

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV a ZR 40/80

URTEIL

Verkündet am

22. Januar 1981

Hellmann,

Justizamtsinspektor

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

1. der I [REDACTED], I [REDACTED] - und H [REDACTED] - B [REDACTED] -
GmbH & Co KG, vertreten durch ihren persönlich haf-
tenden Gesellschafter, Fa. I [REDACTED] I [REDACTED] - und H [REDACTED]
[REDACTED] - B [REDACTED] - Gesellschaft m.b.H., diese vertre-
ten durch ihren Geschäftsführer, Dipl. Kfm. Wolfgang
V [REDACTED], F [REDACTED] -straße [REDACTED], K [REDACTED] (früher firmie-
rend: C [REDACTED] W [REDACTED] - und F [REDACTED] GmbH
& Co. KG),
2. der C [REDACTED] W [REDACTED] - und F [REDACTED] GmbH,
vertreten durch ihren Geschäftsführer Wolfgang V [REDACTED],
S [REDACTED] -H [REDACTED] -Straße [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Manfred B [REDACTED], T [REDACTED],
H [REDACTED] 66,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 18. Januar 1979 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1) betätigt sich auf dem Gebiet der steuerbegünstigten Vermögensanlagen. Ihre persönlich haftende Gesellschafterin war in dem hier maßgeblichen Zeitraum die Beklagte zu 2); als Kommanditisten sind an ihr Erwin Walter G. [REDACTED] mit einer Einlage von 950 000 DM und Dieter K. [REDACTED] 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 98 000 DM in den Händen von Erwin Walter G. [REDACTED] und 2% in den Händen von

- 3 -

Grith G[REDACTED]. Seit dem 3. Juni 1975 gehören sämtliche Anteile Erwin Walter G[REDACTED]. Dieser war mindestens bis zum 30. Juni 1971 Alleinaktionär der ALBAG (A[REDACTED]-B[REDACTED]- und B[REDACTED]gesellschaft). 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 G[REDACTED]. Am 5. September 1972 gab die Beklagte zu 1) aus steuerlichen Gründen ihren Aktienbesitz an der ALBAG auf; G[REDACTED] erhöhte seinen Aktienbestand auf 950 000 DM, während die restlichen Aktien (50 000 DM) von Dieter K[REDACTED] übernommen wurden. Seit November 1975 gehören die Aktien der ALBAG 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 ALBAG bestellt.

Der Kläger hat auf diese Weise zwei Eigentumswohnungen in H[REDACTED]-F[REDACTED] erworben. Am 14./16. November 1972 erteilte er der Beklagten zu 1) schriftlich "Auftrag und Vollmacht", für ihn mit der Firma ALBAG einen Treuhandvertrag nach einem vorgedruckten Vertragsmuster abzuschließen. Als Vergütung für die Ausführung des Auftrages



("Auftragsgebühr") wurden 3% vom Gesamtaufwand (12.624,-- DM) vereinbart. Aufgabe der ALBAG als Treuhänderin sollte es u.a. sein, die Rechte und Interessen des Klägers bei der Errichtung und Finanzierung der Wohnungen umfassend wahrzunehmen, Verträge abzuschließen, Rechtshandlungen vorzunehmen und Pflichten und Lasten für den Kläger zu begründen (§ 2 Abs. 1 des Treuhandvertrages).

Der Kläger verlangt Rückzahlung der an die Beklagte zu 1) gezahlten 12.624,-- DM (Mahnung vom 8. April 1975). Er hält die "Auftragsgebühr" für eine Maklerprovision, für die wegen personeller und wirtschaftlicher Verflechtung zwischen den Beklagten und der ALBAG kein Rechtsgrund bestanden habe. Bis etwa Mitte 1972 habe die Beklagte zu 1) in gleich gelagerten Fällen ihre Tätigkeit noch als "Vermittlung" und ihre Vergütung als "Vermittlungsgebühr" bezeichnet. Um der neueren Rechtsprechung zur Verflechtung zwischen dem Makler und dem Vertragspartner des Auftraggebers äußerlich Rechnung zu tragen, habe sie in der Folgezeit die Begriffe "Auftrag" und "Auftragsgebühr" verwendet, ohne den sachlichen Gehalt ihrer Leistung zu ändern.

Im vorliegenden Rechtsstreit macht der Kläger von seinem Anspruch einen Teilbetrag von 3 000 DM geltend. Die Beklagten haben im Wege der Widerklage beantragt festzustellen, daß dem Kläger keine weiteren Ansprüche zustehen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die hiergegen von den Beklagten eingelegte Berufung hatte das Oberlandesgericht mit Urteil vom 13. Juni 1977 zurückgewiesen. Nachdem der Bun-

desgerichtshof dieses Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen hatte, hat dieses erneut die Berufung zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungs- und Widerklageantrag weiter.

