

57
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 664 Abs. 1 Satz 2, 666

Eine Gestattung im Sinne des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB, die Ausführung des Auftrags einem Dritten zu übertragen, liegt nur vor, wenn der Beauftragte dem Dritten die Geschäftsbesorgung ganz oder in Teilbereichen in eigener Verantwortung überlassen darf.

Gegenüber einem Anspruch, der auf eine Verletzung der sich aus § 666 BGB ergebenden Pflichten gestützt wird, hat der Beauftragte darzulegen und zu beweisen, daß er die geschuldete Handlung vorgenommen hat.

BGH, Urt. v. 17. Dezember 1992 - III ZR 133/91 - OLG München
LG München I

58

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 133/91

Verkündet am:
17. Dezember 1992
Freitag
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Farangis H. - G.
C. straÙe , M.

Klägerin und Revisionsklägerin,

- ProzeÙbevollmächtigte: Rechtsanwältin -

g e g e n

Dr. Ulrich S.
S. straÙe , M.

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- ProzeÙbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
Dr. v. -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1992 durch den Richter Dr. Engelhardt als Vorsitzenden, die Richter Dr. Werp, Dr. Rinne, Dr. Wurm und die Richterin Dr. Deppert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. Mai 1991 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Parteien lernten sich Ostern 1985 kennen. Als sie auch über finanzielle Dinge ins Gespräch kamen, erwähnte der Beklagte, daß er sein Geld in den USA angelegt und teilweise sehr hohe Renditen erzielt habe. In der Folgezeit tätigte die Klägerin über den Beklagten gleichfalls Anlagen in den USA. Am 9. August 1985 überwies sie auf ein ihr von dem Beklagten angegebenes dortiges Konto 178.000 US-Dollar. Im Oktober 1985 schlossen die Parteien einen auf den 9. August 1985 rückdatierten schriftlichen Treuhandvertrag. Darin heißt es, der Beklagte solle für die Klägerin den ihm in bar anvertrauten Betrag von 178.000 US-Dollar durch Vermittlung seines Bruders Dr. Klaus S. [REDACTED], USA, "mit dem Ziel der Erzielung einer höchstmöglichen Rendite" anlegen. In dem Vertrag ist ferner bestimmt, daß der Beklagte an dem Ergebnis der Anlage nicht beteiligt sei und nicht für das Anlagerisiko hafte. Am 6. Dezember 1985 übergab die Klägerin dem Beklagten weitere 14.775 US-Dollar in bar; insoweit wurde der Treuhandvertrag von den Parteien handschriftlich ergänzt. Die Klägerin finanzierte die Gelder durch Kredite, die mit Grundpfandrechten auf ihrer Eigentumswohnung abgesichert waren.

Am 18. August 1986 gestand Dr. Klaus S. [REDACTED] dem Beklagten ein, er habe sämtliche Gelder nicht verabredungsgemäß angelegt, sondern zur Überbrückung von Liquiditätsengpässen in anderen Geschäften verwandt. Weitere Auskünfte erteilte er dem Beklagten mit Schreiben vom 2. Oktober 1986. Die Klägerin hingegen erhielt Ende 1986 von dem Bruder des Beklag-

ten die Mitteilung, daß sich ihr Treugut zum Stichtag 31. Dezember 1986 auf insgesamt 272.251,28 US-Dollar erhöht habe. Mit Schreiben vom 17. November 1987 unterrichtete der Beklagte die Klägerin davon, daß sein Bruder die angelegten Gelder veruntreut habe.

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von 272.251,28 US-Dollar nebst Zinsen in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageforderung weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht legt den auf den 9. August 1985 datierten Treuhandvertrag der Parteien dahingehend aus, daß der Beklagte als Treunnehmer die ihm von der Klägerin anvertrauten Beträge von 178.000 und 14.775 US-Dollar anzulegen hatte und nicht lediglich verpflichtet war, die Gelder an seinen Bruder weiterzuleiten. Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Beklagte sei berechtigt gewesen, die ihm ob-

liegende Anlage durch Vermittlung seines Bruders durchzuführen, er habe aber als Treuhänder der Klägerin gegenüber die Verantwortlichkeit für die Anlage übernehmen wollen und diese nicht auf seinen ihr weitgehend unbekannten Bruder verlagern können. Da der Beklagte in dem Vertrag ausdrücklich seine Haftung für das Anlagerisiko ausgeschlossen habe, habe er jedoch für den Verlust der Anlage nicht einzustehen.

Diese Erwägungen halten den Rügen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, den Beklagten treffe eine eigene Verpflichtung zur Anlage der Gelder. Diese ihr günstige Auslegung der individualvertraglichen Treuhandabrede, die die Revision sich ausdrücklich zu eigen macht und auch die Revisionserwiderung nicht angreift, läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

2. Dagegen hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, wesentliche für die Auslegung bedeutsame Umstände außer acht gelassen (§ 286 ZPO, §§ 133, 157 BGB), wenn es von seinem unangegriffen gebliebenen Ausgangspunkt aus (vgl. oben zu I, 1) zu dem Ergebnis gelangt ist, der Verlust, den die Klägerin erlitten habe, unterfalle dem Haftungsausschluß in dem Treuhandvertrag. Das Revisionsgericht ist daher an die tatrichterliche Auslegung des Berufungsgerichts nicht gebunden (Senatsurteil vom 6. Juli 1989 - III ZR 35/88 - WM 1989, 1744) und kann diese, da insoweit weitere Feststellungen nicht in Betracht kamen, durch seine eigene Würdigung ersetzen.

a) Das Berufungsgericht entnimmt dem Wortlaut der Urkunde, daß der Haftungsausschluß nicht nur das Währungsrisiko zwischen Dollar und D-Mark erfaßt habe, sondern daß das Risiko der Anlage selbst gemeint gewesen sei. Es führt weiter aus, die Klägerin habe ihr abweichendes Vorbringen, womit sie sich gegen die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde wende, nicht zu beweisen vermocht, weil die Zeugenaussagen einander widersprochen hätten. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden und wird von der Revision hingenommen.

b) Die Revision rügt aber zu Recht, daß selbst unter Zugrundelegung der von dem Berufungsgericht getroffenen Auslegung der Ausschlußklausel die Veruntreuung der Gelder durch den Bruder des Beklagten nicht als Verwirklichung eines Anlagerisikos anzusehen sei. Das Berufungsgericht hat nicht gebührend berücksichtigt, daß der Bruder des Beklagten die Gelder nicht, wie vereinbart, angelegt, sondern zur Überbrückung von Liquidationsengpässen in anderen Geschäften, insbesondere zur Rückführung persönlicher Kredite, verwandt hat. Zutreffend weist die Revision darauf hin, daß unter einem Anlagerisiko der Wertverlust einer Anlage oder auch eine Fehlspekulation zu verstehen sei. Hierum geht es aber nicht, wenn das Geld von dem Anlagevermittler nicht angelegt, sondern unterschlagen wird. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts, der Beklagte sei hinsichtlich der Art der Anlage keinerlei Beschränkungen unterworfen und auch zu einer spekulativen Anlage befugt gewesen, treffen nicht den Totalverlust, den die Klägerin durch die Veruntreuung ihrer Gelder seitens des Bruders des Beklagten erlitten hat.

c) Eine Auslegung der Klausel, wonach der Beklagte schon von einer Haftung für ein derartiges Abhandenkommen des Treuguts befreit sein sollte, steht nicht im Einklang mit der Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei verpflichtet gewesen, die ihm obliegende Anlage durch Vermittlung seines Bruders durchzuführen, er habe die Verantwortlichkeit für die Anlage übernehmen wollen und nicht auf seinen der Klägerin weitgehend unbekannten Bruder verlagern können. Den Beklagten traf dann mindestens die Verpflichtung, die Gelder unter Einschaltung seines Bruders überhaupt anzulegen. Wäre durch den Haftungsausschluß seine Verantwortlichkeit auch hierfür ausgeschlossen, wäre die von dem Berufungsgericht angenommene Anlagepflicht, die Hauptpflicht der Vereinbarung, nicht zu begründen.

3. Da das Berufungsgericht für die Veruntreuung der Gelder durch den Bruder des Beklagten schon den vereinbarten Haftungsausschluß hat eingreifen lassen, ist ungeklärt geblieben, wie sich die vertraglich vorgesehene Einschaltung des Bruders auf die Haftung des Beklagten für dessen Fehlverhalten auswirkt.

a) Zu Recht macht die Revision geltend, daß nach der von dem Berufungsgericht vorgenommenen Bestimmung der Pflichten des Beklagten eine Einstandspflicht für seinen Bruder als Erfüllungsgehilfen (§§ 664 Abs. 1 Satz 3, 278 BGB) in Betracht kommt.

Da den Beklagten die Verpflichtung traf, das Geld anzulegen, könnte sein Bruder als sein Erfüllungsgehilfe anzusehen sein. Dem stände nicht entgegen, daß der Beklagte seinem

Bruder gegenüber möglicherweise nicht weisungsbefugt und daß er zu seiner Kontrolle und Überwachung außerstande war (BGHZ 62, 119, 124).

Eine Einstandspflicht des Beklagten für seinen Bruder wäre nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß dieser eine vorsätzliche unerlaubte Handlung, sogar eine Straftat, begangen hat. Die Haftung des Schuldners kann sogar Handlungen erfassen, die sein Erfüllungsgehilfe unter Mißbrauch der ihm anvertrauten Stellung zu seinem eigenen Nutzen vornimmt (Senat, Urteil vom 19. Oktober 1989 - III ZR 92/88 - BGHR BGB § 278 Eigenmächtigkeit 1).

Der Bruder des Beklagten hätte bei der Entgegennahme der Gelder und ihrer Veruntreuung auch "in Erfüllung" seiner Aufgaben und nicht lediglich "bei Gelegenheit" der ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt. Sein Tun stand in dem für die Anwendbarkeit des § 278 BGB erforderlichen unmittelbaren sachlichen (inneren) Zusammenhang mit den Aufgaben, die ihm im Hinblick auf die Vertragserfüllung zugewiesen waren (BGH, Urteil vom 8. Oktober 1991 - XI ZR 207/90 - BGHR BGB § 278 Satz 1 Straftat 1 = WM 1991, 1912), nämlich mit der Verwendung der ihm zugeleiteten Gelder der Klägerin.

b) Eine Haftung des Beklagten für das Fehlverhalten seines Bruders könnte allerdings dann ausscheiden, wenn dieser im Einverständnis der Klägerin nicht als Erfüllungsgehilfe, sondern als Substitut für den Beklagten tätig geworden wäre. Ist dem Beauftragten gestattet, die Ausführung des

Auftrags einem Dritten zu übertragen, so hat er nach § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB grundsätzlich nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten.

Eine Gestattung im Sinne des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB, die Ausführung des Auftrags einem Dritten zu übertragen, liegt nur vor, wenn der Beauftragte dem Dritten die Geschäftsbesorgung ganz oder in Teilbereichen in eigener Verantwortung überlassen darf (RGRK-Steffen, BGB 12. Aufl. § 664 Rn. 2; jedenfalls dann, wenn der Beauftragte nicht von vornherein selbst handlungsunfähig ist: RGZ 161, 68, 72 f; vgl. auch BGH, Urteil vom 14. November 1951 - II ZR 55/51 - LM § 664 BGB Nr. 1; Staudinger/Wittmann, BGB 12. Aufl. § 664 Rn. 7). Andererseits setzt eine Substitution nicht voraus, daß der Beauftragte aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet und der Dritte völlig an seine Stelle tritt. Vielmehr kann der Beauftragte für den Auftrag und seine Ausführung verantwortlich bleiben, allerdings mit der sich aus § 664 Abs. 1 Satz 2 ergebenden Einschränkung (RGRK-Steffen § 664 Rn. 6 und 7).

Ob der Beauftragte einen Substituten hinzuziehen darf oder lediglich einen Gehilfen, für den er dann nach § 278 BGB haftet, ist Tatfrage (RGZ 161, 73; Staudinger/Wittmann § 664 Rn. 7). Die hierzu erforderlichen Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Für eine Substitution könnte sprechen, daß die Klägerin ihr Geld in den Vereinigten Staaten anlegen wollte, was vereinbarungsgemäß nicht durch den Beklagten selbst, sondern durch seinen dort lebenden Bruder geschehen sollte. Ist der Beauftragte an einer persönlichen Ausführung verhindert und zieht er mit Einver-

ständnis des Auftraggebers einen Dritten hinzu, wird regelmäßig eine Übertragung des Auftrags anzunehmen sein (Staudinger/Wittmann aaO). Auch ist die Möglichkeit einer Beteiligung an den Erträgen der Anlage nur für den Bruder vorgesehen, während es sich im Verhältnis zu dem Beklagten um einen unentgeltlichen Auftrag handelt. Andererseits ist die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die Verantwortlichkeit für die Anlage der Klägerin gegenüber übernehmen sollen und nicht auf seinen ihr weitgehend unbekannten Bruder verlagern können, mit einer Befugnis zur Übertragung des Auftrags nur schwer zu vereinbaren. Zudem ist nach § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Substitution im Zweifel abzulehnen (vgl. MünchKomm/Seiler, BGB 2. Aufl. § 664 Rn. 9).

Durch die Zurückverweisung wird dem Berufungsgericht Gelegenheit gegeben, eine abschließende Beurteilung der Frage zu treffen, inwieweit der Beklagte für das Verhalten seines Bruders einzustehen hat.

4. Soweit das Berufungsgericht eine Schadensersatzpflicht des Beklagten wegen Verletzung seiner Mitteilungspflicht (§ 666 BGB) verneint hat, hält seine Entscheidung den Angriffen der Revision gleichfalls nicht in vollem Umfang stand. Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe den ihr obliegenden Beweis für ihre Behauptung nicht zu führen vermocht, der Beklagte habe sie nach Erhalt des Schreibens seines Bruders vom 2. Oktober 1986 nicht rechtzeitig davon unterrichtet, daß dieser ihr Geld verloren habe. Die hiergegen von der Revision erhobenen Rügen sind im Ergebnis berechtigt.

a) Die Rüge der Revision (§ 286 ZPO), das Berufungsgericht habe bei der Würdigung der Beweise Tatsachen übergangen, die gegen eine unverzügliche Unterrichtung der Klägerin sprächen, greift allerdings nicht durch. Das Berufungsgericht war auch nicht gehalten, den im ersten Rechtszuge vernommenen Zeugen G. [REDACTED] erneut zu hören (vgl. § 398 ZPO). Von einer Begründung wird insoweit abgesehen (§ 565 a ZPO).

b) Die Revision rügt jedoch zu Recht, daß das Berufungsgericht der Klägerin die Beweislast für eine verspätete Unterrichtung seitens des Beklagten auferlegt hat.

Für eine Pflichtverletzung des Beauftragten ist allerdings grundsätzlich der Auftraggeber beweispflichtig (vgl. Senatsbeschluß vom 27. September 1984 - III ZR 216/83 - WM 1984, 1449). Auch hat der Gläubiger die Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung darzulegen und zu beweisen, außer wenn feststeht, daß nur eine Schadensursache aus dem Verantwortungsbereich des Schuldners in Betracht kommt (Senatsurteil vom 13. Dezember 1990 - III ZR 336/89 - BGHR BGB § 667 Beweislast 4 = WM 1991, 514; BGH, Urteil vom 25. März 1987 - IVa ZR 224/85 - BGHR BGB § 665 Satz 1 Beweislast 1 = NJW 1988, 60, 62); im letztgenannten Falle hat sich der Schuldner hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit und hinsichtlich der subjektiven Seite zu entlasten (Senat, aaO; BGH, Urteil vom 10. März 1981 - VI ZR 202/79 - NJW 1981, 2002, 2003; BGH, Urteil vom 25. März 1987 aaO).

Geht es jedoch um die Frage, ob der Schuldner eine ihm obliegende vertragliche Verpflichtung überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt hat, entnimmt die Rechtsprechung

der sich aus § 362 BGB ergebenden Beweislastverteilung, daß der Schuldner auch dann die Beweislast für die Erfüllung oder rechtzeitige Erfüllung trägt, wenn der Gläubiger wegen Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung neue Ansprüche, etwa eine Schadensersatzforderung, geltend macht (BGH, Urteil vom 29. Januar 1969 - IV ZR 545/68 - NJW 1969, 875; BGH, Urteil vom 25. März 1987 aaO; Rosenberg, Beweislast 5. Aufl. S. 346, 347; Baumgärtel/Strieder, Beweislast 2. Aufl. § 362 Rn. 6; anderer Ansicht Erman/Westermann, BGB 8. Aufl. § 362 Rn. 14). Hier handelt es sich nicht wie bei der positiven Vertragsverletzung um die Einhaltung von Verhaltens- und Schutzpflichten oder um eine Schlechterfüllung (Rosenberg S. 350), sondern um die Erfüllung von vertraglichen Haupt- oder Nebenleistungspflichten (MünchKomm/Heinrichs § 363 Rn. 1).

Für einen Anspruch, der auf eine Verletzung der sich aus § 666 BGB ergebenden Pflichten gestützt wird, hat daher zwar zunächst der Auftraggeber darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, in welchem Verhalten die Pflichtverletzung zu sehen ist und wie der Beauftragte hätte handeln sollen. Sache des Beauftragten ist es aber dann, den Beweis dafür zu erbringen, daß er die geschuldete Handlung vorgenommen hat (BGHZ 83, 260, 267 für die Erfüllung von Hinweispflichten aufgrund eines Steuerberatungsvertrages; Baumgärtel/Laumen § 666 Rn. 2). Da der Beklagte aufgrund des Schreibens seines Bruders vom 2. Oktober 1986 nach § 666 BGB zu einer sofortigen Unterrichtung der Klägerin verpflichtet war, um sie möglichst noch vor einem Schaden zu bewahren, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß er dieser Verpflichtung in vollem Umfang nachgekommen ist.

c) Der auf Verletzung der Mitteilungspflicht gestützte Anspruch der Klägerin scheitert auch nicht schon daran, daß sie Forderungen gegen den Bruder des Beklagten selbst bei rechtzeitiger Kenntnis der Vorgänge nicht mehr hätte durchsetzen können. Das revisionsrechtlich als wahr zu unterstellende Vorbringen der Klägerin in der Berufungsbegründung hierzu ist ausreichend substantiiert, so daß der Anspruch nicht bereits jetzt mit dieser Begründung abgelehnt werden kann (vgl. § 563 ZPO).

II.

1. Das Berufungsgericht wird nach Zurückverweisung der Sache der Frage nachgehen müssen, ob der Beklagte für das Fehlverhalten seines Bruders als seines Erfüllungsgehilfen einzustehen hat oder ob ihm dessen Verschulden nicht zuzurechnen ist, weil er ihn im Einverständnis mit der Klägerin als Substitut hinzugezogen hat. Sollte das Berufungsgericht eine Substitution bejahen, wird außerdem zu prüfen sein, ob den Beklagten deshalb ein eigenes Verschulden im Sinne des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB trifft, weil er der Klägerin eine Anlage durch seinen Bruder empfohlen hat. Der Beauftragte hat für den Schaden, der dem Auftraggeber dadurch entsteht, daß er die Ausführung des Geschäfts schuldhaft einem ungeeigneten Dritten übertragen hat, aufzukommen. Er haftet auch, wenn ihm bei der etwa erforderlichen Unterweisung ein Verschulden zur Last fällt. Deshalb muß er den Substituten über den Gegenstand des Auftrags und die etwaige Weisung des Auftraggebers unterrichten. Schließlich könnte den Umständen

nach als vereinbart gelten, daß der Beauftragte den Unterbeauftragten zu überwachen hat (vgl. Staudinger/Wittmann § 664 Rn. 9 m.w.N.).

2. Über den auf die Verletzung der Mitteilungspflicht gestützten Anspruch wird gegebenenfalls erneut unter Berücksichtigung der oben dargestellten Beweislastverteilung zu befinden sein.

Was die Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs anbetrifft, muß die Klägerin eine neue Schadensberechnung unter Berücksichtigung der Zahlungen aufstellen, die als vermeintliche Erträge an sie geleistet wurden. Zu Recht weist die Revisionserwiderung darauf hin, daß es sich bei dem zum Stichtag 31. Dezember 1986 ausgewiesenen Treugut von 272.251,28 US-Dollar um einen Betrag handelt, den der Bruder des Beklagten, der die erhaltenen Gelder veruntreut hatte, ihr in einer unzutreffenden Abrechnung genannt hat.

Engelhardt

Werp . .

Rinne

Wurm

Deppert