

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 52/82

URTEIL

Verkündet am

7. Dezember 1983

Mutterer

Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma GIF, Gesellschaft für I[REDACTED]- und F[REDACTED]-
[REDACTED] mbH & Co. KG, vertreten durch die
persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma GIF Ge-
sellschaft für I[REDACTED]- und F[REDACTED]-
mbH, diese gesetzlich vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Jean Paul V[REDACTED], G[REDACTED]straße [REDACTED], K[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Frau Gisela A[REDACTED]-H[REDACTED] geb. Au[REDACTED], Sch[REDACTED]straße 70,
Nü[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
[REDACTED] -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1983

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 15. Januar 1982 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin beteiligte sich in den Jahren 1972 bis 1974 an einem Bauvorhaben, bei dem im Rahmen eines Bauherrenmodells Eigentumswohnungen in S [REDACTED] errichtet wurden; für die Klägerin wurden dabei 43 Wohnungen erstellt.

Der von der Klägerin beauftragte und bevollmächtigte Treuhänder Hermann E [REDACTED] schloß bezüglich jeder Wohnung mit der Beklagten einen schriftlichen Vertrag ab,

- 3 -

der in der Überschrift als Finanzierungsvermittlungs-
vertrag bezeichnet war und der folgende Bestimmungen
enthielt:

§ 1

...

(1) Der Bauherr wird im eigenen Namen, für
eigene Rechnung und auf eigene Gefahr auf
dem Grundstück in S [REDACTED], eingetragen im
Grundbuch von S [REDACTED], Band [REDACTED] 4 Blatt [REDACTED] 87
Gemarkung S [REDACTED] Flur 1202 und 1202/1,
Größe 10.082 qm ein Wohnungseigentum zuzüg-
lich Tiefgaragenplatz und weiteren anteiligen
Gemeinschaftseinrichtungen im Zusammenwirken
mit den Miteigentümern errichten.

...

§ 2

Die Errichtung der Wohnung gemäß § 1 soll unter
Inanspruchnahme eines Hypothekendarlehens in
Höhe von DM s.u. finanziert werden.

§ 3

(1) Die Gesellschaft garantiert dem Bauherrn -

- a) Die Beschaffung eines Zwischenkredites
sowie
- b) die Beschaffung der Endfinanzierung

in Höhe des Betrages gemäß § 2 zu den jeweils
marktüblichen Bedingungen.

(2) Die Hypothek soll folgende Bedingungen haben

- a) 92 v.H. Auszahlung, also 8 v.H. Damnum
- b) 10 v.H. Zinsen bis Bezugsfertigkeit
- c) Marktüblicher Zinssatz mit 1 v.H.
Tilgung (zuzüglich ersparter Zinsen) ab
Bezugsfertigkeit



(3) GIF wird dafür sorgen, daß die Hypothekenvaluta in Höhe der vollen, sich aus § 2 ergebenden Beträge abzüglich Damnum auf das Treuhänderkonto der Bauherrengemeinschaft bei der Deutschen Kreditbank Köln, gezahlt wird.

§ 4

(1) Die Garantieverpflichtungen aus den Finanzierungsbeschaffungsgarantien gemäß § 3 stehen unter den aufschiebenden Bedingungen, daß

- a) der Bauherr die von den finanzierenden Banken jeweils gestellten Auflagen, die banküblich sein müssen, erfüllt, insbesondere dingliche und persönliche Sicherheiten leistet und
- b) die Ausführung der Baumaßnahme gemäß der dem Bauherrn vorliegenden Unterlagen erfolgt.

(2) Durch die Übernahme der Garantie werden die bestehenden oder zukünftigen vertraglichen Verpflichtungen von Treuhänder, Baubetreuer, Bürge oder sonstigen an der Bauausführung beteiligten Unternehmen, die Garantiegegenstände zu verwirklichen und die Garantieerfolge herbeizuführen, nicht berührt.