Die Urteile des Senats vom 23. Oktober 1980 (IV a ZR 37/80, 39/80, 41/80, 45/80) waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß der zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) zustandegekommene Vertrag ein auf die Vermittlung eines Treuhandvertrages mit der ALBAG gerichteter Maklervertrag gewesen sei. Eine solche Auslegung ist, wie der Senat bereits in zwei die gleiche Vertragsgestaltung betreffenden Urteilen vom 23. Oktober 1980 (IV a ZR 39/80 und IV a ZR 45/80) ausgeführt hat, dem Tatrichter grundsätzlich nicht verwehrt.

Wenn sie rechtsfehlerfrei vorgenommen wird, muß die vom Kläger geleistete Zahlung in der Tat als Erfüllung einer Nichtschuld angesehen werden. Denn da die Beklagten und die ALBAG unstreitig wirtschaftlich miteinander identisch waren, war es der Beklagten zu 1) nicht möglich, eine auf den Abschluß eines Vertrages mit der ALBAG gerichtete Vermittlungstätigkeit zu entfalten und sich dadurch eine ihr etwa vom Kläger versprochene Vermitt-

lungsprovision zu verdienen. Ein Anspruch auf Maklerprovision stand ihr daher nicht zu. Bei Verträgen der vorliegenden Art, bei denen sich der Charakter als Vermittlungsauftrag nicht aus dem eindeutigen Wortlaut ergibt, muß jedoch auch die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, daß der Kunde ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen abgeben wollte. Eine solche Auslegung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. die Nachweise im Urteil vom 23. Oktober 1980 - IV a ZR 39/80 unter Ziffer I 3) insbesondere dann nahe, wenn der Kunde vor der Abgabe des Provisionsversprechens über die Umstände unterrichtet worden war, die den Provisionsempfänger an der Ausübung einer Maklertätigkeit im Sinne des § 652 BGB hinderten. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hatten dies die Beklagten schlüssig und substantiiert behauptet. Sie hatten vorgetragen, ihre Außendienstmitarbeiter hätten sich bei den Vertragsverhandlungen mit dem Kläger unter anderem des Arguments bedient, der Abschluß mit der Beklagten zu 1) sei insbesondere deshalb zu empfehlen, weil sie nicht nur den Vertrieb übernommen habe, sondern vielmehr in der Person der ALBAG auch selbst den Treuhänder stelle; zum Beweise hierfür hatte sie sich auf den Zeugen He- (Schriftsatz vom 5. Juli 1978 S. 26, Bl. 285 d.A.) bezogen. Dieses Vorbringen kann nicht dahin verstanden werden, dem Kläger sei lediglich gesagt worden, die Beklagte zu 1) werde für die Bestellung eines Treuhänders Sorge tragen. Daß ein Treuhänder zu bestellen war und daß die Beklagte zu 1) zu diesem Zwecke einen Vertrag mit der als Treuhänder vorgesehenen ALBAG zu schließen hatte, ergab sich bereits aus dem Wortlaut des Auftrags; dies hätte keiner Hervorhebung bedurft und wäre auch kein besonderes Werbe-

argument gewesen. Bei unbefangener Würdigung ist vielmehr der in Frage stehende Satz dahin zu verstehen, daß die Beklagte zu 1) nicht nur den Vertrieb übernommen habe, sondern auch selbst (d.h. in eigener Person) den Treuhänder stelle, also sowohl Vertriebs- als auch Treuhänderaufgaben übernehme. Eine solche Äußerung ergab wiederum nur dann einen Sinn, wenn die Beklagten und die ALBAG wirtschaftlich identisch waren. Daß die Beklagten ihr Vorbringen so verstanden wissen wollten, ergibt sich aus ihrem weiteren Vortrag aaO, gerade die Offenlegung der Zugehörigkeit der ALBAG zur C-Gruppe sei ihnen geeignet erschienen, das Vertrauen der Kunden zu stärken. Das Berufungsgericht hätte daher eine tatsächliche Klärung dieses Punktes nicht unterlassen dürfen und den Zeugen He vernehmen müssen. Inwieweit dessen berufliche Beziehungen zur Beklagten zu 1) seine Glaubwürdigkeit beeinträchtigen, läßt sich erst nach der Vernehmung beurteilen; sollten insoweit Zweifel bestehen, käme unter Umständen gemäß § 448 ZPO die Vernehmung des Klägers in Betracht.

II.

Für den Fall, daß das Berufungsgericht wieder zu dem Ergebnis kommen sollte, der Kläger habe ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen nicht abgegeben, sondern die Provision ohne Rechtsgrund bezahlt, ist zu bemerken: Das Berufungsgericht hat es abgelehnt, die Unterprovisionen, die die Beklagte zu 1) an ihre Außendienstmitarbeiter gezahlt hat, bereicherungsmindernd zu berücksichtigen. Diese Auffassung hat der Senat bereits in mehreren am 23. Oktober 1980 verkündeten Urteilen, die gleich-

gelagerte Fälle der Beklagten betrafen, unter Berücksichtigung des zugrundeliegenden Handelsvertretervertrages mit den Außendienstmitarbeitern im Ergebnis gebilligt (IV a ZR 37/80, 39/80, 41/80 und 45/80). Hierauf wird Bezug genommen. Es kommt somit nicht mehr darauf an, ob sich das Berufungsgericht insoweit mit dem in dieser Sache ergangenen früheren Revisionsurteil in Widerspruch gesetzt hat (BGHZ 60, 392, 397).

III.

Da das Berufungsurteil schon aus den dargelegten Gründen aufgehoben werden muß, können die in dem Schriftsatz der Beklagten vom 9. Januar 1981 vorgebrachten Bedenken gegen die bisherige Rechtsprechung des Senats nur insoweit von Bedeutung sein, als sie dem Senat Anlaß geben könnten, die Klage ohne Zurückverweisung an die Vorinstanzen abzuweisen. Dies ist jedoch nicht der Fall:

1. Die Ausführungen, mit denen die Beklagten darzutun versuchen, daß die Einschaltung einer rechtlich selbständigen Vertriebsfirma geboten gewesen sei, gehen am Kern der Sache vorbei. Der Senat hat nicht bezweifelt, daß die ALBAG berechtigt war, den Vertrieb auf die Beklagte zu 1) zu übertragen. Es war ihr auch unbenommen, die dadurch entstehenden Kosten durch Vertrag auf die Interessenten abzuwälzen. Schließlich hat der Senat auch stets angenommen, daß es der aus der ALBAG und den beiden Beklagten bestehenden Gruppe gestattet war, die Vertriebskosten in der Weise von den Interessenten hereinzuholen, daß sich die Beklagte zu 1) von ihnen ein von den Voraussetzungen

des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen geben ließ. Gerade zur Prüfung der Frage, ob ein solches selbständiges Provisionsversprechen vorliegt, hat der Senat zwei Sachen an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Ein Provisionsanspruch der Beklagten zu 1) hat der Senat nur insoweit verneint, als er aus einem auf Vermittlung eines Vertrages mit der ALBAG gerichteten Maklervertrag hergeleitet wurde.

2. Die Beklagten meinen, der Senat habe die Tätigkeit des Außendienstes der Beklagten dahingehend gewürdigt, daß dieser "den Abschluß des gesamten Vertragswerks" herbeizuführen hatte; die Leistung der Beklagten zu 1) könne nicht anders bewertet werden. Sie verkennen dabei, daß die von ihnen zitierte Stelle die Auslegung der Verträge zwischen der Beklagten zu 1) und den Außendienstmitarbeitern betraf, deren Inhalt nicht notwendigerweise mit dem Inhalt der Verträge zwischen der Beklagten zu 1) und den Interessenten identisch sein muß. Diese Verträge hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit ihrem Wortlaut rechtsfehlerfrei dahin ausgelegt, daß sie nur das Herbeiführen des Treuhandvertrages mit der ALBAG zum Gegenstand hatten. Die von der Revision vertretene Ansicht, das Revisionsgericht sei im vorliegenden Fall an die tatrichterliche Auslegung nicht gebunden, kann der Senat nicht teilen. Formulärmäßige Abreden können zwar, wenn sie ein typisches Gepräge haben, der freien Auslegung durch das Revisionsgericht unterliegen (BGHZ 62, 251, 253). Ob diese Voraussetzung hier vorliegt, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn dies zu bejahen wäre, könnte der Senat allenfalls feststellen, wie das Formular seinem objektiven Inhalt nach generell zu verstehen ist. Hier geht es aber um etwas anderes, nämlich darum, welche Bedeutung ihm

im Rahmen eines konkreten Vertragsverhältnisses zukommt.
Dabei sind auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände zu berücksichtigen, die in jedem Einzelfall andere sein können und die deshalb nur der Tatrichter prüfen und würdigen kann.

Soweit sich die Revision mit dem vom Senat auf Seite 16 des Urteils vom 23. Oktober 1980 - IV a ZR 45/80 - geäußerten Bedenken auseinandersetzt, bedarf es hier keiner Stellungnahme, weil diese Ausführungen nicht zu den tragenden Grundlagen dieses Urteils gehören.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs