

5

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

IV a ZR 37/80

### URTEIL

Verkündet am  
23. Oktober 1980

Ernst,  
Justizassistent

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der C [REDACTED] Wirtschafts- und Finanzberatung GmbH & Co KG, vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die C [REDACTED] Wirtschafts- und Finanzberatung GmbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Erwin Walter G [REDACTED] und Wulf S [REDACTED], S [REDACTED]-H [REDACTED]-Straße 8, K [REDACTED],
2. der C [REDACTED] Wirtschafts- und Finanzberatung GmbH, vertreten durch ihre Geschäftsführer Erwin Walter G [REDACTED] und Wulf S [REDACTED], S [REDACTED]-H [REDACTED]-Straße 8, K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Dr. Volker G [REDACTED], F [REDACTED],  
D [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 18. Januar 1979 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1) betätigt sich auf dem Gebiet der steuerbegünstigten Vermögensanlagen. Ihre persönlich haftende Gesellschafterin ist die Beklagte zu 2); als Kommanditisten sind an ihr Erwin Walter G. mit einer Einlage von 950 000 DM und Dieter K. mit einer Einlage von 50 000 DM beteiligt. Die Beklagte zu 2) hat ein Stammkapital von 100 000 DM. Davon befanden sich seit dem 1. April 1970 98% in den Händen von Erwin Walter G. und 2% in den Händen von Grith G. Seit dem 3. Juni 1975 gehören sämtliche Anteile Erwin Walter G. Dieser war mindestens bis zum 30. Juni 1971 Alleinaktionär der A. (A. B. und B.). Im Jahre 1971 wurde das Aktienkapital dieser Gesellschaft von bisher 100 000 DM auf 1 000 000 DM erhöht. Seitdem befanden sich Aktien im Nennwert von 900 000 DM in den Händen der Beklagten zu 1) und in Höhe von 100 000 DM in den Händen von Erwin Walter G. Am 5. September

1972 gab die Beklagte zu 1) aus steuerlichen Gründen ihren Aktienbesitz an der A[REDACTED] auf; G[REDACTED] erhöhte seinen Aktienbestand auf 950 000 DM, während die restlichen Aktien (50 000 DM) von Dieter K[REDACTED] übernommen wurde. Seit November 1975 gehören die Aktien der A[REDACTED] der "Dr. R[REDACTED] Gruppe".

Die Beklagte zu 1) propagierte insbesondere in den Jahren 1972 bis 1974 den Erwerb von Eigentumswohnungen nach dem sogenannten "Kölner Modell". Hierbei sollten die Wohneigentumsanlagen von den zu Bauherrengemeinschaften zusammengeschlossenen zukünftigen Wohnungseigentümern errichtet werden; diese sollten aber von den üblichen Aufgaben eines Bauherrn weitgehend durch die Einschaltung eines Treuhänders und eines Baubetreuers entlastet werden. Zum Treuhänder wurde regelmäßig die A[REDACTED] bestellt.

Der Kläger hat auf diese Weise zwei Eigentumswohnungen in Fürstenfeldbruck erworben. Er unterzeichnete im Juni 1972 ein Formular, das die Überschrift "Vermittlungsauftrag (Bauherrengemeinschaft Fürstenfeldbruck)" trug und folgenden Wortlaut hatte:

"Ich der/die Unterzeichnete ..... beauftrage hiermit nach Maßgabe der umseitigen und mir bekannten Vertragsbedingungen der Firma C[REDACTED] Wirtschaft- und Finanzberatungs GmbH & Co. (Beklagte zu 1) für mich im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Errichtung und der Vermietung von Eigentumswohnungen in Fürstenfeldbruck bei München den Abschluß eines Treuhandvertrages mit der A[REDACTED] A[REDACTED] B[REDACTED]- und B[REDACTED] A[REDACTED] in K[REDACTED] über die allumfassende treuhänderische Wahrnehmung meiner Rechte und Erfüllung meiner Pflichten bei dem Erwerb, der Errichtung und der Vermietung nachstehend näher bezeichneten Eigentumswohnung (en) auf dem Grundstück in Fürstenfeldbruck einschließlich einer Bevoll-



mächtigung der A. zum Abschluß des Baubetreuungsvertrages, Verwaltungsauftrages und aller sonstigen erforderlichen Verträge, sowie den Beitritt zur Bauherrengemeinschaft Fürstenfeldbruck/Am Sulzbogen zu vermitteln. ...

Den vorstehend ermittelten Barkapitaleinsatz werde ich auf das Konto der A. wie folgt einzahlen: ....

Die auf der Rückseite abgedruckten "Allgemeinen Vertragsbedingungen" bestimmen:

§ 4 Die Vergütung für die Ausführung der Vermittlungsleistung hinsichtlich des Betreuungsvertrages beträgt 1,5 v.H. des umseitig angegebenen Gesamtaufwandes (einschließlich Garage). Dieser Betrag ist fällig 14 Tage nach Annahme dieses Vermittlungsauftrages und zusammen mit der ersten Eigenkapitalrate auf ein Sonderkonto der A. zu entrichten. ....

§ 5 (1) Nebenabreden wurden nicht getroffen."

Die Beklagte nahm den Vermittlungsauftrag durch eine vom 8. Juni 1972 datierende schriftliche Erklärung an. Am 26. Juni 1972 erteilte der Kläger der A. einen Treuhandvertrag mit Vollmacht.

Die Beklagte zu 1) berechnete dem Kläger für die Vermittlung des Treuhandvertrages Gebühren in Höhe von 5 421,90 DM. Der Kläger zahlte diesen Betrag weisungsgemäß ein.

Die Betreuung des Bauobjekts übertrug die A. auf die mit ihr nicht verflochtenen Firma H. Wohnbau GmbH & Co. in S.

Der Kläger verlangt mit der Klage die von ihm an die Beklagte zu 1) gezahlte Provision zurück, weil diese ihm wegen ihrer Verpflichtung mit der A. keine Maklerdienste habe leisten können.

Die Beklagten behaupten: Die Formulierung des für die Beauftragung der Beklagten zu 1) verwandten Formulars ("Vermittlungsauftrag") sei auf steuerliche Überlegungen zurückzuführen. Im Entwurf dieses Formulars habe es geheißen, daß die Beklagte zu 1) mit der "Vermittlung des Abschlusses von Treuhandvertrag und Baubetreuungsvertrag" beauftragt werde. Man habe jedoch erkannt, daß eine andere Fassung des Formulars für den zukünftigen Wohnungseigentümer günstiger sei, da die Kosten der wirtschaftlichen Baubetreuung zu den Werbungskosten gerechnet werden und die Treuhandtätigkeit der ALBAG als eine Art wirtschaftlicher Oberbaubetreuung anzusehen sei, habe es nahegelegt, die Vergütung der Beklagten für ihre Vertriebstätigkeit in Beziehung zur Treuhandvergütung zu setzen, um für die bauwilligen Kunden eine Absetzbarkeit der Provision als Werbungskosten zu erreichen. Die Steuerbehörden hätten jedoch erkannt, daß die Leistung der Beklagten zu 1) in Wirklichkeit auf die Vermittlung einer Eigentumswohnung gerichtet war; sie hätten aus diesem Grunde die vom Bauwilligen gezahlte Vermittlungsprovision nicht als sofort absetzbare Werbungskosten anerkannt. Auf die Verflechtung zwischen der Beklagten und der A[REDACTED] sei der Kläger hingewiesen worden. Bei den Informationsgesprächen sei von Seiten der Außendienstmitarbeiter der Beklagten zu 1) betont worden, der Vertragsschluß sei insbesondere deshalb zu empfehlen, weil die Beklagte zu 1) nicht nur den Vertrieb übernommen habe, sondern in der Person der A[REDACTED] auch den Treuhänder stelle.

Ihrem Außendienstmitarbeiter J[REDACTED] habe die Beklagte zu 1) für den Geschäftsabschluß mit dem Kläger eine Provision von 7 228,80 DM gezahlt. Der Vertrag mit diesem Mitarbeiter habe den gleichen Wortlaut wie der Vertrag, der dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 15. März 1978 - IV ZR 77/77 (WM 1978, 708) zugrunde lag. Von der A[REDACTED] habe die Beklagte

zu 1) weder eine Vermittlungsprovision noch eine Auftragsgebühr erhalten, sondern lediglich ein Entgelt dafür, daß sie, die Beklagte zu 1) der A [REDACTED] ihm Organisation für die Erfüllung der Treuhandaufgaben zur Verfügung gestellt habe. Die Beklagten legen dazu eine Vereinbarung zwischen der Beklagten zu 1) und der A [REDACTED] vor, deren Echtheit vom Kläger bestritten wird. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte zu 1) von der ALBAG unstreitig von 1971 bis Mitte 1974 mindestens 26 257 853,-- DM erhalten.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß als Gesamtschuldner zur Rückerstattung der empfangenen Provision verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die hiergegen eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage.

#### Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß der vom Kläger am 9. November 1971 unterzeichnete Auftrag an die Beklagte nach seinem eindeutigen Wortlaut die Vermittlung eines Treuhandvertrages mit der A [REDACTED] zum Gegenstand hatte. Der Richter ist zwar auch bei einer ihrem Wortsinn nach eindeutigen Willenserklärung nicht an deren Wortlaut gebunden, wenn bestimmte Umstände vorliegen, aus denen geschlossen werden kann, daß der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht. Solange es an solchen Anhaltspunkten fehlt, muß davon ausgegangen werden, daß der Erklärende das, was er gesagt hat, auch wirklich gewollt hat (BGH, Urteil vom 2. Februar 1977 - IV ZR 167/75).

Das Berufungsgericht hat keine Anhaltspunkte für einen vom Wortlaut abweichenden Parteiwillen gefunden. Es hat sich insbesondere der Auffassung der Beklagten nicht anschließen können, die in dem "Vermittlungsauftrag" versprochene Gebühr sei das Entgelt für die konzeptionellen Vorleistungen der Beklagten zu 1). Es verweist in diesem Zusammenhang auf den von der Beklagten vertriebenen Werbeprospekt, in dem die Konzeption des Kölner Modells ausdrücklich der ALBAG zugeschrieben worden ist. Der Kläger habe daher keinesfalls die Vorstellung gewinnen können, Planung und Vorbereitung des Anlageprojekts lägen bei der Beklagten zu 1) und sollten mit der vereinbarten Gebühr abgegolten werden. In diesem Zusammenhang sei es auch von Bedeutung, daß nach dem Wortlaut des Vermittlungsauftrags die gezahlte Provision, wie es für einen Maklervertrag typisch sei, erfolgsabhängig sein sollte.

Diese, weitgehend auf tatrichterlichem Gebiet liegende Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision meint zwar, ein Maklervertrag könne nicht angenommen werden, weil die Beklagte zu 1), anders als der Vermittlungsmakler, keinen geeigneten Partner für ihren Kunden ausfindig und zum Vertragsschluß geneigt zu machen hatte. Das erscheint dem Senat nicht entscheidend. Der Makler muß zwar vielfach, um sich seine Provision zu verdienen, einen geeigneten Vertragspartner ermitteln; dies ist jedoch kein wesentliches Begriffsmerkmal des Maklervertrages. Selbst ein Nachweismakler kann sich den Maklerlohn dadurch verdienen, daß er seinem Kunden einen ihm, dem Makler bereits bei Vertragsschluß bekannten Interessenten benennt. Eine Vermittlungstätigkeit im Sinne des § 652 BGB - eine solche ist nach dem Wortlaut des Auftrags und den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts Ge-

gegenstand des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages - ist begrifflich auch dann möglich, wenn der vorgesehene Geschäftspartner dem Kunden bereits bei Erteilung des Maklerauftrags bekannt ist.

Die Revision meint ferner, die Annahme eines Maklervertrages würde dem von den Parteien befolgten Geschäftszweck und der Interessenlage nicht gerecht werden; denn ein Maklervertrag begründe keine Tätigkeitspflicht, an der aber die Kunden interessiert gewesen seien. Auch mit dieser Erwägung kann die tatrichterliche Auslegung des "Vermittlungsauftrags" nicht in Frage gestellt werden. Ein Maklervertrag begründet zwar nach dem gesetzlichen Leitbild (§ 252 BGB) keine Tätigkeitspflicht des Maklers. Eine abweichende Vereinbarung ist jedoch möglich; der Vertrag ist dann als Maklerdienstvertrag anzusehen. Ob im vorliegenden Falle der Vertrag dahin auszulegen ist, daß die Beklagte zu 1) zur Tätigkeit verpflichtet war, kann dahingestellt bleiben; diese Frage wäre nur dann von Bedeutung, wenn der Kläger ihr eine Verletzung der Tätigkeitspflicht vorwerfen und daraus Rechtsfolgen herleiten würde.

Im übrigen hat die Beklagte zu 1) in ihren "Allgemeinen Vertragsbedingungen" ausdrücklich festgehalten, daß keine Nebenabreden getroffen worden sind. Eine solche Klausel schließt zwar die Berücksichtigung von Umständen außerhalb der Urkunde zur Auslegung der in ihr enthaltenen Willenserklärung nicht schlechthin aus; sie ist jedoch ein Indiz dafür, daß die Beklagte zu 1) den Vertrag so verstanden wissen wollte, wie es sich aus seinem klaren Wortlaut ergibt. Daran muß sie sich festhalten lassen.

2. Zwischen den Parteien ist es unstreitig, daß sich in der für den vorliegenden Rechtsstreit maßgeblichen Zeit

1971 bis 1972 die Kommanditanteile an der Beklagten zu 1), das Stammkapital der Beklagten zu 2) und das Aktienkapital der A. sich bis auf einen geringfügigen Teil in den Händen von Erwin Walter G. befanden; diese drei Gesellschaften waren daher trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit miteinander wirtschaftlich identisch. Aus diesem Grunde war es der Beklagten zu 1) nicht möglich, eine auf den Abschluß eines Vertrages mit der A. gerichtete Vermittlungstätigkeit zu entfalten und sich dadurch die vom Kläger versprochene Vermittlungsprovision zu verdienen (BGH LM BGB § 652 Nr. 41, 50 = NJW 1971, 1839; 1974, 1130; WM 1974, 783). Ein Anspruch auf Maklerprovision stand der Beklagten zu 1) somit nicht zu.

Die Revision meint demgegenüber: Beim Kauf einer Eigentumswohnung sei vom Standpunkt des Käufers aus die Einschaltung einer mit der Verkäuferin verflochtenen Maklerfirma wirtschaftlich sinnlos; sie diene lediglich dazu, den Verdienst der Verkäuferin zu erhöhen. Anders sei es beim "Kölner Modell": Hier sei jeder Kunde darauf angewiesen, daß die erforderliche Zahl von Bauherren zusammengebracht, ihre Bonität geprüft und der Zusammenschluß zur Bauherrengemeinschaft durch Abgabe der erforderlichen Erklärungen organisiert werde. Diese Überlegungen können zwar die Einschaltung der A., nicht aber die der Beklagten rechtfertigen. Die erstrebte Wirkung hätte ebenso erzielt werden können, wenn die Interessenten unmittelbar den Treuhandauftrag an die ALBAG unterzeichnet hätten. Durch die Einschaltung der Beklagten wurde lediglich ein zusätzlicher Provisionsanspruch begründet.

Die in der Verflechtungsrechtsprechung des BGH entwickelten Grundsätze könne nach Auffassung der Revision

auf den vorliegenden Fall auch deshalb nicht angewandt werden, weil die Beklagte sich nicht in einem Interessenkonflikt befunden habe, der sie zur Wahrnehmung der Interessen ihrer Auftraggeber nicht geeignet erscheinen lasse. Auch dem kann der Senat nicht folgen. Auf den Gesichtspunkt der Interessenkollision hat es der Bundesgerichtshof nur in den Fällen abgestellt, in denen zwar eine gewisse Verflechtung zwischen Maklerfirma und vorgesehener Vertragspartnerin bestand, in denen diese aber nicht einen solchen Grad erreicht hatte, daß von einer wirtschaftlichen Identität gesprochen werden konnte (BGH NJW 1973, 1649 = LM BGB § 652 Nr. 47; WM 1976, 1228; Urteil vom 19. Januar 1977 IV ZR 73/75). In den Fällen, in denen die Maklerfirma von dem vorgesehenen Geschäftspartner oder der vorgesehene Geschäftspartner von dem Makler oder beide von einem Dritten wirtschaftlich beherrscht worden sind, ist der Anspruch auf Maklerprovision dagegen deshalb versagt worden, weil die "Maklerfirma" wegen der bestehenden wirtschaftlichen Identität keine Maklerdienste (Vermittlung oder Nachweis) im Sinne des § 652 BGB leisten konnte (BGH NJW 1971, 1839; 1974, 1130 = LM BGB § 652 Nr. 41, 50; BGH WM 1973, 389; 1974, 783).

3. Nach dem das Schuldrecht des BGB beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit kann eine Provisionsverpflichtung auch für solche Fälle begründet werden, in denen die Voraussetzungen des § 652 BGB nicht gegeben sind, in denen also der Provisionsberechtigte weder eine Nachweis- noch eine Vermittlungstätigkeit entfalten hat (BGH WM 1977, 341; 1977, 415; 1978, 708). Ob ein Maklervertrag oder ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen vorliegt, ist eine Frage der Vertrags-

auslegung. Der Bundesgerichtshof hat zwar in dieser Hinsicht gewisse Grundsätze aufgestellt; so hat er insbesondere ausgesprochen, daß eine Provisionszusage in der Regel nur dann als ein von § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen aufgefaßt werden könne, wenn der Interessent eine klare Kenntnis von der zwischen dem Empfänger und dem Geschäftspartner bestehenden wirtschaftlichen Verbindung habe (BGH NJW 1975, 1215; WM 1975, 1208; 1976, 1158); andererseits wurde angenommen, daß ein unabhängiges Provisionsversprechen dann vorliege, wenn der Kaufinteressent vor die Alternative gestellt werde, entweder eine Provision zu versprechen oder vom Kauf Abstand zu nehmen (BGH WM 1977, 415, 416). Damit sollten jedoch lediglich Hilfen für die Auslegung unklarer Vereinbarungen gegeben werden; auf die genannten Kriterien kommt es daher nicht an, wenn sich bereits aus dem Wortlaut ein eindeutiger Parteiwille ergibt und Anhaltspunkte für einen vom Wortlaut abweichenden Parteiwillen fehlen. Das ist aber hier nach den aus Rechtsgründen unangreifbaren Feststellungen des Berufungsgerichts der Fall. Für die Entscheidung über den Anspruch auf Rückzahlung der Provision für das Bauvorhaben in Fürstfeldbruck ist es daher ohne Bedeutung, inwieweit der Kläger über die Verflechtung zwischen der Beklagten zu 1) und der A. unterrichtet war.

4. § 354 HGB kommt, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, als Grundlage für einen Provisionsanspruch der Beklagten zu 1) nicht in Frage. Auch ein Kaufmann kann aufgrund eines Maklervertrages nur dann eine Provision verlangen, wenn er eine (erfolgreiche) Maklertätigkeit ausgeübt hat (BGH LM HGB § 354 Nr. 5).

5 a. Da somit keine wirksame Provisionsverpflichtung des Klägers entstanden ist, kann dieser die an die Beklagte zu 1) geleistete Zahlung gem. § 812 BGB zurückfordern. § 814 BGB steht dem nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift wäre der Rückforderungsanspruch dann ausgeschlossen, wenn der Kläger bei der Leistung gewußt hätte, daß dem Beklagten zu 1) kein Provisionsanspruch zusteht. Dabei genügt es nicht, daß dem Leistenden die Tatsachen bekannt sind, aus denen sich das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung ergibt; der Leistende muß vielmehr aus diesen Tatsachen auch eine im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlußfolgerung gezogen haben (BGH LM BGB § 242 /Cd/ Nr. 19; BGH NJW 1969, 1165, 1167). Daß dies der Fall gewesen sei, hat jedoch der Tatrichter nicht festgestellt.

b. Bei der Prüfung der Frage, in welchem Umfang die Beklagte zu 1) bereichert ist, sind die Zahlungen, die sie an ihre Außendienstmitarbeiter aus Anlaß des Abschlusses der Verträge mit dem Kläger gezahlt hat, nicht zu berücksichtigen.

Der frühere IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat allerdings in zwei Entscheidungen (Urteil vom 15. März 1978 - IV ZR 77/77 - WM 1978, 708 - und vom 3. Mai 1978 - IV ZR 134/77 -) den gegenteiligen Standpunkt vertreten. Er hat ihn wie folgt begründet: Zwischen der Beklagten und ihren Außendienstmitarbeitern bestehe ein Handelsvertreterverhältnis. Aus § 87 a Abs. 3 S. 1 HGB, der zu Lasten des Handelsvertreters nicht abgeändert werden könne (§ 87 a Abs. 5 HGB), ergebe sich jedoch, daß ein Handelsvertreter auch dann Anspruch auf Provision habe, wenn der Unternehmer das Geschäft nicht oder nicht so ausführe, wie es abgeschlossen worden sei. In den Fällen der vorliegenden Art sei aufgrund der Tätigkeit der Außendienstmitarbeiter zwischen

den Interessenten und der Beklagten zu 1) ein wirksamer Maklervertrag zustande gekommen, dessen Rechtswirksamkeit durch die bloß subjektive Unmöglichkeit der Beklagten, zu Gunsten des Klägers gegenüber der A. eine Vermittlungstätigkeit zu entfalten, nicht berührt wurde. Daß die Beklagten die von ihr aufgrund des Maklervertrages zwar nicht geschuldete, ihr als Voraussetzung für die Entstehung einer Provision jedoch obliegende Leistung nicht habe erbringen können, beruhe allein auf einem von ihr selbst zu vertretenden Umstand, nämlich auf ihrer Verflechtung mit der A. Die Beklagte zu 1) habe daher ihren Außendienstmitarbeitern die vereinbarte Provision geschuldet, obwohl sie selbst im Verhältnis zu den Interessenten einen Provisionsanspruch nicht erwerben konnte. Sie sei daher im Gegensatz zum Interessenten nicht zu einer Rückforderung der geleisteten Zahlung berechtigt.

Ob mit diesem Gedankengang eine Anrechnung der gezahlten Unterprovisionen auf den Bereicherungsanspruch begründet werden kann, erscheint dem Senat zweifelhaft. Bei der Prüfung der Frage, inwieweit der Leistungsempfänger bereichert ist, dürfen nur solche Nachteile beachtet werden, die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit dem die Grundlage der Bereicherung bildenden Tatbestand in einem adäquat ursächlichen Zusammenhang stehen. Dies ist jedenfalls die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes durchaus herrschende Auffassung (RGZ 170, 65, 67; BGHZ 1, 75, 81; 14, 79; BGH MDR 1957, 598; LM BGB § 818 Abs. 3 Nr. 6; WM 1961, 273; 1967, 395, 397; 1972, 564; 1972, 888). Im Schrifttum wird allerdings geltend gemacht, daß das Kriterium des ursächlichen Zusammenhangs nicht immer bestimmt genug und verschiedentlich zu weit sei und daß daher nur solche Vermögensnachteile und

Aufwendungen berücksichtigt werden dürfen, die der gutgläubig Bereicherte im Vertrauen auf die Unwiderruflichkeit des vermeintlichen Vermögenszuwachses gemacht habe (Flume in Festschrift Niedermeyer S. 103, 145; Mühl bei Soergel/Siebert, BGB, 10. Aufl. y 818 Rdn. 33; Westermann bei Ermann, BGB, 6. Aufl. § 818 Rdn. 32; Palandt/Thomas BGB 39. Aufl. § 818 Anm. 6 A b; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 2, 11. Aufl. § 70 II; Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd II, 2. Halbband, 5. Aufl. § 51 II 1c; ähnlich BGHZ 56, 173, 179; vgl. im übrigen BGH WM 1970, 1421). Eine Auseinandersetzung mit dieser Meinung bedarf es hier jedoch nicht, da nach ihr Nachteile in einem noch begrenzteren Umfange anzurechnen wären als nach der Kausalitätstheorie. Es könnte nun geltend gemacht werden, daß gerade nach der Auffassung des IV. Zivilsenats zwischen dem Bereicherungstatbestand - der Zahlung der nicht geschuldeten Provision - und der Belastung der Beklagten mit der Provisionspflicht gegenüber ihren Außendienstmitarbeitern kein ursächlicher Zusammenhang bestehe; denn die Zahlung der Unterprovision wurde unabhängig von dem Eingang der Zahlungen der Interessenten geschuldet (vgl. Palandt/Thomas, BGB, 39. Aufl. § 818 Anm. 6 Cb).

Eine abschließende Entscheidung dieser Frage bedarf es hier jedoch nicht. Anzurechnen wäre die Unterprovision nur dann, wenn sie von der Beklagten für die Vermittlung des Maklervertrages zwischen ihr und dem Kläger geschuldet worden wäre. Dies ist eine Frage der Vertragsauslegung, die vom Revisionsgericht selbst entschieden werden kann, weil das Berufungsgericht insoweit keine Auslegung vorgenommen hat und weitere tatsächliche Feststellungen nicht in Betracht kommen (vgl. Urteil vom 15. Februar 1978 - IV ZR 77/77 - WM 1978, 708 unter III 2 a). Aus dem Wortlaut der Mitarbeiterverträge, die sich in den Akten

dieses Rechtsstreits und in den zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Beiakten befinden, läßt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, ob die Provision nur für die Vermittlung des Maklervertrages zwischen der Beklagten zu 1) und der A [REDACTED] oder aber für das Gesamtgeschäft (Erwerb der Eigentumswohnung) gezahlt werden sollte. Die Tätigkeit der Mitarbeiter richtete sich zweifellos auf den Abschluß des gesamten Vertragswerks: denn der der Beklagten zu 1) erteilte "Vermittlungsauftrag" hatte nur als Teil der Gesamtkonzeption einen Sinn. Schon dies spricht dafür, daß die Provision nicht bloß die Vermittlung des Maklervertrages abgelten sollte. Es kommt hinzu, daß die den Außendienstmitarbeitern geschuldeten Provisionen die Höhe der von den Interessenten versprochene Provision erreichte und teilweise sogar überstieg. Daß ein Kaufmann einem Handelsvertreter für die Vermittlung eines Geschäfts eine Provision verspricht, die über den Betrag hinausgeht, den der Geschäftsherr aus dem Geschäftsabschluß erwartet, ist wirtschaftlich unvernünftig und daher völlig unwahrscheinlich. Dem Umstand, daß die Provision von der Beklagten zu 1) und nicht von der A [REDACTED] zu zahlen war, kommt angesichts der zwischen beiden Gesellschaften bestehenden Verflechtung für die Entscheidung der Frage, welche Leistung mit der Provisionszahlung abgegolten werden sollte, keine wesentliche Bedeutung zu. Es ist deshalb davon auszugehen, daß die Außendienstmitarbeiter ihre Provision für die Vermittlung des Gesamtgeschäfts - das rechtlichen Bestand hat und nicht der Rückabwicklung nach dem § 812 ff BGB unterliegt - erhalten haben.

c) Ihre allgemeinen Vertriebskosten kann die Beklagte zu 1) schon deshalb nicht zur Verrechnung stellen, weil diese auch dann entstanden wären, wenn der Kläger die ver-

einbarte Provision nicht gezahlt hätte; sie sind im übrigen nicht hinreichend substantiiert.

6. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ist der Rückforderungsanspruch des Klägers nicht verwirkt. Die Beklagte meint, es verstoße gegen Treu und Glauben, daß der Kläger zwar die gezahlte Provision zurückverlange, die aber durch das "Kölner Modell" erlangten steuerlichen Vorteile behalten wolle. Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Kläger tatsächlich die steuerlichen Vorteile zugute gekommen sind, die er sich von der Beteiligung an der Bauherrengemeinschaft erwartete. Auf jeden Fall waren diese Vorteile nicht die Folge des Vertragsschlusses mit der Beklagten zu 1); sie wären ihm in gleicher Weise zugefallen, wenn er sofort mit der A■■■■ abgeschlossen hätte, ohne vorher die Beklagte zu 1) mit der "Vermittlung" zu beauftragen.

Dr. Hoegen

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs