

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja zu EGr I 3

BGB §§ 812, 334

Zum Bereicherungsausgleich beim echten (berechtigenden)
Vertrag zu Gunsten Dritter.

BGH, Urt. vom 24. Februar 1972 - VII ZR 207/70 - OLG Hamburg
IG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 207/70

URTEIL

Verkündet am
24. Februar 1972
[REDACTED],
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Dipl.-Ing. Ernst H [REDACTED], H [REDACTED], S [REDACTED]-str. [REDACTED],
2. des Kaufmanns Hans v [REDACTED] d [REDACTED] H [REDACTED], H [REDACTED], Hohe L [REDACTED]
3. a) des Gerichtsreferendars Reinhold K [REDACTED],
b) dessen Ehefrau Anita K [REDACTED],
beide wohnhaft: [REDACTED] S [REDACTED], F [REDACTED]weg [REDACTED],
4. der Frau Dr. rer.nat. Ilse M [REDACTED], H [REDACTED], S [REDACTED]str. [REDACTED]
5. a) des Feinmechanikers Günter T [REDACTED],
b) der Friseurmeisterin Helga T [REDACTED],
beide wohnhaft: H [REDACTED], F [REDACTED] Str. [REDACTED],
6. a) des Industriemeisters Rudi T [REDACTED],
b) dessen Ehefrau Inge T [REDACTED],
beide wohnhaft: H [REDACTED], T [REDACTED] [REDACTED],
7. a) des Prokuristen Heinz Tr [REDACTED],
b) dessen Ehefrau Sabine Tr [REDACTED],
beide wohnhaft: H [REDACTED], N [REDACTED] Ring [REDACTED],
8. der Frau Senta V [REDACTED], H [REDACTED], G [REDACTED]str. [REDACTED],
9. des Regierungsamtmanns Günter W [REDACTED], H [REDACTED], G [REDACTED]-B [REDACTED] Str. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den kaufmännischen Angestellten Ehrenfred M [REDACTED], H [REDACTED],
S [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 1972 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Girisch und Meise

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 30. Oktober 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 4. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger schlossen im Jahre 1968 mit der Kommanditgesellschaft B. GmbH H. & Co. (im folgenden Bauträgergesellschaft) "Kaufanwärterverträge" über Eigentumswohnungen, die die Gesellschaft in Scharbeutz/Ostsee errichtete. Die Vertragsverhandlungen mit den Klägern führte im wesentlichen der Beklagte. Er war damals als Direktionsassistent bei der Bauträgergesellschaft angestellt. Zu seinen Aufgaben gehörte u.a. der Verkauf der Eigentumswohnungen.



Im Verlauf der Vertragsverhandlungen hatten die Kläger eine sog. Verkaufsaufgabe erhalten, in der die Bauträgergesellschaft die Objekte näher beschrieben und darauf hingewiesen hat, daß auf die im einzelnen angegebenen Preise eine Maklercourtage von 3 % zu berücksichtigen sei. Ferner heißt es in den Verkaufsaufgaben, in allen Angelegenheiten stehe den Interessenten der Grundstücksbevollmächtigte der Gesellschaft, der Beklagte, zur Verfügung.

Dieser schloß dann auch im Namen der Bauträgergesellschaft die Kaufanwärterverträge mit den Klägern ab. Dabei legte er ihnen jeweils drei Vertragsausfertigungen zur Unterschrift vor, von denen je zwei folgende Klausel enthielten:

"6. Finanzierung:

Die Gesamtkosten ohne Architektenhonorar des Eigentumsappartements betragen als Festpreis

DM

zuzüglich 3 % Makler-Courtage zugunsten der Firma

H [REDACTED] I [REDACTED]-K [REDACTED] GMBH

[REDACTED] H [REDACTED] "

In der dritten Ausfertigung, die der Beklagte der Bauträgergesellschaft aushändigte, fehlte der Zusatz über die Makler-Courtage. Von den beiden anderen Stücken bekamen eines die Kläger, das andere behielt der Beklagte.

Einige Zeit nach Unterzeichnung der Verträge wurden die Kläger zur Zahlung der Courtage durch Rechnungen aufgefordert, die auf Briefbögen mit dem Firmenkopf "H [REDACTED] I [REDACTED]-K [REDACTED]" ausgestellt waren und

die Unterschrift des Beklagten trugen. Die Kläger zahlten die verlangten Beträge auf das dort angegebene Konto, über das sie dem Beklagten zuflossen. Die in den Kaufanwärterverträgen mit Courtage-Klausel erwähnte Firma "H [REDACTED] I [REDACTED]-K [REDACTED] GmbH" existierte in Wahrheit nicht.

Die Kläger fühlen sich vom Beklagten einmal dadurch getäuscht, daß er den Anschein erweckt habe, die Eigentumswohnungen seien nur gegen Entrichtung einer Maklergebühr zu erwerben gewesen, was nicht zugetroffen habe. Zum anderen werfen sie ihm vor, verheimlicht zu haben, daß die an die "H [REDACTED] I [REDACTED]-K [REDACTED] GmbH" zu zahlende Courtage für ihn selbst bestimmt gewesen sei, obgleich er gar nicht als Makler, sondern als Vertreter der Bauträgergesellschaft in deren Namen aufgetreten sei. Schließlich habe er den Klägern verschwiegen, daß die von ihm bei Abschluß der Kaufanwärterverträge vorgelegten drei Vertragsausfertigungen hinsichtlich der Courtageklausel nicht übereinstimmten. Die Kläger haben deshalb die Maklervereinbarungen wegen arglistiger Täuschung angefochten. Im vorliegenden Verfahren verlangen sie die an den Beklagten gezahlten Beträge aus ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung (Betrug) zurück.

Der Beklagte hält den Klägern entgegen, die Eigentumswohnungen hätten nie courtagefrei abgegeben werden sollen. Er habe auch alle Kläger darüber ins Bild gesetzt, daß er es sei, dem die Courtage jeweils zustehen sollte. Dabei habe er sämtliche Vertragsexemplare im einzelnen erläutert. Der Geschäftsführer der Bauträgergesellschaft, Friedrich K [REDACTED], sei mit dem Abschluß der

Maklervereinbarungen zu seinen, des Beklagten, Gunsten einverstanden gewesen.

Das Landgericht gab der Klage statt. Das Oberlandesgericht wies sie auf die Berufung des Beklagten ab (JZ 1971, 424 mit Anmerkung von Lorenz). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstreben die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht verneint Ansprüche der Kläger gegen den Beklagten auf Rückgewähr der an diesen gelangten Beträge aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB). Es entnimmt dem eigenen Vortrag der Kläger, daß zwischen ihnen und dem Beklagten selbst ein Maklervertrag nicht geschlossen worden sei, den sie mit ihren Zahlungen hätten erfüllen wollen. Denn sie hätten nicht gewußt, daß der Beklagte mit dem Empfänger des Maklerlohns identisch gewesen sei. Die Leistungspflicht der Kläger habe sich vielmehr allein aus der Courtageklausel in den Kaufanwärtterverträgen mit der Bauträgergesellschaft ergeben, die sich damit insoweit als echter, berechtigender Vertrag zugunsten eines Dritten (des Beklagten) darstellten.

Das Berufungsgericht unterstellt ersichtlich, daß die Kläger die hiernach mit der Bauträgergesellschaft getroffenen Maklervereinbarungen mit Erfolg wegen arg-

listiger Täuschung angefochten haben bzw. daß der Beklagte keine entsprechende Abschlußvollmacht hatte. Es ist jedoch der Auffassung, in einem solchen Falle, also bei Fehlerhaftigkeit des Deckungsverhältnisses, könne der Versprechende den von ihm geleisteten Gegenstand nicht von dem Dritten zurückverlangen, sondern müsse sich an den Versprechensempfänger halten, Das habe auch zu gelten, wenn es außerdem im Valutaverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten am Rechtsgrund fehle (Fall des sog. Doppelmangels). Allenfalls bei unentgeltlicher aber rechtswirksamer Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten könne dem Versprechenden analog § 822 BGB ein Bereicherungsanspruch unmittelbar gegen den Dritten zugewilligt werden. Die dazu nötigen Voraussetzungen seien hier aber nicht gegeben.

2. Mit dieser Beurteilung wird das Berufungsgericht den Besonderheiten, die der vorliegende Fall bietet, nicht gerecht, wie der Revision im Ergebnis zuzugeben ist.

a) Allerdings durfte das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision annehmen, daß der Beklagte mit der in den Kaufanwärterverträgen angeführten, den Klägern nach ihrer Darstellung unbekannten Firma "H[REDACTED] Im[REDACTED]-K[REDACTED]" identisch ist. Zu der nach dem Vortrag des Beklagten unter diesem Namen geplanten Gründung einer GmbH ist es nicht gekommen. Daß bereits eine Vorgesellschaft bestanden hätte, kann dem Vortrag des Beklagten nicht entnommen werden. Deshalb ist nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht bei seinen Betrachtungen davon ausgeht, daß unter der angeführten Firma in Wahrheit der Beklagte selbst auftrat. Um die

irrtümliche Leistung an einen Dritten, wie die Revision meint, handelt es sich daher nicht.

b) Zu Unrecht bemängelt ferner die Revision, daß das Berufungsgericht überhaupt einen Vertrag zugunsten eines Dritten (des Beklagten) angenommen hat, obgleich unstreitig die Courtageklausel in der Vertragsausfertigung, die der Beklagte der Bauträgergesellschaft zuleitete, nicht enthalten war. Das ändert nichts daran, daß sich in den weiteren, von beiden Seiten unterzeichneten Vertragstexten die Courtagevereinbarungen befinden. Diese stellen sich deshalb als Verträge zugunsten eines Dritten dar, und zwar gerade, wenn man den Vortrag der Kläger zugrundelegt. Denn nach deren Darstellung sind sie mit der durch die Courtageklausel begünstigten Firma "H[REDACTED] Im[REDACTED]-K[REDACTED]" nie in Berührung gekommen, haben also mit ihr bzw. dem hinter ihr stehenden Beklagten selbst keine Maklerverträge geschlossen. Dann kommt allein die Begründung von Rechten eines am Vertragsschluß nicht unmittelbar beteiligten Dritten in Betracht. Dieser Dritte kann auch der Vertreter einer Vertragspartei sein.

3. Der Senat vermag jedoch der Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu folgen, daß der Beklagte, auch wenn er die Courtagen von den Klägern lediglich als Drittbegünstigter aus den Kaufanwärterverträgen zwischen den Klägern und der Bauträgergesellschaft erhalten hat, von vornherein als Bereicherungsschuldner für die Kläger ausscheidet.

a) Wie sich der Bereicherungsausgleich beim echten (berechtigenden) Vertrag zugunsten Dritter zu vollzieht

hat, wenn sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger (Deckungsverhältnis) als unwirksam oder fehlerhaft erweist, ist seit jeher lebhaft umstritten (vgl. zum Stand der Meinungen in Rechtsprechung und Schrifttum den umfassenden Überblick bei Walther Hadding, Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, 1970, S. 28 - 68). Der vorliegende Fall bietet keinen Anlaß, zu diesem Problemkreis allgemein Stellung zu nehmen und allen hierbei auftretenden Fragen im einzelnen nachzugehen.

Wie der erkennende Senat im Anschluß an von Caemmerer (JZ 1962, 385, 386) bereits bei der Behandlung von Anweisungsfällen, wenn eine wirksame Anweisung fehlt, zum Ausdruck gebracht hat, sind stets in erster Linie die Besonderheiten des einzelnen Falles für die sachgerechte bereicherungsrechtliche Abwicklung von Vorgängen, an denen mehr als zwei Personen beteiligt sind, zu beachten (BGHZ 50, 227, 229). Das gilt für alle Leistungen im Hinblick auf Drittbeziehungen. Denn Verpflichtungen und Leistungen können, wie von Caemmerer (aaO) zu Recht hervorhebt, in verschiedener Weise und Abstufung vom Bestehen von Rechtsbeziehungen zu Dritten abhängig gemacht werden. Die echten (berechtigenden) Verträge zugunsten Dritter bilden dabei keine Ausnahme (von Caemmerer aaO; vgl. a. Lorenz AcP 168, 286 ff und JuS 1968, 441, 443). Auch bei ihnen kommt es deshalb maßgeblich darauf an, welchen Zweck die Beteiligten nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben.

b) Davon hängt ohnehin (auch sonst) ab, wer bereicherungsrechtlich als Leistender und wer als Leistungsempfänger zu gelten hat. Denn nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung ist unter einer Leistung im Sinne des § 812 Abs. 1 BGB eine bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens zu verstehen (BGHZ 40, 272, 277; 48, 70, 73; 50, 227, 230 ff; vgl. a. Hadding aaO S. 99 ff mit Nachweisen). Die jeweilige Zweckbestimmung richtet sich aber nach dem Parteiwillen, wobei eine objektive Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers angezeigt ist, falls dessen und des Zuwendenden Zweckvorstellungen nicht übereinstimmen (BGHZ 40, 272, 278; h.M. vgl. Hadding aaO S. 100 mit Nachweisen). Decken sie sich dagegen, so wird davon auch allein die Zweckrichtung einer Zuwendung, die Leistung im bereicherungsrechtlichen Sinn bestimmt.

c) Das hat das Berufungsgericht dem Grundsatz nach zwar nicht verkannt. Es hat jedoch daraus bei seiner Beurteilung nicht die gebotene Schlußfolgerung gezogen.

aa) Dabei liegt den theoretischen Betrachtungen des Berufungsgerichts ersichtlich die Auffassung zugrunde, bei echten Verträgen zugunsten Dritter sei die Zuwendung des Versprechenden an den Dritten in ihrer Zweckrichtung immer zum einen auf eine Leistung des Versprechenden an den Versprechensempfänger (im Deckungsverhältnis) und zum andern auf eine Leistung des Versprechensempfängers an den Dritten (im Valutaverhältnis) gerichtet, weil nur in diesen beiden Rechtsverhältnissen Güterbewegungen stattfänden, die - wie sich

das Berufungsgericht ausdrückt - "sachlich-wirtschaftlich" rechtfertigen könnten, wem die Zuwendung letztlich gebühren soll. Das mag in vielen Fällen so sein (etwa wenn der Vertrag zugunsten Dritter der sog. "abgekürzten Leistung" dient), muß es aber nicht. Vielmehr kann es durchaus sinnvoll und (selbst wirtschaftlich gesehen) interessengerecht sein, der Zuwendung des Versprechenden an den Dritten eine auf den Dritten bezogene Zweckrichtung zu geben, die die Zuwendung als eine allein vom Bestand des Deckungsverhältnisses abhängige Leistung an den Dritten im bereicherungsrechtlichen Sinne erscheinen läßt.

Als Beispiele dafür können etwa die in § 330 BGB behandelten "Versorgungs"-Verträge gelten (vgl. von Caemmerer JZ 1962, 385, 387; Lorenz AcP 168, 286, 289, 294; Eike Schmidt JZ 1971, 601, 604, 607; Hadding aaO S. 78). Es sind aber auch andere Fallgestaltungen denkbar, in denen nach dem Willen der Vertragspartner der Dritte ein eigenes Forderungsrecht gegen den Versprechenden erhalten soll, das den für seinen Bestand maßgebenden Rechtsgrund nur im Deckungsverhältnis zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger haben und von einem etwaigen Valutaverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Dritten gänzlich unabhängig sein soll. In Betracht kommen insoweit vor allem Fälle, in denen entgegen der abdingbaren Vorschrift des § 335 BGB ausschließlich dem Dritten das Forderungsrecht gegen den Versprechenden zustehen soll, oder in denen sich in der Zuwendung dieses Forderungsrechts das Valutaverhältnis bereits erschöpft (vgl. a. Hadding aaO S. 95). Dann erscheint es durchaus als interessengerecht, das bereicherungsrechtliche Leistungsverhältnis allein zwischen dem Dritten und dem Versprechenden anzunehmen.

bb) Eben diese Besonderheit ist im vorliegenden Falle gegeben. Die Kläger haben die Courtagevereinbarung zugunsten des "H[REDACTED] Im[REDACTED]-K[REDACTED]" (also des Beklagten) zwar im Rahmen des mit der vom Beklagten vertretenen Bauträrgergesellschaft geschlossenen Kaufanwärttervertrags getroffen. Beide Seiten haben die betreffende Klausel aber nicht in das der Bauträrgergesellschaft zugedachte Vertragsexemplar aufgenommen. Damit haben sie diese Abrede in gewisser Weise schon äußerlich aus dem Kaufanwärttervertrag herausgelöst, sie gleichsam verselbständigt.

Vor allem ergibt sich diese Selbständigkeit aus weiteren von den Parteien vorgetragenen Umständen. Nach der Darstellung des Beklagten soll der Grund für das Vorgehen der Parteien gerade darin gelegen haben, daß das Rechtsverhältnis der Bauträrgergesellschaft zu den Klägern von der Courtagevereinbarung nicht betroffen worden sei. Zum andern haben auch die Kläger vortragen lassen, sie hätten die in Frage stehende Abrede nicht so aufgefaßt, daß eine Schuld der Bauträrgergesellschaft gegenüber dem "H[REDACTED] Im[REDACTED]-K[REDACTED]" habe beglichen werden sollen. Sie hätten vielmehr angenommen, die Courtage dem Drittberechtigten aufgrund einer eigenen Verpflichtung für irgend welche in ihrem, der Kläger, Interesse geleisteten Dienste zu schulden. Tatsächlich standen die Kläger, was die Courtage angeht, später nur in Verbindung mit dem "H[REDACTED] Im[REDACTED]-K[REDACTED]", unter dessen Namen sie vom Beklagten zur Zahlung aufgefordert wurden und über das sie auch an den Beklagten gezahlt haben. Die Bauträrgergesellschaft ist von diesen Vorgängen überhaupt nicht berührt worden. Deshalb

liegt auch gerade in dem Rechtsverhältnis der Kläger zu dem Drittbegünstigten der wirtschaftliche Schwerpunkt der mit der Bauträgergesellschaft getroffenen Maklervereinbarung.

Bei dieser Sachlage kann nichts anderes angenommen werden, als daß die Kläger mit den Zahlungen an den Beklagten allein bezweckt haben, ihre sich aus den Kaufanwärterverträgen zugunsten des "H[REDACTED] Im[REDACTED]-K[REDACTED]" ergebenden Verpflichtung diesem gegenüber nachzukommen, wobei den Rechtsgrund für ihre Zahlungen ausschließlich die Kaufanwärterverträge darstellen. Der Beklagte hat das ebenso aufgefaßt, ja gar nicht anders auffassen können. Dann aber besteht zwischen den Parteien nach dem von ihnen übereinstimmend mit den Zahlungen der Kläger verfolgten Zweck ein Leistungsverhältnis, innerhalb dessen bei Fehlerhaftigkeit der Kaufanwärterverträge der Bereicherungsausgleich stattzufinden hat.

cc) Der Senat setzt sich damit nicht in Widerspruch zu der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Das Urteil des IV. Zivilsenats vom 20. März 1952 (BGHZ 5, 281) betrifft den Fall einer sog. abgekürzten Leistung, um den es hier nicht geht. Dem Urteil des VIII. Zivilsenats vom 4. April 1962 (I/M Nr. 1 zu § 329 BGB = NJW 1962, 1051) lag überhaupt kein Vertrag zugunsten Dritter zugrunde. Ein dem vorliegenden Fall vergleichbarer Sachverhalt mit den aufgezeigten Besonderheiten war dem Bundesgerichtshof bisher - soweit ersichtlich - nicht zur Entscheidung unterbreitet worden.

4. Das Berufungsurteil kann deshalb, soweit es den Klägern von vornherein jeden Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten versagt, keinen Bestand haben.

a) Der Senat ist jedoch zu einer abschließenden Entscheidung nicht in der Lage. Denn das Berufungsgericht hat seinen Erwägungen lediglich den Sachvortrag der Kläger zugrundegelegt. Danach soll der Beklagte bei der Vereinbarung der Courtageklausel zugunsten des "H. Im -K.", also für sich selbst, eigenmächtig, d.h. ohne Vollmacht der Bauträgersgesellschaft gehandelt und den Klägern wesentliche Umstände verschwiegen haben, bei deren Aufklärung die Abrede nicht getroffen worden wäre.

Demgegenüber hat sich der Beklagte darauf berufen, im Einverständnis der Bauträgersgesellschaft mit den Klägern Maklerverträge geschlossen und die Kläger, denen er typische Maklerdienste geleistet habe, über die näheren Zusammenhänge auch vollständig ins Bild gesetzt zu haben (GA 31/42, 120/134; 188/189, 194; 216).

Damit wird sich das Berufungsgericht nunmehr auseinanderzusetzen und den Sachverhalt, soweit erforderlich, aufklären müssen.

b) Die Klage ist nicht etwa schon deshalb begründet, wie die Revision offenbar meint, weil der Beklagte gar nicht als Makler, sondern als Vertreter der Bauträgersgesellschaft aufgetreten ist, der Verkäufer für seine eigenen Bemühungen um den Vertragsabschluß eine Maklerprovision aber nicht verlangen darf.

Nach gefestigter Rechtsprechung kann zwar eine Maklertätigkeit im Sinne des § 652 Abs. 1 BGB immer nur vorliegen, wenn der vom Auftraggeber des Maklers erstrebte Vertragsabschluß zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten zustandegekommen ist, nicht dagegen zwischen dem Auftraggeber und dem Makler selbst. Denn in diesem Falle vermittelt der Makler kein Geschäft, sondern macht in Wirklichkeit ein auf den Abschluß des vom Auftraggeber gewollten Vertrags selbst gerichtetes Angebot oder fordert zur Abgabe eines solchen Angebots auf (BGH NJW 1971, 1839 mit Nachweisen). Das gleiche gilt bei besonders enger wirtschaftlicher Verflechtung zwischen dem Makler und dem späteren Verkäufer (BGH aaO). Tritt dieser aber nicht einmal als Makler in Erscheinung, sondern läßt er sich bei den Vertragsverhandlungen von Anfang an durch einen eigenen Angestellten vertreten, der in seinem Namen handelt, so kann es nicht anders sein.

Die jeweiligen Vertragspartner können jedoch Abweichungen von den im Gesetz enthaltenen Regeln über den Maklervertrag vereinbaren (BGH WM 1970, 392; 1968, 1148). Die insoweit bestehende Vertragsfreiheit hindert es nicht, daß der Auftraggeber auch eine Provision für den Fall zusagt, daß Makler und Partner des erstrebten Vertrags dieselbe Person oder eng miteinander wirtschaftlich verflochten sind (BGH NJW 1971, 1839). An solche abweichende Vereinbarungen werden allerdings strenge Anforderungen gestellt (BGH NJW 1967, 1225). So kann etwa für eine Provisionsvereinbarung ohne Rücksicht auf die Identität zwischen Makler und Verkäufer ein Verpflichtungswille beim Auftraggeber nur angenommen werden, wenn er die tatsächlichen Verhältnisse wirklich kennt (BGH NJW 1971, 1839).

Das gleiche gilt, wenn in einem Vertrag eine "Makler"provision vereinbart wird, die von dem einen Partner gerade an den bereits im Namen des anderen handelnden Vertreter gezahlt werden soll. In einem solchen - außergewöhnlichen - Falle kann auf einen Verpflichtungswillen des die Provision Versprechenden ebenfalls nur klarer Sachlage geschlossen werden (BGH aaO), die eine eindeutige Aufklärung des Zahlungspflichtigen über die tatsächlichen Verhältnisse voraussetzt. Damit, ob das hier geschehen ist, wird sich das Berufungsgericht bei der weiteren Behandlung des Rechtsstreits zu befassen haben.

II.

1. Das Berufungsgericht hält den Beklagten zur Rückgewähr der von den Klägern gezahlten Courtagen ferner nicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes für verpflichtet, sei es aus Verschulden bei Vertragsschluß, sei es aus unerlaubter Handlung. Insoweit fehlt es jedenfalls an dem den Klägern obliegenden Beweis, daß ihnen aus der Handlung des Beklagten ein Schaden entstanden sei. Der Beklagte möge, so führt das Berufungsgericht aus, der ihm von der Bauträgergesellschaft erteilten Weisung zuwidergehandelt haben, als er die Kläger zur Vereinbarung der Courtageklausel zu seinen Gunsten veranlaßt habe. Es sei aber zumindest die Möglichkeit offengeblieben, daß die Bauträgergesellschaft der Maklerfirma Friedrich K. die Courtage in gleicher Höhe habe verschaffen wollen und bei ordnungsgemäßem Handeln des Beklagten entsprechende Abrede in die Kaufanwärtterverträge aufgenommen worden wäre, so daß die Kläger die streitigen Beträge in jedem Falle aufgewendet hätten.

2. Auch dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

a) Ihre Angriffe gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts sind allerdings nicht gerechtfertigt. Sie laufen darauf hinaus, daß die Revision eine eigene Beurteilung des Beweisergebnisses an die Stelle der vom Berufungsgericht vorgenommenen setzen möchte.

Die Revision ist auch nicht in der Lage aufzuzeigen, daß der Beklagte im zweiten Rechtszug beantragt hat, den vom Einzelrichter gehörten Zeugen K. nochmals vor dem Senat zu vernehmen, ja daß der Beklagte überhaupt Einwendungen gegen die Art der in der Berufungsinstanz durchgeführten Beweisaufnahme erhoben hat. Dann kann er aber die Unterlassung der erneuten Anhörung nicht mit Erfolg im Revisionsrechtszug geltend machen (BGHZ 40, 179, 183 ff).

b) Dagegen rügt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht die Beweislast verkannt hat, auf die es bei seiner Entscheidung maßgeblich abstellt. Zwar haben die Kläger, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht, zu beweisen, daß ihnen aus den dem Beklagten vorgeworfenen Handlungen bzw. Unterlassungen überhaupt ein Schaden entstanden ist. Dazu genügt aber von ihrer Seite aus darzutun, daß sie durch die vom Berufungsgericht unterstellte Täuschung des Beklagten zu der Courtagezahlung veranlaßt worden sind, also einen Vermögenswert aus der Hand gegeben haben.

Wenn demgegenüber der Beklagte den Standpunkt einnimmt, die Kläger hätten anlässlich des Abschlusses der Kaufanwärtterverträge in jedem Falle Maklerprovision in

gleicher Höhe zahlen müssen, wenn nicht an ihn, dann an einen anderen, so ist dafür er darlegungs- und beweispflichtig. Denn damit beruft er sich auf einen Sachverhalt, der zwar im Zusammenhang mit dem der Klagforder zugrundeliegenden Lebensvorgang steht, der aber vom tatsächlichen Geschehensablauf abweicht. Letztlich verweist der Beklagte lediglich auf ein anderes eigenes Verhalten, das er möglicherweise nach den ihm von der Bauträgersgesellschaft erteilten Weisungen hätte beobachten sollen. Unter diesen Umständen erscheint es auch als interessengerecht, ihm die Beweislast dafür aufzubürden, wie sich die Vermögenslage der Kläger dargestellt hätte, wenn er bei Abschluß der Verträge nicht so gehandelt hätte, wie es die Kläger behaupten, sondern so, wie es ihm nach den Angaben der Bauträgersgesellschaft, bei der er angestellt war, aufgetragen hatte. Bleiben dabei Zweifel offen, geht das zu seinen Lasten und nicht zu Lasten der Kläger.

c) Die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es Schadensersatzansprüche der Kläger verneint, sind aber noch aus einem weiteren Grund rechtsfehlerhaft, was die Revision zutreffend bemängelt.

Den Erörterungen des Berufungsgerichts über den fehlenden Eintritt eines Schadens bei den Klägern liegt ersichtlich die Auffassung zugrunde, durch die Aufnahme einer Courtageklausel zugunsten der Firma Friedrich K in die Kaufanwärterverträge wären die Kläger auch tatsächlich in jedem Falle zur Provisionszahlung verpflichtet worden. Das trifft jedoch nicht ohne weiteres zu, wie sich aus den Darlegungen oben Ziff. I 4 b ergibt. Denn einmal war die Firma Friedrich K unstreitig den K

gegenüber als Maklerin überhaupt nicht in Erscheinung getreten. Zum anderen gehörte dieses Unternehmen - wie die Bauträgersgesellschaft - zur sog. "Firmengruppe K[REDACTED]". Das haben beide Parteien übereinstimmend vorgetragen. Der Zeuge K[REDACTED] hat denn auch bei seiner Vernehmung vor dem Oberlandesgericht die Maklerfirma Friedrich K[REDACTED] als seine Einzelfirma bezeichnet. Damit aber spricht vieles für eine so enge wirtschaftliche Verflechtung zwischen der Bauträgersgesellschaft und der Firma Friedrich K[REDACTED], daß die wirksame Vereinbarung einer Maklerprovision auch zu deren Gunsten allein unter den besonderen in Ziff I 4 b angeführten Umständen in Betracht kam. D.h., daß die Kläger nur dann zur Provisionszahlung an die Firma Friedrich K[REDACTED] verpflichtet worden wären, wenn man sie über die tatsächlichen Verhältnisse genau ins Bild gesetzt hätte oder wenn sie diese schon kannten.

Darüber findet sich in dem Berufungsurteil nichts. Wenn aber das Berufungsgericht bei seinen Überlegungen zur Schadensentstehung schon die bloße Möglichkeit in Betracht zog, daß der Beklagte von der Bauträgersgesellschaft die Weisung hatte, in die Kaufanwärterverträge mit den Klägern Courtageklauseln zugunsten der Firma Friedrich K[REDACTED] aufzunehmen, dann mußte es in seine Erwägungen auch den nach dem Sachvortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme durchaus naheliegenden Umstand mit einbeziehen, daß Provisionsverpflichtungen der Kläger gegenüber der Firma K[REDACTED] möglicherweise gar nicht wirksam begründet worden wären. In diesem Falle hätten die Kläger tatsächlich die Eigentumswohnungen courtagefrei erwerben können. Es ist nicht ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht die Frage des Schadens-

eintritts für die Kläger anders beurteilt hätte, wenn ihm die aufgezeigten Besonderheiten, die der Fall biete nicht verborgen geblieben wären.

3. Das Berufungsurteil kann daher auch keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht Schadensersatzforderungen der Kläger aus unerlaubter Handlung vernein (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB, 263 StGB). Aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß können die Kläger d. Beklagten allerdings nicht in Anspruch nehmen, da der klagte nach dem eigenen Vortrag der Kläger lediglich als Vertreter der Bauträgergesellschaft gehandelt hat und die besonderen Voraussetzungen der eigenen Haftung des Vertreters bei der Anbahnung von Vertragsverhandlungen (vgl. BGHZ 56, 81, 83 mit Nachweisen) ersichtlich nicht gegeben sind.

III.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Glanzmann

Rietsohel

Erbel

Girisch

Meise