

47

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 77/77

## URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

15. März 1978  
H e l l m a n n ,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

der C [REDACTED] Marketing GmbH & Co., Wirtschafts- und Finanzberatungs KG, B [REDACTED]straße [REDACTED], K [REDACTED], vertreten durch die C [REDACTED] Marketing GmbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Erwin Walter C [REDACTED] und Wulf S [REDACTED], ebenda,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Walter Z [REDACTED], Im S [REDACTED]  
T [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Grell und die Richter Knüfer, Rottmüller, Dr. Hoegen und Dehner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 6. Juni 1977 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger beabsichtigte, mehrere steuerbegünstigte Eigentumswohnungen nach dem sogenannten "Kölner Modell" zu errichten. Am 28. Juli/1. August 1972 traf er mit der Beklagten eine als "Vermittlungsauftrag" bezeichnete Vereinbarung, in der es u.a. heißt:

"Ich beauftrage hiermit nach Maßgabe der umseitigen, mir bekannten Vertragsbedingungen die ... (Beklagte), für mich im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Errichtung und der Vermietung von Eigen-

- 3 -

tumswohnungen im nachstehenden Bauvorhaben den Abschluß eines Treuhandvertrages mit der ABAG Allgemeine Beteiligungs- und Bautreuhand-Aktiengesellschaft (ABAG) in Köln über die allumfassende treuhänderische Wahrnehmung meiner Rechte und Erfüllung meiner Pflichten bei dem Erwerb, der Errichtung und der Vermietung nachstehend näher bezeichneten Eigentumswohnung(en) einschließlich einer Bevollmächtigung der ABAG zum Abschluß des Grundstückskaufvertrages, des Baubetreuungsvertrages und aller sonstigen erforderlichen Verträge, zu vermitteln."

Nach dem Inhalt des Vertrages sollte die Beklagte als "Vermittlungsgebühren" 1,5 % aus dem Gesamtaufwand für alle Bauvorhaben erhalten. Die danach errechnete Summe von 31.122,20 DM hat der Kläger an die Beklagte bezahlt.

Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses war der Geschäftsführer und Gesellschafter der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten, Erwin W. G., mit 95 % der Einlagen an der Beklagten beteiligt; andererseits war er Mehrheitsaktionär und Aufsichtsratsvorsitzender der ABAG. Deren Vorstandsvorsitzender Dr. K. war zugleich Kommanditist der Beklagten mit einer Resteinlage von 50.000,-- DM (und ebenfalls Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten).

Der Kläger verlangt Rückzahlung der an die Beklagte geleisteten "Vermittlungsgebühren". Er sieht in der Zahlung die Erfüllung eines Maklerprovisionsanspruchs, für den wegen der Verflechtung zwischen der Beklagten und der ABAG kein Rechtsgrund bestanden habe. Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, bei dem streitigen Betrag handle es sich nicht um eine Maklerprovision für die Vermitt-



lung des Treuhandvertrages, sondern um ein Entgelt besonderer Art, das der Kläger für ihre Tätigkeit bei der konkreten Planung des gesamten, nach dem "Kölner Modell" abgewickelten Bauvorhabens und für die von ihr vorgenommene Anlageberatung gezahlt habe. Die Beklagte hat weiter vorgetragen, daß eine etwaige Bereicherung weggefallen sei, da sie ihren Außendienstmitarbeitern für den Abschluß des Vertrages mit dem Kläger insgesamt 38.903,55 DM Provision bezahlt habe.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfange stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die hiergegen eingelegte Berufung im wesentlichen zurückgewiesen und das landgerichtliche Urteil lediglich im Zinsausspruch geändert. Mit ihrer zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an den Vorderrichter.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, bei der Vereinbarung vom 28. Juli/1. August 1972 handle es sich um einen Maklervertrag, der auf die Vermittlung eines Treuhandvertrages zwischen dem Kläger und der ABAG gerichtet gewesen sei. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. a) Der Vereinbarung der Parteien liegt ein von der Beklagten stammendes Vertragsformular zugrunde, das auf der Rückseite die Allgemeinen Vertragsbedingungen der Beklagten (AVB) enthält und auf dessen Vorderseite der gesamte weitere Vertragsinhalt so vorgedruckt ist, daß lediglich der jeweilige Auftraggeber, das konkrete Bauvorhaben sowie die Art der Zahlungsweise eingesetzt werden muß. Das Berufungsgericht hat die Formulareigenschaft des Vertrages nicht ausdrücklich festgestellt. Daß es hiervon jedoch ausgeht, ergibt sich aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils, wo von der "vorgedruckten Provisionsvereinbarung" gesprochen wird. Im übrigen ergibt sich dies ohne weiteres aus den bei den Akten befindlichen Fotokopien der Vereinbarung, die der Senat bei seiner Würdigung mit heranziehen kann.