§ 5

(1) Die Garantieverpflichtungen gemäß § 3 werden im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrages fällig.

(2) Erfüllt GIF nicht die übernommene Garantieverpflichtung gemäß § 3, dann hat er die Zwischen- und Endfinanzierungsbeträge selbst als Fremdmittel zu markt- bzw. hypothekenüblichen Bedingungen zur Verfügung zu stellen.

§ 6

GIF erhält folgende Garantieprovisionen:

- a) Für die Übernahme der Zwischenfinanzierungsbeschaffungs- und Zwischenfinanzierungsfreigabegarantie eine Provision in Höhe von 2 % zuzüglich der Mehrwertsteuer des Zwischenkreditbetrages.
- b) Für die Übernahme der Endfinanzierungsbeschaffungsgarantie eine Provision in Höhe von 3 % zuzüglich der Mehrwertsteuer des Endfinanzierungsbetrages einschließlich Damnum.

Diese Provisionen sind wie folgt fällig:

- zu a) bei Zusage der Zwischenfinanzierung
- zu b) bei Zusage der Endfinanzierung

Der Bauherr verpflichtet sich unwiderruflich, die von der Gesellschaft gemäß diesem Vertrag zu beschaffenden Finanzierungsmittel anzunehmen und alle hierzu erforderlichen Erklärungen abzugeben.

Die vereinbarte Provision in einer Gesamthöhe von 70.337,99 DM zahlte die Klägerin in der zweiten Hälfte des Jahres 1972 an die Beklagte. Sie erhielt am 7. November 1974 eine Endfinanzierungszusage der N- über einen Betrag von 1.189.700,- DM, am 5. August 1977 eine solche der D- K- für Baufinanzierung AG in K- über einen Betrag von 638.000,- DM.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die von ihr gezahlte Provision zurück. Sie behauptet, die Beklagte habe die Endfinanzierung nicht vermitteln können. Nur durch die Bemühungen des Zeugen He- sei

es der Klägerin selbst gelungen, die N[REDACTED] L[REDACTED] -
[REDACTED] und die D[REDACTED] K[REDACTED] für Baufinanzierung AG
dazu zu bewegen, ihre zunächst ablehnende Haltung aufzu-
geben und die Endfinanzierung durchzuführen.

Die Beklagte behauptet, es sei allein ihren Be-
mühungen zu verdanken, daß die Klägerin schließlich
die erforderlichen Finanzierungsmittel erhalten habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die
Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Be-
klagte antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer Revision ver-
folgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht meint, die Klage sei be-
gründet, weil die Bewilligung der Baukredite nicht auf
eine vermittelnde Tätigkeit der Beklagten zurückzuführen
sei und diese sich deshalb nach § 652 BGB keine Provision
verdient habe. Durch die zwischen den Parteien abge-
schlossenen Verträge sei die Verpflichtung der Beklagten
begründet worden, den Zwischenkredit und die Endfinanzierung
zu beschaffen. Die vereinbarte Provision sei als Entgelt
für die Beschaffung der Finanzierung, demnach als Makler-
provision im Sinne des § 652 BGB anzusehen. Unrichtig sei
die Auffassung der Beklagten, die Provision stelle ein Ent-
gelt für die Übernahme des Finanzierungsrisikos durch die

Beklagte dar. Hiergegen sprächen "Wortlaut und Inhalt" der Verträge, die der Beklagten "eindeutig" Finanzierungsvermittlungsaufgaben zuwiesen. Die Vermittlungsaufgaben seien im Vertrag dahingehend näher erläutert, daß die Beklagte zunächst den Zwischenkredit und sodann die Endfinanzierung zu beschaffen gehabt habe. Wenn sie die Garantie für die Beschaffung der Finanzierung übernommen habe, so bedeute dies nur, daß ein Maklerwerkvertrag vorliege. Auch bei einem Maklerwerkvertrag sei jedoch der Eintritt des Erfolgs Voraussetzung für die Entstehung der Provisionsverpflichtung.

II.

Die Erwägungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Feststellung des Tatrichters, eine bestimmte schriftliche Urkunde sei ihrem Wortlaut nach eindeutig oder nicht eindeutig, unterliegt in vollem Umfang der Nachprüfung durch das Revisionsgericht (RGZ 82, 308, 316; 95, 125, 126; BGHZ 25, 318, 319; 32, 60, 63; 86, 41, 47). Die Prüfung ergibt im vorliegenden Falle, daß der vom Berufungsgericht angenommene Sinn sich nicht eindeutig aus dem Text der Urkunde entnehmen läßt.

Im einzelnen ist dazu zu bemerken:

a) Das Berufungsgericht meint, nach "Wortlaut und Inhalt" der Verträge würden der Beklagten "eindeutig"

Finanzierungsvermittlungsaufgaben zugewiesen. Welcher Gedanke der Gegenüberstellung von Wortlaut und Inhalt der Verträge zugrundeliegt, ist nicht klar ersichtlich. Der Inhalt eines Vertrages ist kein begrifflicher Gegensatz zu seinem Wortlaut. Sollte das Berufungsgericht mit dem genannten Ausdruck Wortlaut und Sinn des Vertrages gemeint haben, so wäre diese Aussage unzutreffend. Das Wort "Vermittlung" kommt im Text des Vertrages nicht vor. Die vertragliche Leistung der Beklagten ist in § 3 beschrieben; sie bestand darin, daß die Beklagte der Klägerin die Beschaffung eines Zwischenkredites und die Beschaffung der Endfinanzierung garantierte. Das Wesen des Garantie-Vertrages besteht darin, daß der Garant für einen bestimmten Erfolg einsteht; er ist jedoch nicht verpflichtet, diesen Erfolg durch eigene Tätigkeit herbeizuführen. Eine Partei kann eine Garantie demnach auch dann übernehmen, wenn es ihr nicht möglich ist, den garantierten Erfolg durch eigene Tätigkeit herbeizuführen. Der Garant kann daher auch dann aus dem Garantievertrag in Anspruch genommen werden, wenn ihn am Nichteintritt des Erfolgs kein Verschulden trifft; auf der anderen Seite kommt ihm der Eintritt des Erfolgs auch dann zugute, wenn er nichts zu ihm beigetragen hat. Ein Garantievertrag unterscheidet sich wesentlich von einem Vertrag, der, wie ein Maklervertrag, eine Vermittlung zum Gegenstand hat. Der Wortlaut des § 3 des Vertrages spricht demnach gegen die Annahme eines Makler-, Maklerdienst- oder Maklerwerkvertrages.

b) Daran ändert auch der Umstand nichts, daß in § 3 von der Beschaffung des Zwischenkredits und der Endfinanzierung die Rede ist. Daraus läßt sich noch nicht entnehmen, daß die Kredite gerade von der Beklagten zu beschaffen seien; die Beklagte garantiert nach dem Wortlaut dieses Paragraphen lediglich, daß die Zwischenkredite und die Endfinanzierung überhaupt beschafft werden, wobei es offen bleibt, ob dies durch die Beklagte, durch die Klägerin oder durch einen Dritten geschehen soll. In § 7 des Vertrages hat sich allerdings die Klägerin verpflichtet, die von der Beklagten "zu beschaffenden Finanzierungsmittel anzunehmen und alle hierzu erforderlichen Erklärungen abzugeben". Dies erklärt sich jedoch daraus, daß die Beklagte unter gewissen Voraussetzungen (§ 5 Abs. 2) genötigt sein konnte, die Finanzierungsmittel zu beschaffen; in diesem Falle sollte die Klägerin zur Mitwirkung verpflichtet sein. Dagegen läßt sich aus dieser Klausel nicht entnehmen, daß die Finanzierungsmittel in jedem Fall von der Beklagten zu beschaffen seien.

c) Für die Annahme, daß der Beklagten durch den Vertrag Vermittlungsaufgaben übertragen worden seien, könnte allerdings die Überschrift des Vertrages sprechen. Diese steht aber, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, im Widerspruch zum Vertragstext. In einem solchen Fall geht in der Regel der Vertragstext der Überschrift vor. Selbst wenn man annehmen wollte, daß durch die Überschrift eine Unklarheit in den Vertrag hineingetragen werde und daß aus diesem Grunde die Annahme, die Beklagte habe eine Vermittlungsaufgabe

übernommen, sich nach dem Wortlaut nicht ausschließen lasse, so würde dies doch nichts daran ändern, daß nach dem Wortlaut des § 6 die Provision nur für die Übernahme der Garantie, nicht aber als Entgelt für eine Vermittlungstätigkeit zu zahlen war.

Nach alledem läßt sich die Annahme des Berufungsgerichts, der "Finanzierungsvermittlungsvertrag" sei ein Maklerwerkvertrag, mit dem Wortlaut dieses Vertrages nicht ohne weiteres vereinbaren. Denn der Begriff dieses Vertrages setzt ebenso wie der Maklervertrag voraus, daß die vom Kunden geschuldete Zahlung das Entgelt für eine Vermittlungs- (oder Nachweis-) Tätigkeit ist. Das läßt sich aber aus dem Vertragstext nicht entnehmen.

2. Wenn die Provision aber nicht als Entgelt für eine Vermittlungstätigkeit, sondern für die Übernahme der Garantie vereinbart worden sein sollte, stünde der Klägerin der eingeklagte Rückgewährungsanspruch nicht zu. Der Erfolg, für den die Beklagte einzustehen hatte - die Zwischen- und Endfinanzierung des Bauvorhabens - ist eingetreten. Selbst wenn es anders wäre, könnte die Klägerin aus dem Wortlaut des Vertrages nur einen Anspruch auf die Garantieleistung - d.h. auf Gewährung der erforderlichen Kredite aus den eigenen Mitteln der Beklagten -, nicht aber einen solchen auf Rückzahlung der Garantieprovision herleiten.

III.

Die Erkenntnis, daß nach dem Wortlaut des Vertrages die Provision für die Übernahme der Garantie und nicht für eine Maklerleistung der Beklagten zu zahlen war, schließt jedoch eine davon abweichende tatrichterliche Auslegung nicht aus. Der Richter ist, wie sich aus § 133 BGB ergibt, nicht gehindert, der Erklärung eine mit dem Wortlaut in Widerspruch stehende Auslegung zu geben, wenn sich aus den Umständen für den Erklärungsempfänger erkennbar ergibt, daß der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat als den, der sich aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ergibt (BGHZ 71, 75, 77; 86, 41, 47; BGH Urteile vom 4. Juni 1980 - V ZR 67/79 - WM 1980, 1171; vom 10. Juli 1981 - V ZR 51/80 - LM BGB § 1030 Nr. 1; vom 23. Oktober 1980 - IVa ZR 45/80 - LM BGB § 652 Nr. 70 Bl. 2; vom 11. November 1981 - IVa ZR 182/80 - LM BGB § 516 Nr. 15).

1. Gerade bei Verträgen, die im Rahmen eines steuersparenden Modells abgeschlossen werden, besteht gemäß § 157 BGB Anlaß zur besonders sorgfältigen Prüfung, ob der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien mit dem Wortlaut ihrer schriftlichen Erklärungen übereinstimmt. Bei der Abfassung solcher Verträge spielen meist steuerrechtliche Gesichtspunkte die Hauptrolle: Der Vertrag soll so abgefaßt sein, daß er die Finanzverwaltung zur Gewährung möglichst hoher Steuervorteile veranlaßt. Es werden deshalb rechtliche Konstruktionen gewählt, die vom wirtschaftlichen Vertragszweck her

nicht erforderlich sind und lediglich der Verminderung der Steuerlast dienen. Verträge der vorliegenden Art werden vielfach nicht im einzelnen ausgehandelt; sie bilden einen Bestandteil eines einheitlich konzipierten Vertragssystems, an dem außer dem Kapitalanleger mehrere, meist wirtschaftlich miteinander verflochtene Gesellschaften beteiligt sind. Der einzelne Vertrag kann nicht aus dem Gesamtgefüge herausgerissen werden, ohne daß der steuerliche Zweck des Vertragswerks vereitelt oder gefährdet würde. Der Interessent steht daher vor der Wahl, das "Modell" als Ganzes mit allen Einzelverträgen zu akzeptieren oder von einer Beteiligung am Vorhaben abzu-
sehen. Das richtige Verständnis einer Einzelregelung erschließt sich normalerweise nur dann, wenn man ihre Stellung im Gesamtkonzept berücksichtigt.

Dem Interessenten ist es in vielen Fällen nicht möglich, die rechtlichen Zusammenhänge zwischen den einzelnen Verträgen und die ihnen zugrundeliegenden Überlegungen zu erfassen. Er unterschreibt die Verträge, weil er glaubt, daß ihr Abschluß zur Erreichung des mit dem Modell verfolgten steuerlichen Zwecks erforderlich sei. Ein auf konkrete Einzelregelungen gerichteter konkreter rechtsgeschäftlicher Wille des Kunden wird sich daher selten feststellen lassen.

2. Diese Überlegungen können in vielen Fällen zur Anwendung des AGB-Gesetzes führen. Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, daß der Vertrag mit der Beklagten nicht von der Klägerin persönlich, sondern von ihrem rechtsgeschäftlichen Vertreter, dem Treu-

händer des Bauvorhabens, abgeschlossen worden ist. Nur dann könnte sich die Klägerin auf die Vorschriften dieses Gesetzes berufen, wenn die im Formularvertrag enthaltenen Bedingungen von der Beklagten einseitig dem Treuhänder auferlegt worden wären (Loewe/Graf v. Westphalen/Trinkner AGBG-Kommentar, § 1 Rdn. 12; Palandt/Heinrichs BGB 42. Aufl. § 1 AGBG Anm. 2 d; Ulmer/Brandner-Hensen AGB-Kommentar 4. Aufl. § 1 Rdn. 16; Erman/Hefermehl BGB 7. Aufl. § 1 AGBG Rdn. 11, MK-Kötz § 1 AGBG Rdn. 10). Daß diese Voraussetzung gegeben ist, ist aus dem Parteivortrag nicht zu entnehmen. Es könnte sein, daß es der Treuhänder war, der die von ihm selbst oder von einem Dritten entworfenen Formularbedingungen einseitig der Beklagten auferlegt hat. Denkbar ist es auch, daß der Treuhänder und die Beklagten gemeinsam das Formular ausgearbeitet und dann den Verträgen, die der Treuhänder im Namen der am Bauvorhaben beteiligten Bauherren mit der Beklagten schloß, zugrunde gelegt hat. Auch in diesem Falle läge der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG nicht vor (so auch Staudinger/Schlosser 12. Aufl. § 1 AGBG Rdn. 22 für die Bestimmungen, die wie die §§ 5, 9 AGBG eine "Antinomie" zwischen Verwender und dessen Vertragspartner voraussetzen). Ob die Rechtslage in den Fällen anders zu beurteilen ist, in denen zwischen dem Treuhänder und dem "Finanzierungsvermittler" eine enge wirtschaftliche Verflechtung besteht, ob insbesondere in diesem Falle der Finanzierungsvermittler als Verwender der vom Treuhänder aufgestellten oder zusammen mit dem Treuhänder erarbeiteten allgemeinen Geschäftsbedingungen angesehen werden kann, kann hier dahingestellt bleiben; auch für eine solche Annahme fehlt es in dem zur Entscheidung stehenden Fall an einem ausreichenden Sachvortrag.

3. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand ist die zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossene Vereinbarung als Individualvertrag anzusehen. Bei der Prüfung der Frage, wie die Parteien die Bestimmungen des Formularvertrags verstanden haben und verstehen mußten, ist nach dem Grundgedanken des § 166 BGB nicht auf den Kenntnisstand der Klägerin, sondern auf den ihres rechtsgeschäftlichen Vertreters, des Treuhänders E[REDACTED], abzustellen (Motive zum BGB I 227; BAGE 11, 236; Staudinger/Dilcher BGB 12. Aufl. § 166 Rdn. 7; Soergel/Schultze-von Lasaulx BGB 11. Aufl. § 166 Rdn. 3; Lehmann Allg. Teil 12. Aufl. § 36 IV 3 c; Flume Allg. Teil des bürgerlichen Rechts 3. Aufl. II § 46, 3; Molitor, Anm. zu AP § 260 BGB Nr. 19). Es wird daher zu prüfen sein, welchen Zweck der Treuhänder und die bei Vertragsschluß für die Beklagte handelnden Personen mit dem Abschluß des "Finanzierungsvermittlungsvertrages" verfolgt haben. Die Umstände legen die Annahme nahe, daß dies von den für die Parteien Handelnden vor Vertragsschluß erörtert worden ist; die Parteien erhalten durch die Zurückverweisung Gelegenheit, insoweit ihren Sachvortrag zu ergänzen. In diesem Zusammenhang kann es von Bedeutung sein, ob sich der Treuhänder und die Beklagte besondere steuerliche Vorteile für die Klägerin davon versprochen, daß die Provision nicht für die Vermittlung, sondern für die Garantie der Finanzierung bezahlt wurde. Sollte dies der Fall sein, so könnte das gegen einen vom Wortlaut abweichenden Willen der Vertragsschließenden sprechen. Läßt sich der von den Parteien erstrebte Steuervorteil nur bei einer bestimmten Gestaltung der bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse erreichen, so geht der Wille der Parteien im Zweifel dahin, tatsächlich die Voraussetzungen

für die Steuervergünstigung zu schaffen und nicht etwa bloß deren Vorhandensein den Finanzbehörden vorzutäuschen (vgl. BGHZ 67, 334, 338).

4. Wenn es demnach auch für die Auslegung des Vertrages entscheidend auf die Willensrichtung des Treuhänders und der für die Beklagten handelnden Personen ankommt, so besagt dies noch nicht, daß die Klägerin gegenüber einer willkürlichen, ihre Interessen benachteiligende Vertragsgestaltung schutzlos wäre. Der Treuhänder war aufgrund des mit der Klägerin abgeschlossenen Geschäftsführungsvertrages verpflichtet, deren Interessen gewissenhaft zu wahren. Er verstieß gegen diese Pflicht, wenn er mit einem Unternehmen vergütungspflichtige Dienstleistungen vereinbarte, die zur Erreichung des erstrebten steuerlichen Erfolgs nicht erforderlich waren und an denen die Klägerin auch sonst kein vernünftiges Interesse haben konnte. Die Verletzung der vertraglichen Treuepflicht durch einen Beauftragten berührt zwar grundsätzlich die Gültigkeit des von ihm pflichtwidrig abgeschlossenen Geschäfts nicht. Anders ist es jedoch, wenn der Bevollmächtigte mit dem Verhandlungspartner bewußt zum Nachteil des Vollmachtgebers zusammenwirkt. In einem solchen Fall, in dem der Vertragspartner bewußt den Treubruch des Bevollmächtigten ausnutzt, ist das durch den Treubruch zustandegewordene Rechtsgeschäft nach § 138 BGB nichtig (RGZ 130, 131, 142; 132, 134; 134, 43, 56, 136, 353, 356; RG DR 1939, 2155; Staudinger/Dilcher BGB 12. Aufl. § 138 Rdn. 54; § 167 Rdn. 100; Stéffen in BGB - RG RK 12. Aufl. § 167 Rdn. 24; MK-Thiele § 164 Rdn. 113). Selbst in den Fällen, in denen es an einem bewußten Zusammenwirken zwischen dem

Vertreter und seinem Verhandlungspartner zum Nachteil des Vertretenen fehlt, in denen aber der Verhandlungspartner den bewußten Vollmachtsmißbrauch hätte erkennen können, kann der Vertretene den Ansprüchen aus dem Vertrag den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegensetzen (RGZ 75, 299; 134, 67, 71; 143, 196, 200; 145, 311, 314; 159, 363, 367; BGH Urteile vom 18.2.1960 - VII ZR 21/59 - WM 1960, 612; vom 25.3.1964 - VIII ZR 280/62 - JZ 1964, 420 = LM Höfeordnung § 14 Nr. 3; vom 28.2.1966 - VII ZR 125/65 - NJW 1966, 1911; vom 25.3.1968 - II ZR 208/64 - BGHZ 50, 112).

5. Unter diesem Gesichtspunkt wird der Tatrichter vor allem zu prüfen haben, ob im vorliegenden Fall ein vernünftiger Grund zur Vereinbarung einer Finanzierungs-garantie bestand. Es ist im allgemeinen nicht üblich, sich vor der Verwirklichung eines Bauvorhabens die Finanzisierungsmöglichkeiten von einem Dritten garantieren zu lassen. Vom Standpunkt des Bauherrn erscheint es vernünftiger und einfacher, sich sofort um den Abschluß eines Kreditvertrages zu bemühen, als sich zunächst gegen eine recht hohe Provision eine Finanzierungs-garantie geben zu lassen. Wer in der Lage ist, die bank-üblichen Sicherheiten zu stellen, wird unschwer einen Baukredit erlangen können. Wenn die Klägerin aber hierzu außer Stande war, hätte ihr auch die Garantie der Beklagten nichts genutzt; denn diese stand nach § 4 "unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Bauherr die von den finanzierenden Banken jeweils gestellten Auflagen, die banküblich sein müssen, erfüllt, insbesondere dingliche und persönliche Sicherheiten leistet". Dies könnte dafür

sprechen, daß die Provision in Wirklichkeit nicht die Übernahme der Garantie, sondern eine Vermittlungstätigkeit abgelten sollte. In diesem Zusammenhang darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Beklagte sich in der Klageerwiderung nur damit verteidigt hat, sie habe ihre Verpflichtung zur Vermittlung der Finanzierung erfüllt und aus diesem Grunde ihre Provision verdient; erst später hat sie sich darauf berufen, daß die Provision (auch) für die Übernahme der Garantie versprochen worden war.

Gegebenenfalls wird zu prüfen sein, ob nicht angesichts des geringen wirtschaftlichen Wertes der Garantie der Provisionssatz von 5% überhöht ist.

Zur Rechtfertigung der Provisionsvereinbarung wird sich die Beklagte nicht darauf berufen können, der Bauherr sei daran interessiert, möglichst viele Provisionsverbindlichkeiten entstehen zu lassen, damit er möglichst hohe Werbungskosten geltend machen könne. Es liegt zwar in der Konzeption des Bauherrenmodells, Kostenelemente, die beim Kauf von Bauträgern in den Kaufpreis eingehen und daher nur im Wege der Abschreibung steuerlich berücksichtigt werden können, in sofort absetzbare Werbungskosten zu verwandeln. Unter diesen Gesichtspunkten kann es durchaus sinnvoll sein, daß der Treuhänder einem Dritten für bestimmte Dienstleistungen Provisionen verspricht. Das kann aber nur dann gelten, wenn die Leistung des Provisionsempfängers zur Verwirklichung des Bauvorhabens erforderlich ist. Verfehlt ist es je-

doch, die Werbungskosten zu erhöhen, ohne daß dem Bauherrn ein entsprechender Gegenwert zufließt; in diesem Fall wird die Mehrbelastung des Bauherrn stets größer sein als die erzielte Steuerersparnis.

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs