Provision behalten wollte. Wollte er damit bei den Erwerbern den Eindruck hervorrufen, daß er von der Seite der Klägerin keine Provision erhalte, und auf diese Weise die Käufer zur Zahlung einer beträchtlichen Käuferprovision bewegen, so liefe auch das auf eine grobe Irreführung hinaus.

Wenn der Beklagte zu 1) als Makler so erheblich gegen die ihm obliegenden Pflichten verstoßen haben sollte, so hätte er die Maklerprovision verwirkt. Er wäre dann zur Zahlung des von den Käufern empfangenen Betrags an die Klägerin ebenso verpflichtet, wie wenn der Provisionsanspruch wegen Nichtzustandekommens des vermittelten Geschäfts von vornherein nicht entstanden wäre.

IV.

Was den von der Klägerin gegen den Beklagten zu 2) erhobenen Anspruch betrifft, so ist nicht erkennbar, wie sich aus einer von diesem Beklagten den Grundstücks-erwerbern erteilten Provisionsquittung ergeben könnte, daß er zu der Klägerin in vertraglichen Beziehungen gestanden habe. Als Anspruchsgrundlage kommt demnach allein § 826 BGB, daneben allenfalls § 823 Abs. 2 BGB, in Betracht, sofern der Beklagte zu 2) sich an etwaigen unlauteren Machenschaften des Beklagten zu 1) beteiligt haben sollte. Die Klägerin müßte jedoch einen ihr dadurch zugefügten Vermögensschaden dartun, mit dessen Eintritt der Beklagte zu 2) gerechnet und den er gebilligt hätte. Es würde auch genügen, wenn sie einen den Eheleuten N. zugefügten Schaden darlegen würde, der darin bestehen könnte, daß diese unter Beteiligung des Beklagten zu 2) in sittenwidriger Weise zur Hingabe von 40.000 DM und zu weiteren Leistungen veranlaßt wurden, ohne einen vollen Gegenwert zu erhalten. Möglicherweise war dem Beklagten zu 2), nicht aber den Erwerbern, bewußt, daß die rechtliche Durchsetzung der Ansprüche der Käufer gegen die Klägerin auf Schwierigkeiten stoßen konnte, wenn die Abrede nicht in rechtlich einwandfreier Weise beurkundet wurde; bedingter Vorsatz würde genügen. Ein solcher Schadensersatzanspruch der Erwerber wäre ebenfalls an die Klägerin abgetreten. Es brauchten auch keine Bedenken gegen die Annahme zu bestehen, daß der in erster Linie aus Vertrag mit der Klägerin oder den Erwerbern haftende Beklagte zu 1) und der allein aus unerlaubter Handlung haftende Beklagte zu 2) hinsicht-

lich des Anspruchs auf die zurückverlangte Barzahlung von 40.000 DM Gesamtschuldner wären.

Jedenfalls ist der Klägerin, da das Berufungsgericht die sich aus dem Maklervertrag für den Beklagten zu 1) ergebenden Pflichten nicht richtig gesehen hat und sich das auf die Beurteilung des mitwirkenden Verhaltens des Beklagten zu 2) ausgewirkt haben kann, Gelegenheit zu geben, wegen des gegen diesen Beklagten erhobenen Anspruchs ihren Vortrag zu ergänzen.

V.

Das angefochtene Urteil ist demnach im Umfang der von der Klägerin eingelegten Revision aufzuheben, soweit es beide Beklagte betrifft, und die Sache ist in diesem Umfang zur erneuten Verhandlung und Entscheidung in die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Dem Senat erscheint es angebracht, von der in § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO vorgesehenen Befugnis Gebrauch zu machen, um eine völlig neue Beurteilung des Sachverhalts zu ermöglichen.

Dr. Hauß

Wüstenberg

Dr. Reinhardt

Bundesrichter Dr. Bukow
ist beurlaubt und an der
Unterzeichnung verhindert

Dr. Buchholz

Dr. Hauß