

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 284/81

URTEIL

Verkündet am

9. Mai 1983

Spengler

Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

und Revisionsbeklagten,

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

g e g e n

Klägerin, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

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

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes
hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 1983
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes
Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze,
Dr. Kellermann, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Frankfurt am Main vom 10. November 1981 wird
zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin wird - unter
Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels -
das vorgenannte Urteil aufgehoben, soweit es der
Klägerin dem Grunde nach nur die Hälfte des
Schadens zugebilligt hat.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil
der 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts
Frankfurt am Main vom 22. Juni 1979 geändert.

Die Klage wird dem Grunde nach in vollem
Umfange für gerechtfertigt erklärt.
Der Rechtsstreit wird zur Entscheidung über
die Höhe des Anspruchs an das Landgericht
zurückverwiesen.

Die Klägerin trägt 1/4, die Beklagte 3/4 der
Kosten des Revisionsverfahrens. Die Entscheidung
über die weiteren Kosten des Rechtsstreits bleibt
dem Betragsverfahren vorbehalten.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin, eine schweizerische Holding-Gesellschaft der M■■■■-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG D■■■■, verlangt von der Beklagten, einer deutschen Privatbank, 10.250.000 sfr, weil sie einen Auftrag nicht ordnungsgemäß ausgeführt und ihr vorsätzlich Schaden in dieser Höhe zugefügt habe. Mit der Klage macht die Klägerin einen Teilbetrag von 1 Mio sfr nebst Zinsen geltend.

Der M■■■■-Konzern war 1974 am Erwerb einer Schweizer Bank interessiert. Er erfuhr von der Beklagten, daß die Aktien der Bankinvest, Bank for Investment and Credit Ltd. in Z■■■■, verkäuflich seien. Aktionäre dieser Bank waren im wesentlichen namhafte englische und US- Unternehmen. Diese hatten das Mitglied des Verwaltungsrats K■■■■ der Bankinvest Z■■■■ und deren Direktor R■■■ gebeten, einen Käufer für die Bank zu suchen. Die Überprüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Bankinvest Z■■■■ durch die von der M■■■■ beauftragten Wirtschaftsprüfer Dr. Fa■■■■ und Dr. Me■■■ sowie mehrere Besprechungen des Managements der M■■■■ mit dem Vorstandsvorsitzenden K■■■■ der Beklagten und R■■■ führten bei der M■■■■ zu folgenden Ergebnissen: Die Bankinvest Z■■■■ hatte eine hundertprozentige Tochterbank auf G■■■■ Ca■■■■ (Ka■■■■), die Bankinvest International Ca■■■■ Islands Limited. Diese wollte die M■■■■ Gruppe nicht miterwerben, weil sie



nicht in den Geruch kommen wollte, an einer in einer Steueroase liegenden Bank beteiligt zu sein. Einige Kreditengagements der Bankinvest Z[REDACTED] waren der M[REDACTED] unerwünscht. Diese sollten aus der Bankinvest Z[REDACTED] ausgegliedert und auf die Bankinvest Ca[REDACTED] übertragen werden. Dafür sollte die Bankinvest Z[REDACTED] von der Bankinvest Ca[REDACTED] "sichere" Kreditforderungen übernehmen (sogenannter Aktiventausch). Im Ergebnis rechnete man dabei mit einem Zahlungsanspruch der Bankinvest Z[REDACTED] gegen die Bankinvest Ca[REDACTED]. Die M[REDACTED] war ferner bereit, als Kaufpreis für die Aktien der Bankinvest Z[REDACTED] 32 Mio sfr zu bezahlen.

Am 20. März 1975 richtete die Klägerin folgendes Schreiben an die Beklagte:

"Wir beauftragen Sie hiermit unwiderruflich, den Aktionären der Bankinvest ... Z[REDACTED] ein Angebot zum Kauf aller Aktien der Bankinvest Z[REDACTED] zu machen. Der Kauf muß im Ergebnis für die Käuferin (Klägerin) zu folgenden Bedingungen zustande kommen:

1. Die Gr[REDACTED] (Klägerin) bietet den Aktionären der Bankinvest an, zu den nachstehenden Bedingungen alle Aktien der Bankinvest Z[REDACTED] zu erwerben, und zwar 29.000 Namensaktien zu nom. je 1.000 sfr. Das Kaufangebot betrifft damit das gesamte Grundkapital der Bankinvest Z[REDACTED].
2. ...
3. Nach der Annahme des Kaufangebotes durch alle Aktionäre der Bankinvest Z[REDACTED] zahlt die Gr[REDACTED] an A[REDACTED] (Beklagte) zu treuen Händen einen Betrag von sfr 32 Mio ...

4. Der von der Gr[REDACTED] zu entrichtende Kaufpreis beträgt sfr 32 Mio ... abzüglich eventueller Verluste in der Zeit vom 1. Januar 1975 bis zum Tag der Aktienübertragung. ...

5. Das Kaufangebot ist nur wirksam, wenn im Zeitpunkt der Annahme folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

a) ...

b) Bankinvest International Ca[REDACTED] (Islands) Ltd. (im folgenden Bankinvest Ca[REDACTED] genannt) verkauft an Bankinvest Z[REDACTED] die nachstehenden Kredite zu 100 % des Buchwertes, ajustiert für Zinsen und allfällige Mutationen seit 31. Dezember 1974:

Apartotel S.A. Melia, Madrid DM 350.000

Adm. Hotelera Melia, Madrid DM 350.000

Banco Intercontinental,
Brasilien US\$ 450.000

c) Bankinvest Z[REDACTED] verkauft an Bankinvest Ca[REDACTED] die nachstehenden Kredite, ajustiert für Zinsen und allfällige Mutationen seit 31. Dezember 1974 wie folgt:

Günthard nom. sfr 629.050,37 zu 60 % = sfr 377.430,22

J. Wall nom. sfr 136.634,65 zu 10 % = sfr 13.663,46

Optyl AG nom. DM 2.000.629,75 zu 100 % = DM 2.000.629,75

Optyl AG nom. sfr 715.253,82 zu 100 % = sfr 715.253,82

d) Bankinvest Ca[REDACTED] übernimmt Bankinvest Z[REDACTED] gegenüber in von Bankinvest Z[REDACTED] zu bestimmender Form und mit von Bankinvest Z[REDACTED] zu bestimmendem Inhalt eine Solidarbürgschaft in Höhe von sfr 5 Millionen für alle Forderungen, Ansprüche und Ausfälle aus Haftungsverpflichtungen, die bei der Bankinvest Z[REDACTED] vor dem Übernahmestichtag begründet worden sind. Diese Bürgschaft läuft in voller Höhe bis zum 31. Dezember 1978 und in Höhe von sfr 2,5 Millionen bis zum 31. Dezember 1980.

Zur Sicherstellung der Bürgschaft wird Bankinvest Ca. [REDACTED] bei Bankinvest Z [REDACTED] eine Festgeldanlage in Höhe des Bürgschaftsbetrages in Schweizer Franken oder in dem jeweiligen Gegenwert in US-Dollar oder Deutsche Mark nach Wahl von Bankinvest Z [REDACTED] für die Dauer der Bürgschaft unterhalten.

.....

- e) Die Bankinvest-Ca. [REDACTED]-Aktien werden von Bankinvest Z [REDACTED] unter Ausschluß jeglicher Sach- und Rechtsmängelhaftung zum Buchwert verkauft.
 - f) Die am Übernahmestichtag bestehenden Konten zwischen Bankinvest Z [REDACTED] und Bankinvest Ca. [REDACTED] werden gegeneinander verrechnet.
6. Die Beträge, die zur Abdeckung der Forderungen erforderlich sind, die sich zugunsten von Bankinvest Zürich gegenüber Bankinvest Ca. [REDACTED] und gegenüber dem Käufer der Bankinvest-Ca. [REDACTED]-Aktien ergeben, sind von der A [REDACTED] anlässlich der Freigabe des Kaufpreises diesem zu entnehmen und an Bankinvest Z [REDACTED] zu überweisen."

Am 26. März 1975 unterbreitete die Beklagte den Aktionären der Bankinvest Z [REDACTED] im Namen und für Rechnung der Klägerin ein unwiderrufliches Angebot zum Kauf aller Aktien der Bankinvest Z [REDACTED], das vom Angebot der Klägerin vom 20. März 1975 abwich, so unter anderem beim Kaufpreis, der mit 21,75 Mio sfr angegeben war; ferner fehlte eine der Nr. 6 des Angebotsschreibens der Klägerin entsprechende Bestimmung.

10

Ebenfalls am 26. März 1975 richtete die Beklagte namens der liechtensteinischen Gesellschaft Ag. N. AG an die Bankinvest Z. ein Angebot zum Kauf aller Aktien der Bankinvest Ca. zum Preise von 1.142.571,28 DM. Die Wirksamkeit des Kaufangebots war davon abhängig gemacht (Nr. 5), daß im Zeitpunkt seiner Annahme der sogenannte Aktiventausch entsprechend dem Angebot der Klägerin zwischen der Bankinvest Z. und der Bankinvest Ca. durchgeführt ist und die Bankinvest Ca. sich gegenüber der Bankinvest Z. zu einer Solidarbürgschaft von 5 Mio sfr für alle Forderungen, Ansprüche und Ausfälle von Haftungsverpflichtungen, die bei der Bankinvest Z. vor dem Übernahmestichtag begründet worden sind, und zur Unterhaltung einer Festgeldeinlage in Höhe dieses Betrages verpflichtet hat. Gemäß Nr. 7 des Angebots sollten die am Übernahmestichtag bestehenden Konten zwischen Bankinvest Z. und Bankinvest Ca. gegeneinander verrechnet werden. Der sich daraus und aus dem Aktiventausch zugunsten der Bankinvest Z. ergebende Betrag sollte zusammen mit der Festgeldeinlage und dem Kaufpreis für die Aktien - unstreitig rund 10,25 Mio DM - auf ein Treuhandkonto der Beklagten eingezahlt und nach Übertragung der Aktien einem Konto der Bankinvest Z. gutgeschrieben werden. Danach sollten die Forderungen der Bankinvest Z. gegen Bankinvest Ca. auf die Ag. N. AG übergehen.

Diese Angebote wurden von den Altaktionären und der Bankinvest Z. angenommen. Die Beklagte forderte daraufhin von der Klägerin 32 Mio sfr an und bezahlte,

nachdem die schweizerische Bankenaufsicht die Verträge genehmigt hatte und die Aktien übertragen waren, an die Altaktionäre insgesamt 21,75 Mio sfr und die Bankinvest Zürich 10,25 Mio sfr.

Zum Erwerb der Aktien der Bankinvest Ca [REDACTED] durch die Ag [REDACTED] N [REDACTED] AG kam es folgendermaßen: Der eigentliche Erwerber war die liechtensteinische U [REDACTED] AG. Da diese bei dem Geschäft nicht in Erscheinung treten wollte, beauftragte sie die Beklagte, treuhänderisch die Aktien der Ag [REDACTED] N [REDACTED] AG zu erwerben, damit diese als Erwerberin der Aktien der Bankinvest Ca [REDACTED] auftreten konnte. Mit Schreiben vom 24. März 1975 beauftragte die U [REDACTED] AG die Beklagte ferner, der Bankinvest Z [REDACTED] ein dem Angebot der Ag [REDACTED] N [REDACTED] AG vom 26. März 1975 wörtlich entsprechendes Angebot über den Kauf der Aktien der Bankinvest Ca [REDACTED] abzugeben. In dem Schreiben heißt es sodann:

"Im Falle einer Annahme unseres beiliegenden Kaufangebots durch Bankinvest Z [REDACTED] und im Falle der Annahme des durch Sie für Rechnung der Gr [REDACTED] AG (Klägerin) abgegebenen separaten Kaufangebots für die Aktien der Bankinvest Z [REDACTED], wird für unsere Rechnung bei Ihnen ein Betrag von sfr 10.250.000 ... als einmalige Abfindungssumme einbezahlt. Die Zahlung dieser Abfindungssumme an uns bildet die Grundlage unseres Angebots.

Wir beauftragen Sie hiermit unwiderruflich, aus dieser Abfindungssumme für unsere Rechnung, den in unserem beiliegenden, an Bankinvest Z [REDACTED] gerichteten Kaufangebot für Bankinvest Ca [REDACTED] unter Ziffer 3 erwähnten Kaufpreis, sowie den

unter Ziffer 7 erwähnten, der Bankinvest Z [REDACTED] geschuldeten Betrag, auf ein bei Ihnen zu eröffnendes Konto der Bankinvest Z [REDACTED] zu übertragen. Sollte die oben erwähnte Abfindungssumme zur Abdeckung dieser Beträge nicht ausreichen, verpflichten wir uns, den zusätzlich benötigten Betrag, am Tage der Übereignung der Bankinvest Ca [REDACTED]-Aktien auf uns, bei Ihnen einzuzahlen"

Nach der Abwicklung der Verträge hat die Beklagte die Aktien der Ag [REDACTED] N [REDACTED] auf die U [REDACTED] AG übertragen.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte und R [REDACTED] hätten sie und die Altaktionäre getäuscht. Diesen sei nicht gesagt worden, daß die Klägerin 32 Mio sfr bezahlen wolle, und der Klägerin sei verschwiegen worden, daß die Aktionäre sich mit 21,75 Mio sfr zufrieden gegeben hätten. Dies sei deshalb möglich gewesen, weil jedem Vertragspartner wahrheitswidrig gesagt worden sei, der andere wolle nicht direkt mit ihm verhandeln. Auf diese Weise habe man der U [REDACTED] AG, hinter der R [REDACTED] stehe, den Betrag von 10,25 Mio sfr zukommen lassen, damit diese die Verpflichtungen der Bankinvest Ca [REDACTED] gegen die Baninvest Z [REDACTED] begleichen konnte. Dadurch habe die Urus AG die Aktien der Bankinvest Ca [REDACTED] und die Forderungen der Bankinvest Z [REDACTED] gegen diese unentgeltlich auf Kosten der Klägerin erlangt. Die Beklagte schulde ihr daher den Betrag von 10,25 Mio sfr aus Auftragsrecht und unerlaubter Handlung.

Die Beklagte ist der Ansicht, daß sie den Auftrag - jedenfalls im Ergebnis - weisungsgemäß ausgeführt habe. Die Veräußerung der Bankinvest Ca ■■■ sei nur auf dem von ihr eingeschlagenen Wege möglich gewesen, da wegen ihrer schwierigen wirtschaftlichen Lage niemand bereit gewesen sei, dafür Geld zu zahlen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Klaganspruch dem Grunde nach bis zur Höhe der Hälfte des der Klägerin entstandenen Schadens für gerechtfertigt erklärt. Dagegen haben beide Parteien Revision eingelegt, mit der sie ihre jeweiligen Anträge weiterverfolgen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist begründet, soweit sie sich dagegen richtet, daß das Berufungsgericht der Klage dem Grunde nach nur zur Hälfte stattgegeben hat. Ohne Erfolg wendet sie sich jedoch dagegen, daß das Berufungsgericht ein Grundurteil erlassen und die Beklagte nicht zur Zahlung verurteilt hat. Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

Zwischen den Parteien bestand ein entgeltliches Geschäftsbesorgungsverhältnis gemäß §§ 675, 662 BGB, das nach der Feststellung des Berufungsgerichts, die in der Revisionsinstanz nicht angegriffen wird, deutschem Recht unterliegt.

Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis darin zuzustimmen, daß sich der Klageanspruch nicht aus einer Verletzung des § 665 BGB durch die Beklagte herleiten läßt. Nach den getroffenen Feststellungen ist die Beklagte zwar von Weisungen der Klägerin abgewichen. Dies hat sich jedoch im Ergebnis nicht zum Nachteil der Klägerin ausgewirkt, weil der mit der Auftragserteilung erstrebte Erfolg trotzdem eingetreten ist.

Maßgebend für den Inhalt des der Beklagten erteilten Auftrags ist das Auftragsschreiben der Klägerin vom 20. März 1975. Danach hatte die Beklagte namens der Klägerin den Altaktionären ein Kaufangebot über den Kauf sämtlicher Aktien der Bankinvest Z[REDACTED] gegen einen Kaufpreis von 32 Mio sfr abzugeben. Das Angebot sollte ferner nicht nur den sogenannten Aktiventausch und den Verkauf der Bankinvest Ca[REDACTED] zur Bedingung für den Abschluß des Kaufvertrages machen. Es war auch eine Vertragsbestimmung vorgesehen (Nr. 6 des Auftragschreibens), daß nach der Freigabe des Kaufpreises (von 32 Mio sfr) zugunsten der Altaktionäre diesem sogleich der Betrag entnommen und an die Bankinvest Z[REDACTED] überwiesen werden darf, der sich aus dem Verkauf der Aktien der Bankinvest Ca[REDACTED], aus deren Verpflichtung zur Unterhaltung eines Festgeldkontos und aus dem Aktiventausch zugunsten der Bankinvest Z[REDACTED] ergibt. Daran hat sich die Beklagte nicht in allen Punkten gehalten. Anstatt ein Angebot an die Altaktionäre zu richten, das sämtliche Bedingungen der Klägerin enthielt, die vor dem Zustandekommen des Kaufvertrages erfüllt sein mußten (Aktiventausch,

Solidarbürgschaft und Verkauf der Bankinvest Ca[REDACTED]), hat die Beklagte das Vertragswerk in zwei Angebote aufgespalten: Eines davon ging namens der Klägerin an die Altaktionäre und das andere an die Bankinvest Z[REDACTED] namens der Ag[REDACTED] N[REDACTED] AG. Dieses enthielt das Angebot zum Kauf der Aktien der Bankinvest Ca[REDACTED], den Aktiventausch, die Erklärung über die Übernahme einer Solidarbürgschaft und die Unterhaltung eines Festgeldkontos und den Kontenausgleich im Übernahmzeitpunkt gegen Zahlung des später mit 10,25 Mio sfr bezifferten Betrages. Jenes beschränkte sich im wesentlichen auf das Angebot zum Kauf der Aktien der Bankinvest Z[REDACTED] gegen Zahlung von 21,75 Mio sfr. In beiden Angeboten war jeweils auf das andere Bezug genommen und dessen Annahme Bedingung für den Vertragsabschluß. Eine der Nr. 6 des Angebotsschreibens der Klägerin entsprechende Vertragsbestimmung war in keinem Angebot enthalten.

Es braucht nicht geprüft zu werden, ob der Beklagten im Angebotsschreiben ein Spielraum eingeräumt worden ist, wie sie den Auftrag im einzelnen durchführen will. Das Berufungsgericht scheint dies annehmen zu wollen, weil die Klägerin in der Einleitung des Auftragsschreibens ausgeführt hat, der Kauf müsse "im Ergebnis" für die Käuferin zu den im Einzelnen ausgeführten Bedingungen zustande kommen. Darauf kommt es jedoch nicht an. Selbst wenn man annimmt, daß die Beklagte nicht berechtigt war, von den Weisungen des Auftragsschreibens abzuweichen,

könnte die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch nicht auf die weisungswidrige Ausführung des Auftrags stützen:

Die Klägerin war bereit, für die Aktien der Bankinvest Z████ 32 Mio sfr zu bezahlen, falls die von ihr gestellten Bedingungen erfüllt werden. Dazu war es notwendig, daß die Bankinvest Ca████ die von der Klägerin beanstandeten Kreditengagements der Bankinvest Z████ übernahm und dafür dieser Kreditforderungen übertrug, deren Bonität die Klägerin günstig beurteilte. Die Bankinvest Ca████ mußte eine Solidarbürgschaft zugunsten der Bankinvest Z████ in Höhe von 5 Mio sfr übernehmen und sich verpflichten, in dieser Höhe bei der Bankinvest Z████ ein Festgeldkonto zu unterhalten. Außerdem mußte die Bankinvest Z████ sich von ihrer Tochterbank Bankinvest Ca████ durch Verkauf der Aktien trennen. Letztlich war sicherzustellen, daß die Forderungen der Bankinvest Z████ gegen die Bankinvest Ca████ und den Erwerber der Aktien dieser Bank aus dem den Altaktionären zustehenden Kaufpreis von 32 Mio sfr befriedigt werden, denn die Klägerin hielt, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, diese Forderungen für unsicher und im Risiko nicht abschätzbar.

Diese Ziele sind durch die von der Beklagten gewählte Vertragsgestaltung erreicht worden. Die Bankinvest Z████ hat die Bankinvest Ca████ nach Durchführung des sogenannten Aktiventauschs und Übernahme der von der Klägerin verlangten Sicherheiten an die Ag████ N████ AG verkauft. Den Betrag von 32 Mio sfr hat die Beklagte dazu verwendet, die Forderungen der

Bankinvest Z[REDACTED] gegen die Bankinvest Ca[REDACTED] in Höhe von 10,25 Mio sfr abzulösen und in Höhe von 21,75 Mio sfr an die Altaktionäre als Kaufpreis zu bezahlen. Damit hat die Klägerin genau das erhalten, was sie mit dem Auftrag an die Beklagte erreichen wollte, nämlich den Erwerb der Aktien der nach ihren Vorstellungen konsolidierten Bankinvest Z[REDACTED]. Daß die Klägerin insoweit mit der Ausführung des Auftrags durch die Beklagte einverstanden ist, zeigt sich daran, daß sie die Bankinvest Z[REDACTED] behalten will. Allein der Umstand, daß die Beklagte von den Weisungen der Klägerin abgewichen ist, rechtfertigt mithin keinen Schadensersatzanspruch der Klägerin.

Die Klägerin kann ihre Forderung auch nicht auf § 667 BGB stützen. Danach ist der Beauftragte verpflichtet, alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält, dazu aber nicht benötigt, an den Auftraggeber herauszugeben. Nach Ansicht der Revision muß die Beklagte den Betrag von 10,25 Mio sfr an die Klägerin zurückzahlen, weil sie zum Kauf der Bankinvest Z[REDACTED] nur 21,75 Mio sfr benötigt habe. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht hat zutreffend dargelegt, daß insoweit nicht isoliert auf den mit den Altaktionären vereinbarten Kaufpreis von 21,75 Mio sfr abgestellt werden darf, sondern es auf den von der Beklagten tatsächlich hergestellten Zustand ankommt. Dazu aber reichten 21,75 Mio sfr nicht aus. Die weiteren 10,25 Mio sfr waren notwendig, um die Bedingungen zu erfüllen, die die Klägerin für den Erwerb der Bankinvest Z[REDACTED] aufgestellt hat. Die Beklagte hat somit den ihr

von der Klägerin zur Verfügung gestellten Betrag von 32 Mio sfr benötigt, um das von der Klägerin mit dem Auftrag verfolgte Ziel zu erreichen.

Die Beklagte hat sich aber schadensersatzpflichtig gemacht, weil sie es unterlassen hat, die Bankinvest Ca[REDACTED] und die Forderungen der Bankinvest Z[REDACTED] gegen dieses Bankinstitut der Klägerin zum Erwerb anzubieten oder für ihre Rechnung zu einem angemessenen Preis anderweit zu verwerten. Die Verpflichtung ergab sich zwar nicht aus dem Auftrag, wie ihn die Klägerin ursprünglich erteilt hatte. Sie entstand vielmehr, als es der Beklagten gelang, die Bankinvest Z[REDACTED] in dem konsolidierten Zustand von den Altaktionären für 32,75 Mio sfr anstatt für 32 Mio sfr zu kaufen. Dem Auftrag der Klägerin lag die Vorstellung zugrunde, daß die Bankinvest Z[REDACTED] die Bankinvest Ca[REDACTED] nach der Durchführung des Aktiventauschs an einen Dritten entgeltlich veräußert. Danach wollte sie die Aktien der Bankinvest Z[REDACTED] gegen einen Kaufpreis von 32 Mio sfr von den Altaktionären erwerben. Von diesem Betrag sollten - zu Lasten der Altaktionäre - die Kaufpreisforderung der Bankinvest Z[REDACTED] gegen den Erwerber der Bankinvest Ca[REDACTED] und die Forderungen der Bankinvest Z[REDACTED] aus dem Aktiventausch beglichen werden. Dabei war, worauf das Berufungsgericht mit Recht hinweist, als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Altaktionäre (als Schuldmitübernehmer) die von ihnen abgelösten Forderungen der Bankinvest Z[REDACTED] auf sich übertragen lassen würden, um so möglicherweise

noch in den Genuß des vollen Verkaufspreises von 32 Mio sfr zu kommen. Da die Beklagte mit den Altaktionären aber nur einen Kaufpreis von 21,75 Mio sfr vereinbart hat, mußte sie den für die Konsolidierung der Bankinvest Z[REDACTED] durch den Aktiventausch und den Verkauf der Aktien der Bankinvest Ca[REDACTED] benötigten Betrag von 10,25 Mio sfr anderweit aufbringen. Sie hat dafür den restlichen, als Kaufpreis für die Altaktionäre nicht benötigten, von der Klägerin zur Ausführung des Auftrags zur Verfügung gestellten Betrag von 10,25 Mio sfr verwandt, indem sie ihn unentgeltlich der Urus AG (vgl. deren Schreiben vom 24.3.1975, GA 418) zur Verfügung stellte, damit diese bzw. ihre Treuhänderin, die Ag[REDACTED] N[REDACTED] AG, ihre Verbindlichkeiten aus dem Erwerb der Bankinvest Ca[REDACTED] und diejenigen der Bankinvest Ca[REDACTED] gegenüber der Bankinvest Z[REDACTED] tilgen konnten. Im Ergebnis hat die Beklagte damit der Ag[REDACTED] N[REDACTED] AG die Bankinvest Ca[REDACTED] und die Forderungen der Bankinvest Z[REDACTED] gegen diese auf Kosten der Klägerin unentgeltlich verschafft. Dies läßt sich mit ihrer Verpflichtung, als Beauftragte der Klägerin deren Interessen zu wahren, nicht vereinbaren. Da die Klägerin bei der Auftragserteilung von ganz anderen Voraussetzungen ausgegangen war und sich nunmehr die Möglichkeit ergab, für den Kaufpreis von 32 Mio sfr nicht nur die konsolidierte Bankinvest Z[REDACTED], sondern auch die Bankinvest Ca[REDACTED] und die Forderungen der Bankinvest Z[REDACTED] aus dem Aktiventausch zu verwerten, wäre die Beklagte auch ohne ausdrückliche Weisung der Klägerin verpflichtet gewesen,

diese Gelegenheit zugunsten der Klägerin wahrzunehmen. Die Beklagte kann diese ihr als Hauptpflicht aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag obliegende Verpflichtung zur Verschaffung des Wertes der Bankinvest Ca. und der dazu gehörigen Forderungen nicht mehr erfüllen, weil diese die Ag. N. AG bereits erworben hat. Da sie die Unmöglichkeit ohne Zweifel zu vertreten hat, hat sie gemäß § 280 BGB der Klägerin den durch die Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schaden zu ersetzen.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte hafte der Klägerin nur in Höhe der Hälfte des entstandenen Schadens, kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht führt aus, nach dem Vortrag der Klägerin hätten sich auch die Beauftragten der Altaktionäre diesen gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht, weil sie ihnen verschwiegen hätten, daß die Klägerin bereit gewesen sei, einen Kaufpreis von 32 Mio sfr zu bezahlen. Bei dieser Sachlage könne nicht jeder der hintergangenen Vertragspartner seinen Beauftragten auf den vollen Schaden in Anspruch nehmen. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte müsse davon ausgegangen werden, daß sich die Vertragspartner, wenn sie von ihren Beauftragten zutreffend unterrichtet gewesen wären, die Kaufpreisdifferenz halbiert hätten. Das Berufungsgericht hat dabei verkannt, daß es nicht darauf ankommt, wie der Vertragsabschluß ausgefallen wäre, wenn beiden Vertragspartnern - der Klägerin und den Altaktionären - die wahre Sachlage bekannt gewesen wäre. Maßgeblich ist allein, daß sich so,

wie der Vertrag tatsächlich abgeschlossen worden ist, für die Klägerin die Möglichkeit ergab, außer der konsolidierten Bankinvest Z[REDACTED] auch noch die weiteren Vermögenswerte zum selben Kaufpreis zu verschaffen. Der durch den unterlassenen Erwerb entstandene Schaden belastet in vollem Umfange die Klägerin. Daß sich möglicherweise auch die Beauftragten der Altaktionäre diesen gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht haben, hat hierauf keinen Einfluß. In diesem Punkte mußte das Berufungsurteil aufgehoben und die Klage in vollem Umfange dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden.

Keine rechtlichen Bedenken bestehen dagegen, daß das Berufungsgericht ein Grundurteil erlassen hat. Es dürfte insbesondere davon ausgehen, daß eine ausreichende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß durch das Verhalten der Beklagten tatsächlich ein Schaden entstanden ist. Da es sich bei der Bankinvest Ca[REDACTED], in deren Wert der Schaden hauptsächlich besteht, um ein werbend tätiges Bankinstitut handelte, ist die Annahme, daß es kein völlig wertloses Unternehmen war, nicht fehlerhaft. Der Streit über den Grund des Schadensersatzanspruchs der Klägerin war somit entscheidungsreif. Die Entscheidung über den Betrag hängt im wesentlichen von der Bewertung der Bankinvest Ca[REDACTED] ab, die noch nicht durchgeführt ist. Damit waren die Voraussetzungen für den Erlaß eines Grundurteils gemäß § 304 ZPO gegeben.

Bei der Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war zu berücksichtigen, daß außer der Revision der Beklagten auch die Revision der Klägerin teilweise erfolglos blieb, und zwar soweit sie sich dagegen richtete, daß das Berufungsgericht ein Grundurteil erlassen und nicht die Beklagte zur Zahlung der Klagforderung aus dem Gesichtspunkt des § 667 BGB verurteilt hat.

Stempel Dr. Schulze Dr. Kellermann Bundschuh Brandes

Schreibfehlerberichtigung

BGH, Urteil vom 9. Mai 1983 - II ZR 284/81

Auf S. 15 Abs. 2 des Urteils muß in der 11. Zeile
die Zahl "32,75 Mio sfr" durch "21,75 Mio sfr"
ersetzt werden.

Bundesgerichtshof
- Geschäftsstelle -