b) Die Auslegung von Formularverträgen unterliegt grundsätzlich der vollen Nachprüfung durch die Revisionsinstanz. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß ihr Anwendungsbereich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinausreicht und daher die Gefahr unterschiedlicher Auslegung besteht. Dies ist hier der Fall. Zwar enthält der Vertrag in § 5 Abs. 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen eine Gerichtsstandsklausel, wonach als Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag Köln bestimmt ist. Diese Klausel gilt aufgrund der Neufassung des § 38 ZPO jedoch nur noch im Verkehr zwischen Vollkaufleuten und ist im übrigen unwirksam. Dabei ist zu berücksichtigen, daß § 38 ZPO auch auf Gerichtsstandsvereinbarungen in solchen Verträgen anzuwenden ist, die vor dem Inkrafttreten der Vorschrift am 1. April 1974 abgeschlossen worden sind, sofern Rechtsstreitigkeiten hieraus erst nach diesem Zeitpunkt anhängig

werden (Art. 3 und 4 des Gesetzes zur Änderung der ZPO vom 21. März 1974 - BGBl I S. 753 ff). Daraus folgt, daß eine einheitliche Auslegung durch ein Oberlandesgericht nicht gewährleistet ist, da die Gerichtsstandsklausel zumindest insoweit nicht eingreift, als ihr § 38 ZPO entgegensteht. Auf die streitige Frage, ob eine derartige Vereinbarung vor dem 1. April 1974 rechtswirksam durch Allgemeine Geschäftsbedingungen getroffen werden konnte (vgl. hierzu Zöllner, ZPO 11. Aufl. § 38 Vorbemerkung II; Thomas/Putzo, ZPO 8. Aufl., vor § 38, Anm. 6 c; BGH WM 1974, 512, 513) braucht nicht näher eingegangen zu werden. Ebenso bedarf keiner näheren Erörterung, ob die Klausel den Bestimmtheitsvoraussetzungen des § 40 Abs. 1 ZPO genügt.

2. Bei der Auslegung jener Vereinbarung, die allein als Anspruchsgrundlage in Betracht kommt, ist deren Sinngehalt nach objektiven Maßstäben unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise festzustellen. Eine Berücksichtigung von Umständen, die den Vertragspartnern lediglich im konkreten Einzelfall bekannt waren, scheidet aus.

a) Nach dem Wortlaut der Vereinbarung ist Gegenstand des Vertrages ein "Vermittlungsauftrag". Die Beklagte sollte den "Abschluß eines Treuhandvertrages mit der ABAG ... vermitteln." Für "die Ausführung der Vermittlungsleistung hinsichtlich des Betreuungsvertrages" sollte sie "Vermittlungsgebühren" erhalten, die nach "Bestätigung des Vermittlungsvertrages" zu zahlen waren.

Angesichts dieses ganz auf eine Vermittlungsleistung ausgerichteten Wortlauts ist kein Raum für die Annahme der Beklagten in der Berufungsinstanz, ihre Leistung habe gleichwohl in der Zurverfügungstellung und Nutzbarmachung der von ihr gefundenen und organisierten Anlagemöglichkeiten bestanden. Ebenso scheidet eine Auslegung aus, die dahin geht, daß die Beklagte mit den Vermittlungsgebühren für ihre Mitwirkung an der wirtschaftlichen, steuerlichen und technischen Vorbereitung des Projekts entlohnt werden sollte. Vielmehr spricht der oben wiedergegebene Wortlaut für einen lediglich auf die Vermittlung eines Treuhandvertrages gerichteten Maklervertrag (vgl. hierzu den ähnlich liegenden Fall BGH WM 1977, 762).

b) Die Revision verkennt dies nicht. Sie meint jedoch, aus dem Gesamtinhalt des Vertrages sowie aus dem von den Parteien angestrebten Vertragszweck ergebe sich, daß die Vermittlungstätigkeit der Beklagten sich auf den Abschluß eines "ganzen Paketes" von Verträgen bezogen habe, die dem von dem Kläger verfolgten Zweck des Erwerbs von Wohnungseigentum nach dem "Kölner Modell" gedient hätten. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sei die Tätigkeit der Beklagten daher auf Vermittlung von Wohnungseigentum gerichtet gewesen.

Der Senat vermag dem nicht zu folgen. Zwar ist es richtig, daß der Kläger letztlich Wohnungseigentum erwerben wollte und daß der Eigentumserwerb nach dem "Kölner Modell" von der Konstruktion dieses Modells her den Abschluß einer ganzen Reihe von Verträgen voraussetzt. Dies ist zwischen den Parteien auch unstreitig. Aus der

Auslegung der Vereinbarung ergibt sich jedoch nicht, daß dieses weitergehende Ziel auch Vertragsinhalt geworden ist.

Gegen die Annahme einer derart umfassenden Vermittlungstätigkeit der Beklagten spricht, daß der Abschluß des Treuhandvertrages mit der ABAG gerade zu dem Zweck erfolgen sollte, dieser die Möglichkeit "zum Abschluß aller weiteren erforderlichen Verträge" einzuräumen (§ 2 Abs. 1 AVB). Auch aus dem dem "Vermittlungsauftrag" beigelegten Vertragsmuster des Treuhandvertrages (vgl. § 2 Abs. 2 AVB) ergibt sich, daß es Aufgabe des Treuhandlers sein sollte, alle im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Errichtung, der Verwaltung und Vermietung erforderlichen Vertragsabschlüsse vorzunehmen. Das aber war die ABAG. Für diese Tätigkeit sollte sie gemäß § 7 Abs. 1 des Treuhandvertragsmusters eine Gebühr von 3 % des Gesamtaufwandes erhalten. Hieraus ergibt sich, daß die praktische Durchführung des Eigentumserwerbs nach dem "Kölner Modell" allein bei der Treuhänderin ABAG lag und nicht zum Aufgabenkreis der Beklagten gehörte. Für diese Auslegung spricht zusätzlich, daß nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 4 Abs. 1 AVB die an die Beklagte zu zahlende Vergütung für die "Ausführung der Vermittlungsleistung hinsichtlich des Betreuungsvertrages" erfolgen sollte. Aus alledem folgt, daß - wie es im Vertrag selbst auch zum Ausdruck kommt - der Vermittlungsauftrag zwar "im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Errichtung und Vermietung von Eigentumswohnungen" erteilt worden ist, daß er selbst sich jedoch nur auf den Abschluß eines Treuhandvertrages bezieht. Die besondere Hervorhebung des Wortes "Treuhandvertrag" im Vertragstext durch Fettdruck betont dies noch zusätzlich.

Soweit es in dem Vertragsformular heißt, "der Vermittlungsauftrag wird erteilt für ... Stück Eigentumswohnung(en)", wird damit nur näher konkretisiert, auf welche Bauvorhaben sich der Treuhandvertrag beziehen soll. Anhaltspunkte für eine Ausweitung der Vermittlungstätigkeit der Beklagten lassen sich hieraus nicht gewinnen.

Gleiches gilt auch für die weiteren, von der Revision angeführten Gesichtspunkte, nämlich das in § 4 Abs. 2 AVB festgelegte Recht der Beklagten, Aufwandsersatz auch dann zu verlangen, wenn der Auftraggeber den Abschluß der "sonstigen Verträge" verweigert, sowie die Berechnung der Vermittlungsgebühren aus dem Gesamtaufwand des Bauvorhabens. Die Ausweitung des Aufwandsersatzanspruchs findet ihre Erklärung in der rechtlichen Konstruktion des "Kölner Modells", wonach der Treuhandvertrag eine - selbständige - Zwischenstufe auf dem Weg zum Erwerb von Wohnungseigentum darstellt, wozu wiederum der Abschluß weiterer Verträge gerade erforderlich ist.

c) Die Höhe der vereinbarten Vermittlungsgebühren und ihre Berechnung aus dem Gesamtaufwand läßt für sich allein gesehen keine Schlüsse auf den Inhalt der vertraglichen Vermittlungsleistung zu. Insbesondere läßt sich ihr nicht entnehmen, daß sie als Entgelt für die Vermittlung von Wohnungseigentum gedacht war, wie die Revision meint. Vielmehr ergibt die Auslegung der Vereinbarung, daß Gegenstand des Vermittlungsauftrages ein allein auf die Vermittlung des Treuhandvertrages gerichteter Maklervertrag war.

II.            Rechtlich zutreffend hat das Berufungsgericht das Vorliegen einer den gesetzlichen Provisionsanspruch

ausschließenden Verflechtung zwischen der Beklagten und der ABAG bejaht. Hiervon ausgehend hat es weiter geprüft, ob die Parteien eine besondere, von der Erbringung einer echten Maklerleistung unabhängige Provisionsvereinbarung getroffen haben. Es hat eine derartige Vereinbarung jedoch verneint. Insoweit lassen seine Ausführungen keinen Rechtsirrtum erkennen.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ermöglicht der im Schuldrecht herrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit es den Parteien, Provisionsvereinbarungen auch für den Fall zu treffen, daß eine nach dem Gesetz provisionspflichtige Maklerleistung nicht erbracht werden kann (WM 1977, 415, 416). Voraussetzung hierfür ist jedoch ein entsprechender Verpflichtungswille der Vertragsparteien. Dieser kann vorliegen, wenn dem Auftraggeber Art und Umfang der Verflechtung zwischen Makler und Vertragspartner positiv bekannt sind (BGH WM 1977, 415, 416). Er kann sich auch aus anderen Umständen ergeben, etwa wenn der Auftraggeber sich zur Provisionszahlung verpflichtet, obwohl ihm bewußt ist, daß der "Makler" keinerlei Maklertätigkeit entfaltet hat (BGH WM 1977, 341, 342), oder wenn er vor seiner Verpflichtung vor die Alternative gestellt wurde, entweder ein Objekt zuzüglich der Gebühr zu erwerben oder von dem Kauf Abstand zu nehmen (BGH WM 1977, 415, 416). Für sämtliche Fallgestaltungen sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ausreichende Anhaltspunkte nicht vorgetragen. Auch dies ist rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Der Sachvortrag der Beklagten, dessen fehlende Würdigung die Revision rügt und aus dem sie den Schluß ziehen möchte, der Kläger habe die bestehende Verflechtung gekannt, ist zum Teil unsubstantiiert, zum Teil unbe-

achtlich. Unsubstantiiert ist insbesondere das Vorbringen der Beklagten, dem Kläger sei die Verflechtung bekannt gewesen, da sie sich aus den von der Beklagten und der ABAG verwendeten Briefbogen ergeben habe. Die erforderliche positive Kenntnis der Verflechtung setzt nämlich voraus, daß dem Auftraggeber die einer echten Maklertätigkeit entgegenstehenden Umstände bekannt sind, hier also die rechtliche Stellung der Herren G. [REDACTED] und K. [REDACTED] in beiden Unternehmen sowie der Umfang ihrer finanziellen Beteiligung. Daß gerade diese Umstände sich aus den verwendeten Briefbogen entnehmen ließen, hat die Beklagte selbst nicht behauptet.

Entgegen der Meinung der Revision ergaben sich auch aus der im Vertrag enthaltenen Verpflichtung des Klägers, die Vermittlungsgebühren auf ein Konto der ABAG zu entrichten, keine Anhaltspunkte für die Kenntnis des Klägers von der provisionsausschließenden Verflechtung zwischen der Beklagten und der ABAG. Soweit die Revision zusätzlich noch auf die von ihr behauptete Branchenkenntnis des Klägers abhebt, übersieht sie, daß diesem Umstand nur dann für die Feststellung eines entsprechenden Verpflichtungswillens Bedeutung zukommt, wenn dem Auftraggeber gerade aufgrund seiner Branchenkenntnis Art und Umfang der Verflechtung positiv bekannt waren (BGH WM 1976, 1158). Daß dies hier der Fall war, hat die Beklagte selbst nicht behauptet.

Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe bei seiner Würdigung die besondere Höhe der Provision nicht berücksichtigt. Es habe außerdem nicht beachtet, daß dem Kläger bekannt gewesen sein müsse, daß sämtliche vergleichbaren Unternehmen ebenfalls Provision verlangt hätten. Vor allem habe der Kläger eine echte Maklerleistung schon

deshalb nicht von der Beklagten erwarten können, weil im Vermittlungsauftrag die Person des Treuhänders und der Gesamtpreis aller Baumaßnahmen bereits exakt bestimmt gewesen seien. Das Berufungsgericht ist zwar bei seiner Würdigung auf diese Gesichtspunkte nicht ausdrücklich eingegangen. Es sind jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür erkennbar, daß es sie übersehen hat, so daß insoweit für eine Überprüfung der tatrichterlichen Würdigung kein Raum bleibt.

III. Da somit ein Provisionsanspruch nicht bestand, hat die Beklagte die Vermittlungsgebühren von 31.122,20 DM ohne Rechtsgrund erlangt. Sie ist dem Kläger nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zur Rückgewähr verpflichtet.

1. Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, der geltend gemachte Bereicherungsanspruch sei nicht verwirkt, bestehen hiergegen keine rechtlichen Bedenken (BGH WM 1975, 1208, 1209; 1976, 1194, 1195).

2. a) Nicht frei von Rechtsfehlern sind hingegen die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht im vorliegenden Fall eine Entreicherung der Beklagten verneint hat. Die Beklagte hat für die Vermittlung des Vertragsabschlusses mit dem Kläger ihren Außendienstmitarbeitern Provision in Höhe von 38.903,55 DM gezahlt. Daß derartige Aufwendungen bei der Berechnung des Bereicherungsanspruchs grundsätzlich in Abzug zu bringen sind, entspricht allgemeiner Meinung (RG LZ 1920, 158 f; DNotZ 1933, 66 f; BGH NJW 1970, 2059; 1976, 1090, 1092; Palandt-Thomas, BGB

36. Aufl., § 818 Anm. 6 C b; Soergel/Mühl, BGB 10. Aufl., § 818 Rdn. 35; BGB-RGRK, 12. Aufl., § 812 Rdn. 57).

Die in der Person der Beklagten bestehende provisionshindernde Verflechtung und eine sich hieraus ergebende Verpflichtung, zu Unrecht bezahlte Vermittlungsbühren zurückzugewähren, begründen nicht etwa ihrerseits Bereicherungsansprüche der Beklagten gegen ihre Außendienstmitarbeiter, die einer Entreicherung entgegenstehen könnten. Zwischen der Beklagten und ihren Außendienstmitarbeitern bestand ein Handelsvertreterverhältnis. Dies ergibt die Auslegung der bei den Akten befindlichen "Geschäftsbesorgungsverträge", die der Senat selbst vornehmen kann, da das Berufungsgericht insoweit eine Auslegung unterlassen hat und weitere tatsächliche Feststellungen insoweit nicht in Betracht kommen. Aus § 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB, der zu Lasten des Handelsvertreters nicht abgeändert werden kann (§ 87 a Abs. 5 HGB), ergibt sich, daß ein Handelsvertreter auch dann Anspruch auf Provision hat, wenn der Unternehmer das Geschäft nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen worden ist. Diese Voraussetzung liegt hier vor. Aufgrund der Tätigkeit der Außendienstmitarbeiter ist zwischen den Parteien ein wirksamer Maklervertrag zustande gekommen. Die bloß subjektive Unmöglichkeit der Beklagten, zugunsten des Klägers gegenüber der ABAG eine Vermittlungstätigkeit zu entfalten, berührt die Wirksamkeit des Vertragsabschlusses nicht (BGHZ 47, 266, 269). Die von der Beklagten aufgrund des Maklervertrages zwar nicht geschuldete, ihr als Voraussetzung für die Entstehung einer Provision jedoch obliegende Leistung konnte die Beklagte nicht erbringen. Der Grund hierfür liegt allein in einem von ihr selbst zu vertretenden

Umstand, nämlich in ihrer Verflechtung mit der ABAG. Für die Ausnahmeregelung des § 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB ist somit kein Raum.

b) Auch das Berufungsgericht nimmt an, daß Aufwendungen der hier vorliegenden Art grundsätzlich abzugsfähig sind. Es vertritt jedoch die Auffassung, "wertende" Gesichtspunkte ständen im vorliegenden Falle einem Abzug ausnahmsweise entgegen. Hierzu hat es ausgeführt: In den Fällen einer wirtschaftlichen Verflechtung zwischen Makler und Verkäufer entfalle der Provisionsanspruch nicht zuletzt deshalb, weil die Provision zu einer getarnten Kaufpreiserhöhung führe. Was für die Vermittlung eines Kaufvertrages gelte, müsse auch für die Vermittlung eines vergütungspflichtigen Treuhandvertrages gelten. Insoweit folge aus dem Provisionsverbot wegen wirtschaftlicher Verflechtung, daß nicht nur maklerrechtlich, sondern auch für die bereicherungsrechtliche Beurteilung die Beklagte und die ABAG als besonders verwaltete Teile ein und desselben Vermögens angesehen werden müßten. Blicke die wechselseitige Interessenverknüpfung unberücksichtigt, so könne die Beklagte ihre Vertriebskosten dem Kläger als Bereicherungsminderung entgegenhalten, die ABAG könne hingegen über den ungeschmälerten Geschäftsgewinn verfügen. Gerade vor dieser Konsequenz aber wolle die Rechtsprechung zum Wegfall der Maklerprovision bei wirtschaftlicher Verflechtung den Auftraggeber bewahren. Die ihr zugrunde liegende Wertung wäre im Ergebnis wirkungslos, wenn es dem bereicherten Makler gestattet wäre, die ihm erwachsenen und auch dem Vertragsgegner zugute kommenden Vertriebskosten auf den Rückgewähranspruch anzurechnen.

c) Der Senat teilt diese Auffassung nicht.

Keine Bedenken bestehen gegen den rechtlichen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Einzelfall ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung des § 818 Abs. 3 BGB rechtfertigt. Die Bereicherungsansprüche gehören dem Billigkeitsrecht an. Sie sind dazu bestimmt, eine gerechte und billige Regelung der Vermögensverhältnisse gerade dann zu verwirklichen, wenn Gründe der Rechtslogik oder sonstige Umstände zunächst zu einem anderen Ergebnis geführt haben. Als Billigkeitsrecht unterstehen sie in ganz besonderem Maße den Grundsätzen von Treu und Glauben (BGHZ 36, 232, 234 f; 55, 128, 134).

Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts verstößt es jedoch hier nicht gegen Treu und Glauben, wenn die Beklagte sich auf die infolge der Provisionszahlungen eingetretene Entreicherung beruft.

Würde man im vorliegenden Falle der Beklagten die ihr nach dem Gesetz zustehende Möglichkeit nehmen, tatsächlich entstandene Vertriebsunkosten abzusetzen, so müßte sie für den geltend gemachten Anspruch mit ihrem sonstigen, nicht aus dem bereicherungsrechtlichen Vorgang herrührenden Vermögen aufkommen, da eine Bereicherung insoweit nur fingiert wäre, tatsächlich aber nicht vorhanden ist. Eine derartige Rechtsfolge stände in Widerspruch zu dem in § 818 Abs. 3 BGB zum Ausdruck gekommenen obersten Grundsatz des Bereicherungsrechts, wonach die Herausgabepflicht des redlichen Schuldners niemals zu einer Verminderung seines Vermögens über den Betrag der wirklichen Bereicherung hinaus führen darf (BGHZ 55, 128, 131, 134).

Gerade dies aber wäre die Konsequenz der von dem Berufungsgericht vertretenen Rechtsauffassung. Die Beklagte müßte dann nämlich für einen Bereicherungsanspruch einstehen, obwohl nicht sie, sondern allenfalls die ABAG noch bereichert ist. Sie müßte zu diesem Zwecke Vermögenswerte angreifen, die mit dem Abschluß des Vermittlungsauftrages gar nichts zu tun haben. Zu einer derartigen Konsequenz besteht auch unter Berücksichtigung der zwischen der Beklagten und der ABAG früher vorhandenen wirtschaftlichen Verflechtung nach Treu und Glauben kein Anlaß.

Bedenken ergeben sich insoweit bereits gegen den Ausgangspunkt der Überlegungen des Berufungsgerichts. Zwar ist es richtig, daß der Senat die Geltendmachung einer Maklerprovision bei bestehender wirtschaftlicher Verflechtung als "wirtschaftlich nicht gerechtfertigte und dem Kunden gegenüber getarnte Erhöhung des Kaufpreises" bezeichnet hat (NJW 1971, 1839, 1840). Nicht hierin liegt jedoch der eigentliche Grund für den Provisionsausschluß. Vielmehr hat der mit dem Vertragspartner persönlich oder wirtschaftlich verflochtene Makler nur deshalb keinen Anspruch auf die gesetzliche Maklerprovision, weil die Verflechtung den Makler aufgrund des in seiner Person bestehenden Interessenkonflikts als generell ungeeignet erscheinen läßt, überhaupt die in § 652 BGB vorgesehene Vermittlungstätigkeit für seinen Auftraggeber zu entfalten (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. WM 1975, 542, 543; 1976, 1208, 1209; 1976, 1158). Der Makler erhält nach Sinn und Zweck also allein deshalb keine Provision, weil er keine Maklerleistung erbracht hat, nicht etwa, weil die Verkäuferfirma hierdurch eine von der Rechtsordnung mißbilligte Kaufpreiserhöhung erlangen würde. Daraus folgt, daß die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsauffassung, die Beklag-

te und die ABAG müßten maklerrechtlich wie auch bereicherungsrechtlich als besonders verwaltete Teile ein und desselben Vermögens angesehen werden, sich nicht als zwingende Konsequenz aus der Verflechtungsrechtsprechung ergibt.

Hinzu kommt noch ein weiteres Bedenken. Eine wirtschaftliche Beteiligung der ABAG an der Beklagten liegt nicht vor. Die Verflechtung zwischen beiden Unternehmen rührt lediglich daher, daß der Hauptaktionär der ABAG mit 95 % der Einlagen an der Beklagten beteiligt war und außerdem als Gesellschafter und Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten wesentlichen Einfluß auf deren Entscheidung hatte. Diese allein in der Person des Hauptaktionärs bestehende wirtschaftliche Verbindung rechtfertigt es jedoch nicht, der Beklagten etwaige Gewinne der ABAG faktisch zuzurechnen oder die ABAG mit den Vertriebsunkosten der Beklagten zu belasten. Daraus folgt, daß es nicht gerechtfertigt erscheint, aus einem Geschäftsgewinn der Aktiengesellschaft, deren selbständige Rechtspersönlichkeit nicht außer acht gelassen werden darf, Konsequenzen für die Feststellung des Umfangs der Bereicherung bei einer Kommanditgesellschaft herzuleiten, an der ein Hauptaktionär der Aktiengesellschaft wirtschaftlich beteiligt ist.

Die von dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhange noch zitierten Entscheidungen (OLG München OLGE 38, 126; RGZ 49, 59, 62; 138, 122, 124; 170, 65, 69) betreffen andere Fallgestaltungen und können daher hier nicht herangezogen werden. Der vom Reichsgericht aus den §§ 122, 179 Abs. 2, 307, 309 BGB abgeleitete allgemeine Rechtsgedanke, niemand dürfe dadurch Schaden erleiden, daß ein Rechtsgeschäft aus einem allein in der Person des an-

deren Vertragsteiles liegenden Grund unwirksam ist oder wird, ist entgegen der dort vertretenen Auffassung (RGZ 170, 65, 68 f) im Rahmen von § 818 Abs. 3 BGB nicht anwendbar (BGB-RGRK 12. Aufl., § 818 Rdn. 30). Seiner Anwendung steht entgegen, daß die Frage des Verschuldens für den Wegfall der Bereicherung gerade keine Rolle spielt, soweit nicht dem Bereicherungsschuldner der Mangel des rechtlichen Grundes positiv bekannt war (§ 819 Abs. 1 BGB) oder die Voraussetzungen der §§ 819 Abs. 2, 820 Abs. 1 BGB vorliegen.

3. Das angefochtene Urteil war hiernach aufzuheben. Das Berufungsgericht wird in der neuen Verhandlung zunächst zu prüfen haben, in welcher Höhe die von der Beklagten anlässlich der Vermittlung des Vertragsabschlusses zwischen dem Kläger und der ABAG an die Außendienstmitarbeiter gezahlten Provisionen bei der Berechnung des Bereicherungsanspruchs des Klägers zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen sind und ob und in welcher Höhe sonstige Leistungen des Klägers in die Saldierung einzubeziehen sind (§ 818 Abs. 3 BGB). Gelangt das Oberlandesgericht hierbei zu einem der Beklagten günstigen Ergebnis, wird zu prüfen sein, ob sie bereits der verschärften Haftung nach § 819 Abs. 1 BGB unterlag, als sie die Provisionen

an ihre Außendienstmitarbeiter zahlte. Der Kläger hat hierzu schlüssig behauptet, die Beklagte habe den Mangel des rechtlichen Grundes von Anfang an gekannt; die Beklagte hat das bestritten.

Dr. Grell

Knüfer

Rottmüller

Dr. Hoegen

zugleich für den  
urlaubshalber an  
der Unterzeichnung  
verhinderten Rich-  
ter am Bundesge-  
richtshof Dehner