

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 652, 812, 818 Abs. 3

- a) Ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen liegt nicht vor, wenn nach dem eindeutigen Wortlaut des Vertrages die Provision als Entgelt für eine Vermittlungstätigkeit versprochen worden ist und Anhaltspunkte für einen abweichenden Parteiwillen fehlen.
- b) Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen auf einen Anspruch, mit dem eine wegen wirtschaftlicher Verflechtung zwischen "Makler" und vorgesehenem Geschäftspartner nicht geschuldete Maklerprovision gem. § 812 BGB zurückverlangt wird, die vom "Makler" gezahlten Unterprovisionen bereicherungsmindernd anzurechnen sind.

BGH, Urteil vom 23. Oktober 1980 - IV a ZR 45/80

OLG Köln

LG Köln

11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV a ZR 45/80

URTEIL

Verkündet am

23. Oktober 1980

Ernst
Justizassistent
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der C [REDACTED] Wirtschafts- und Finanzberatung GmbH & Co.
KG, vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschaf-
terin, 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],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Apotheker Herbert B [REDACTED], W [REDACTED] 42,
H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

11

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 insoweit zurückgewiesen, als sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von 1.937,25 DM nebst 4% Zinsen seit dem 11. November 1977 (Objekt Dietzenbach) richtet.

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben. Insoweit wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte betätigt sich auf dem Gebiet der steuerbegünstigten Vermögensanlagen. Ihre persönlich haftende Gesellschafterin ist die C [REDACTED] Wirtschafts- und Finanzberatung GmbH; 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 betei-



liegt. Die Komplementärin 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 und in Höhe von 100 000 DM in den Händen von Erwin Walter G. Am 5. September 1972 gab die Beklagte aus steuerlichen Gründen ihren Aktienbesitz an der A. auf; G. erhöhte seinen Aktienbestand auf 950 000 DM, während die restlichen Aktien (50 000 DM) von Dieter K. übernommen wurden. Seit November 1975 gehören die Aktien der A. der "Dr. R. Gruppe".

Die Beklagte 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. bestimmt; die Aufgaben des Baubetreuers wurden von Firmen wahrgenommen, die meist mit der Beklagten und deren Komplementärin nicht wirtschaftlich verflochten waren.

Die Verhandlungen mit den Interessenten führte die Beklagte mit Hilfe ihrer Außendienstmitarbeiter.

Der Kläger hat auf diese Weise in zwei Fällen Wohnungseigentum erworben. Es handelt sich dabei um folgende Objekte:

1. Objekt Dietzenbach:

Am 9. November 1971 unterzeichnete der Kläger ein Formular, das die Überschrift "Vermittlungsauftrag (Dietzenbach)" trug und folgenden Wortlaut hatte:

"Ich der/die Unterzeichnete ----- beauftrage hiermit nach Maßgabe der umseitigen und mir bekannten Vertragsbedingungen die Firma C [REDACTED] [REDACTED] Wirtschafts- und Finanzberatungs GmbH & Co. (Be- klagte), für mich im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Errichtung und der Vermietung von Eigentumswohnungen in Dietzenbach bei Frankfurt 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 Dietzenbach einschließlich einer Bevollmächtigung der A [REDACTED] zum Abschluß des Baubetreuungsvertrages, Verwaltungsauftrages und aller sonstigen erforderlichen Verträge, zu vermitteln Den vorstehend ermittelten Barkapitaleinsatz werde ich auf das Sonderkonto der A [REDACTED] wie folgt einzahlen:
15% des Barkapitaleinsatzes, zuzüglich 1,5% Vermittlungsgebühren vom Gesamtaufwand nach Bestätigung durch die Treuhandgesellschaft, 25% bis zum 10. Dezember 1971, 60% nach Aufforderung im Jahr 1972."

Die auf der Rückseite des Formulars abgedruckten "Allgemeinen Vertragsbedingungen" bestimmen u.a.:

"§ 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[REDACTED] zu entrichten.

§ 5 (1) Nebenabreden wurden nicht getroffen."

Die Beklagte nahm den Vermittlungsauftrag durch eine vom 10. November 1971 datierende schriftliche Erklärung an. Daß der Treuhandvertrag mit der A[REDACTED] zustande gekommen ist, wird von keiner Seite ausdrücklich behauptet, jedoch von beiden Parteien stillschweigend vorausgesetzt.

Die Beklagte berechnete dem Kläger für die Vermittlung des Treuhandvertrages Gebühren in Höhe von 1.937,25 DM. Der Kläger zahlte diesen Betrag.

2. Objekt Detmold:

Am 7. November 1972 unterzeichnete der Kläger einen als "Auftrag und Vollmacht" bezeichneten, an die Beklagte gerichtete Erklärung, in der es heißt:

"Ich/wir -----
beauftrage (n) und bevollmächtige (n) hiermit
die Firma C[REDACTED] einen Treuhandver-
trag zwischen mir/uns und der Firma A[REDACTED]
gemäß dem umseitigen Vertragsmuster abzuschlies-
sen.
Die Vergütung für die Ausführung dieses Auftra-
ges beträgt 3 v.H. des vorstehend angegebenen
Gesamtaufwandes und ist wie oben angegeben zu
zahlen"

Die Beklagte nahm den Auftrag an. Daß die Beklagte, im Namen des Klägers den Treuhandvertrag mit der A[REDACTED] abgeschlossen habe, wird von keiner Seite ausdrücklich behauptet, jedoch von beiden Parteien stillschweigend vorausgesetzt.

Für die Ausführung dieses Auftrags berechnete die Beklagte dem Kläger 3.846,-- DM, die dieser auf ein Sonderkonto der A [REDACTED] einzahlte.

Der Kläger verlangt mit der Klage die von ihm an die Beklagte gezahlte Provision zurück, weil diese ihm wegen ihrer Verpflichtung mit der A [REDACTED] keine Maklerdienste habe leisten können. Auch der bezüglich des Objekts Detmold abgeschlossene Vertrag sei als Maklervertrag anzusehen. Er verweist hierzu auf einen Prospekt der Beklagten im Rechtsstreit B [REDACTED]/C [REDACTED] (76 O 229/76 LG Köln = 10 U 192/76 = 10 U 185/78 OLG Köln = IV ZR 40/80 BGH) als Anlage 1 zum Schriftsatz vom 20. Mai 1977 vorgelegt worden ist. Der Prospekt betrifft ein Bauvorhaben in Hamburg/Farmsen; in ihm ist von "Vermittler" und "Vermittlungsauftrag" die Rede. Der Kläger behauptet, daß auch ihm dieser Prospekt und das dazugehörige Merkblatt überreicht worden sei.

Die Beklagte behauptet, die Formulierung des ursprünglich für die Beauftragung der Beklagten verwandten Formulars ("Vermittlungsauftrag") sei auf steuerliche Überlegungen zurückzuführen. Im Entwurf dieses Formulars habe es geheißen, daß die Beklagte 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 A [REDACTED] als eine Art wirtschaftlicher Oberbaubetreuung anzusehen sei, habe es nahegelegen, die Vergütung der Beklagten für ihre Vertriebstätigkeit in Beziehung zur Treuhandvergütung zu setzen, um für die baupflichtigen Kunden eine Absetzbarkeit der Provision als Wer-

bungskosten zu erreichen. Die Steuerbehörden hätten jedoch erkannt, daß die Leistung der Beklagten 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. Aus diesem Grunde habe man später statt des Formulars mit der Überschrift "Vermittlungsauftrag" dasjenige mit der Aufschrift "Auftrag und Vollmacht" verwandt. Auf die Verflechtung zwischen der Beklagten und der A. sei der Kläger hingewiesen worden. Bei den Informationsgesprächen sei von Seiten der Außendienstmitarbeiter der Beklagten betont worden, der Vertragsabschluß sei insbesondere deshalb zu empfehlen, weil die Beklagte nicht nur den Vertrieb übernommen habe, sondern in der Person der A. auch den Treuhänder stelle. Die Beklagte behauptet weiter, die Provision, die sie ihrem Außendienstmitarbeiter wegen der Geschäftsabschlüsse mit dem Kläger gezahlt habe, sei höher als die vom Kläger an die Beklagte geleisteten Zahlungen. Die Verträge mit diesen Mitarbeitern hätten den gleichen Wortlaut wie der Vertrag, der dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. März 1978 - IV ZR 77/77 - (WM 1978, 708) zugrunde lag. Von der A. habe die Beklagte weder eine Vermittlungsprovision noch eine Auftragsgebühr erhalten, sondern lediglich ein Entgelt dafür, daß sie, die Beklagte, der A. ihre Organisation für die Erfüllung der Treuhandaufgaben zur Verfügung gestellt habe. Die Beklagten legen dazu eine Vereinbarung zwischen der Beklagten und der A. vor, deren Echtheit vom Kläger bestritten wird. Die Beklagte hat von der A. in diesem Zusammenhang von 1971 bis Mitte 1974 unstreitig mindestens 26.257.853,-- DM erhalten.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Rückerstattung der empfangenen Provisionen verurteilt.

Das Oberlandesgericht hat die hiergegen eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

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. Es verweist in diesem Zusammenhang auf den von der Beklagten vertriebenen Werbeprospekt, in dem die Konzeption des Kölner Modells ausdrücklich der A [REDACTED] zugeschrieben worden ist. Der Kläger habe daher keinesfalls die Vorstellung

gewinnen können, Planung und Vorbereitung des Anlageprojekts lägen bei der Beklagten 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, 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 Gegenstand des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages - ist begrifflich auch dann möglich, wenn der vorgesehene Geschäftspartner dem Kunden bereits bei Erteilung des Maklerauftrages bekannt ist.

Die Revision meint ferner, die Annahme eines Maklervertrages werde dem von den Parteien befolgten Geschäftszweck und der Interessenlage nicht gerecht; 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 (§ 652 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 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. Das Berufungsgericht ist allerdings auf das Vorbringen der Beklagten, die Formulierung des Vordrucks sei allein durch steuerliche Erwägungen bestimmt gewesen, nicht eingegangen. Dies ist jedoch unschädlich, da dieser Umstand bereits aus Rechtsgründen unbeachtlich ist. Die Beklagten tragen lediglich vor, welche Überlegungen ihre gesetzlichen Vertreter, ihre Mitarbeiter und ihre Berater angestellt haben; sie behaupten nicht, daß diese Erwägungen auch zur Kenntnis des Klägers gekommen seien. Vorstellungen und Überlegungen des Erklärenden, die dem Erklärungsempfänger nicht bekannt geworden sind, dürfen aber bei der Auslegung von Willenserklärungen nicht berücksichtigt werden (BGH LM BGB § 117 Nr. 4; BAG Betrieb 1973, 1129).

Im übrigen hat die Beklagte 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 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 Kommanditante an der Beklagten, das Stammkapital der Komplementärin 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 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 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 Überle-

gungen 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 A■■■■ unterzeichnet hätten. Durch die Einschaltung der Beklagten wurde lediglich ein zusätzlicher Provisionsanspruch begründet.

Die in der Verflechtungsrechtsprechung des BGH entwickelten Grundsätze können 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 vorgesehenem Vertragspartner 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 entfaltet 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 Vertragsauslegung. 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 Geschäftsgegner 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 Dietzenbach ist es daher ohne Bedeutung, inwieweit der Kläger über die Verflechtung zwischen der Beklagten und der A. unterrichtet war.

4. § 354 HGB kommt, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, als Grundlage für einen Provisionsanspruch der Beklagten 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 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 der Beklagten 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 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 ein 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 werde. Daß die Beklagte 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 habe daher ihren Außendienstmitarbeitern die vereinbarte Provision geschuldet, obwohl sie selbst im Verhältnis zu den Interessenten einen Provisionsanspruch nicht erwerben konnte.

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, 154; Mühl bei Soergel/Siebert, BGB, 10. Aufl. § 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 Teilband 2 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. dazu Palandt/Thomas BGB 39. Aufl. § 818 Anm. 6 C b); Ziel des Bereicherungsanspruchs sei es, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn keine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung stattgefunden hätte. In diesem Fall hätten die Außendienstmitarbeiter von der Beklagten ebenfalls Provision erhalten, nicht aber die Beklagte vom Kläger.

Einer abschließenden 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 entschieden werden kann, weil das Berufungsgericht insoweit keine Auslegung vorgenommen hat und weitere tatsächlichen 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 zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Beakten befinden, läßt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, ob die Provision nur für die Vermittlung des Maklervertrages zwischen der Beklagten und der A [REDACTED] oder aber für das Gesamtgeschäft (Erwerb der Eigentumswohnung) gezahlt werden sollte. Die Tätigkeit der Mitarbeiter richtete sich auf den Abschluß des gesamten Vertragswerks; denn der der Beklagten 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 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 nach den §§ 812 ff BGB rückabzuwickeln ist - erhalten haben.

d) Ihre allgemeinen Vertriebskosten kann die Beklagte schon deshalb nicht zur Verrechnung stellen, weil diese auch dann entstanden wären, wenn der Kläger die Provisionszahlung nicht geleistet hätte.

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 durch das "Kölner Modell" erlangten steuerlichen Vorteile aber behalten wolle. Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Kläger tatsächlich die steuerlichen Vorteile zugute gekommen sind, die er von der Beteiligung an der Bauherrengemeinschaft erwartete. Auf jeden Fall waren diese Vorurteile nicht die Folge des Vertragsschlusses mit der Beklagten; sie wären ihm in gleicher Weise zugefallen, wenn er sofort mit der A █████ abgeschlossen hätte, ohne vorher die Beklagte mit der "Vermittlung" zu beauftragen.

II.

Für das Bauvorhaben in Detmold hat sich die Beklagte eines Formulars bedient, das nicht die gleiche Eindeutigkeit besaß wie das, das für das Bauvorhaben in Dietzenbach verwandt wurde. In ihm wird der Gebrauch der Worte

"Vermittlung" und "vermitteln" vermieden. Das Berufungsgericht meint, daß der Vertrag vom 7. November 1972 gleichwohl die Vermittlung des Treuhandvertrages mit der A. zum Gegenstand hatte. Hierauf habe der Schwerpunkt des die Revisionsforderung begründenden Tatbestandes gelegen, selbst wenn auf Vermittlung nicht im eigentlichen Vertragstext, sondern in den sonst dem Kläger übergebenen Unterlagen ausdrücklich hingewiesen sei. In einer Vermittlung habe auch der Kläger den Kern der angebotenen Leistung sehen können und dürfen. Der Abschlufauftrag für den Treuhandvertrag sei mit dem Maklervertrag als Nebengeschäft verbunden gewesen. Für vorbereitende und vermittlungsbegleitende Tätigkeiten (beratende Bemühungen) der Beklagten habe der Kläger das Honorar nicht versprochen. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag sei daher trotz der Vordruckänderung weiterhin als Maklervertrag anzusehen.

Eine solche Auslegung ist dem Tatrichter grundsätzlich nicht verwehrt (vgl. auch BGH WM 1977, 762). Das Berufungsgericht durfte es auch dahingestellt lassen, ob es steuerliche oder andere Beweggründe waren, welche die Beklagte zur Neufassung ihres Vordrucks veranlaßten (BU S. 9 Ziff. 2, 1. Absatz). Auf die Motive, die eine Partei zu einer bestimmten Formulierung des Vertragstextes bestimmt haben, kommt es, wie bereits oben ausgeführt, nur dann an, wenn dieser entweder dem anderen Teil bekannt gegeben worden sind oder ihm sonst erkennbar waren. Es wird aber von keiner Seite behauptet, daß die Beklagte die Überlegungen, die der Änderung des Formulars zugrunde lagen, dem Kläger oder anderen Interessenten bekannt gegeben hätte; sie liegen auch nicht offen zu Tage. Eine abweichende Ansicht vermag der Senat auch nicht aus dem Urteil des früheren IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 3. Mai 1978 - IV ZR 134/77 - zu entnehmen.

Dennoch kann das Berufungsurteil in diesem Punkt keinen Bestand haben. Der Wortlaut der vom Kläger am 7. November 1972 unterzeichneten Erklärung war - anders als die Erklärung vom 9. November 1971 - nicht eindeutig. Sie konnte zwar als Maklervertrag aufgefaßt werden; doch war eine Auslegung als ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen nicht ausgeschlossen. In einem solchen Fall ist es von ausschlaggebender Bedeutung, ob dem Interessenten die Verflechtung, die den Provisionsberechtigten an einer Maklertätigkeit im Sinne des § 652 BGB hinderte, bekannt war; ist dies der Fall, dann liegt die Annahme eines unabhängigen Provisionsversprechens nahe (BGH NJW 1975, 1215; WM 1975, 1208; 1976, 1158). Davon geht auch das Berufungsgericht mit Recht aus, es meint jedoch, daß der Sachvortrag der in dieser Hinsicht darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht hinreichend substantiiert sei. Dem kann nicht gefolgt werden.

Der Kläger hatte zur Begründung der Klage im einzelnen vorgetragen, in welcher Weise die Beklagte mit der ALBAG verflochten sei. Wenn die Beklagte dann hierauf antwortete, der Kläger sei von den Außendienstmitarbeitern bei den Vertragsverhandlungen auf diese Verflechtung hingewiesen worden, so ist dem mit hinreichender Deutlichkeit die Behauptung zu entnehmen, dem Kläger seien die von ihm vorgetragenen Umstände mindestens in ihrem für die rechtliche Beurteilung wesentlichen Grundzügen mitgeteilt worden. Die Beklagte hat dies noch dadurch verdeutlicht, daß sie behauptet hat, gegenüber dem Kläger hätten sich ihre Außendienstmitarbeiter unter anderem des Arguments bedient, das Projekt sei deshalb zu empfehlen, weil die Beklagte nicht nur den Vertrieb übernommen habe, sondern in

der Person der A [REDACTED] selbst den Treuhänder stelle (vgl. den Schriftsatz vom 6. Dezember 1977 Bl. 29 d.A., der ausweislich des Tatbestands des landgerichtlichen Urteils Bestandteil des mündlichen Parteivortrags war). Der Sachvortrag der Beklagten ist daher dahin zu verstehen, daß der Kläger bereits vor Vertragsschluß darüber unterrichtet worden war, daß sich die Kapitalanteile der Beklagten und der A [REDACTED] bis auf einen gewissen unbedeutenden Rest in derselben Hand befanden, daß also beide Gesellschaften wirtschaftlich miteinander identisch waren. Eine weitergehende Aufklärung war nicht erforderlich; insbesondere brauchte die genaue Höhe des Kapitalanteils nicht angegeben werden.

Für seine gegenteilige Auffassung kann sich das Berufungsgericht nicht auf die Ausführungen im Urteil des IV. Zivilsenats in der Sache C [REDACTED] gg. Z [REDACTED] vom 15. März 1978 - IV ZR 77/77 - (WM 1978, 708) unter II, 2 berufen. Dort ging es lediglich um die Frage, ob die Interessenten aus den Briefköpfen der A [REDACTED] und der Beklagten die wirtschaftliche Identität dieser beiden Gesellschaften erkennen konnten. Dies hat der IV. Zivilsenat mit Recht verneint. Aus den Briefbögen war lediglich zu entnehmen, daß die beiden Gesellschaften gleiche Anschriften und dieselben Telefon- und Fernschreibnummern hatten, also offenbar organisatorisch miteinander verbunden waren. Dies besagte jedoch noch nichts über die gesellschaftlichen Verhältnisse, insbesondere über die Kapitalbeteiligung des Hauptgesellschafters G [REDACTED] aus. Darüber soll aber der Kläger durch die Außendienstmitarbeiter der Beklagten unterrichtet worden sein.

Die Beklagte hat bereits in der Klageerwiderung (Schriftsatz vom 8. Dezember 1977 S. 13 a Bl. 29 d.A.)

ihre Außendienstmitarbeiter als Zeugen für die Unterrichtung des Klägers benannt. Sie hat den Beweisantritt, soweit er den Zeugen Sebastian betraf, in der Berufungsbegründung (S. 26, Bl. 107 d.A.) wiederholt. Das Berufungsgericht hätte daher nicht zum Nachteil der Beklagten entscheiden dürfen, ohne vorher diesen Zeugen zu hören.

Da somit noch eine weitere tatsächliche Aufklärung erforderlich ist, ist der Rechtsstreit im Umfange der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Hoegen

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs