

Für das Nachschlagewerk

27

Gesetz: BGB §§ 675, 664, 278.

Rechtssatz: 1.) Auf Dienstverträge, die eine Geschäftsbesorgung betreffen, ist § 664 BGB entsprechend anwendbar. Die bisherige Rechtsprechung (RGZ 161, 68) wird bestätigt.

2.) Die Unterscheidung zwischen Substituten und Gehilfen ist überholt.

3.) Für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen hat der Verpflichtete wie für eigenes Verschulden einzustehen.

Aktenzeichen: II ZR 55/51

Urteil vom 14. November 1951

OLG Celle

Verkündet

am 14. November 1951

Hirth, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Grundstücks- und Gütermaklers Hans-Georg L [REDACTED]
in H [REDACTED], J [REDACTED]strasse [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und
Revisionsklägers,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

den Kaufmann Gerhard S c h [REDACTED] in H [REDACTED]
B [REDACTED]str. [REDACTED],

Kläger, Berufungs- und
Revisionsbeklagten,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 1951 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Selowsky, Dr. Benkard und Dr. Kuhn für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 23. Januar 1951 wird zurückgewiesen. Die Kosten des Revisionsverfahrens treffen den Beklagten.

Won Rechts wegen

Tatbestand:

Am 22. Dezember 1948 übergab der Kläger dem Beklagten ein Brillantermband mit 19 Brillanten und Brillantsplittern zum Verkauf. Der Kläger bezeichnete den Friedensanschaffungspreis mit 3.000 RM; er wünschte, einen Erlös von 10.000 RM zu erzielen. Der Beklagte versuchte in H [REDACTED] und in dem benachbarten B [REDACTED] den Verkauf des Armbands, hatte bis zum 27. Dezember 1948 aber keinen Erfolg. An diesem Tag übergab er das Armband dem als Juwelier und Goldwarenhändler ihm und weiteren Fachkreisen in H [REDACTED] bekannten Kaufmann G [REDACTED] in G [REDACTED] gegen Quittung. G [REDACTED] nahm das Armband mit nach H [REDACTED], wohin der Beklagte zwecks Nachforschung über den Verkauf und den Verbleib des Erlöses Anfang Januar 1949 fuhr, ohne einen Erfolg zu erreichen. G [REDACTED] hat den Schmuck veruntreut und ist deshalb im Zusammenhang mit einer grösseren Zahl weiterer Straftaten (Untreue, Unterschlagung, Betrug) von der Strafkammer des Landgerichts in Braunschweig durch Urteil vom 20. April 1950 zu einer Gesamtstrafe von drei Jahren, 10 Monaten Gefängnis und vier Jahren Ehrverlust verurteilt worden. Das Urteil ist, soweit ersichtlich, rechtskräftig.

G [REDACTED] ist vermögenslos. Der Kläger behauptet, für den ihm entstandenen Schaden sei der Beklagte haftbar. Er beziffert diesen Schaden auf 8.000 DM und hat dementsprechend Klage auf Zahlung dieser Summe nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung (1. April 1949) erhoben. Der Beklagte hat vorgebracht, es handle sich um eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung, daher sei § 664 BGB anzuwenden. Mit der Weitergabe des Schmuckstücks an G [REDACTED] sei der Kläger einverstanden



gewesen. Am 28. Dezember 1948 habe eine entsprechende Verhandlung zwischen den Parteien in Gegenwart der Zeugen Weingartz und Glass stattgefunden, darauf habe der Beklagte das Armband mit Zustimmung des Klägers an G. [REDACTED] gegeben. G. [REDACTED] sei dem Beklagten und massgebenden Geschäftskreisen als zuverlässig und geschäftstüchtig bekannt gewesen; er habe über hohe Werte in seinem Kundenkreis verfügt und über die Geschäfte ordnungsmässig abgerechnet. Den Beklagten treffe daher bei Auswahl und Beauftragung des G. [REDACTED] kein Verschulden. Die Höhe der Klagforderung hat der Beklagte bestritten.

Das Landgericht hat nach Vernehmung von Zeugen durch Urteil vom 15. Dezember 1949 den Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Die hiergegen vom Beklagten eingelegte Berufung ist durch Urteil des Oberlandesgerichts Celle, 4. Zivilsenat, vom 23. Januar 1951 auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen worden. Auch das Oberlandesgericht hat eine umfangreiche Beweisaufnahme veranstaltet, es hat in der Schlussverhandlung vor dem Senat die Zeugen W. [REDACTED] (Schwiegervater des Beklagten) und Gl. [REDACTED] eidlich vernommen und beide Parteien zur Sache gehört. Die Aussagen der Zeugen und die Angaben des Beklagten und Klägers sind nicht protokolliert (ZPO § 161); sie sind im Berufungsurteil wiedergegeben.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Revision eingelegt mit dem Antrag, das angefochtene Urteil aufzuheben und auf die Berufung die Klage abzuweisen, hilfsweise die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht prüft zunächst, ob es sich um einen entgeltlichen oder unentgeltlichen Auftrag handelt, der auf eine Geschäftsbesorgung zielte. Es entscheidet sich dafür, dass der vom Beklagten übernommene Auftrag die Geschäftsbesorgung betraf, den Schmuck für den Kläger zu verkaufen, und dass der Beklagte nach Art dieser Geschäftsbesorgung nicht uneigennützig und aus reiner Gefälligkeit für den Kläger handeln wollte, sondern an dem Geschäft verdienen wollte. Auch ohne ausdrückliche Vergütungsabrede habe der Kläger damit rechnen müssen, der Beklagte werde im Fall des Verkaufs des Armbands für seine Tätigkeit ein Entgelt beanspruchen. Das habe auch der regelmässigen Übung im Geschäftsverkehr entsprochen. Die Erwägungen des Berufungsgerichts liegen überwiegend auf tatsächlichem Gebiet; sie lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Auch wenn auf seiten des Beklagten das Geschäft, das nicht unmittelbar in seine Tätigkeit als Grundstücks- und Gütermakler fiel, nicht ein Handelsgeschäft darstellte, ist die Folgerung des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden (Warn 1930 Nr 154).

Im übrigen wendet sich die Revision auch nicht gegen diese Feststellungen und Folgerungen des Berufungsgerichts.

2.) Das Berufungsurteil beruht darauf, der Beklagte sei für seine Schutzbehauptung beweispflichtig, dass der Kläger mit der Weitergabe des Armbands an G. einverstanden gewesen sei, die Gefahr für die unerlaubten Handlungen G. sei daher vom Kläger zu tragen. In § 675 BGB ist zwar § 664 BGB nicht genannt. Nach der (jetzt/massgebenden) Rechtsprechung findet indes auch auf Dienstver-

träge, die eine Geschäftsbesorgung betreffen, § 664 entsprechende Anwendung (so/vor allem RGZ 161, 68, übereinstimmend) RGRK(9) § 664 Anm 1 und 3, Staudinger-Nipperdey, 10. Aufl., § 664, Anm 6, Planck BGB 4, § 664, Anm 1 a und b, Vorbem zu § 662 Anm II und § 675 Anm 2; Enneccerus-Lehmann-Schuldrecht, 13. Aufl., § 161 unter I, bes 2, ferner § 44 unter IV S 187). Hiernach ist die Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit des Geschäftsbesorgungsvertrags nicht entscheidend. Der Beklagte war im Rahmen der Geschäftsbesorgung verpflichtet, die Verkaufsverhandlungen persönlich zu führen. Auch nach der Auslegungsregel des § 664 spricht die Vermutung dafür, dass der Beauftragte den Auftrag nicht einem Dritten übertragen darf. Infolgedessen ist der Beauftragte, der sich auf die Abweichung von dieser gesetzlichen Vermutung beruft, dafür beweispflichtig. Das gilt hier ebenso für den Beklagten. Der Hauptangriff der Revision, der Berufungsrichter habe die Beweislast verkannt, der Kläger habe zu beweisen, dass er die Weitergabe des Armbands an Göllner nicht gestattet habe, geht fehl.

3.) Der Berufungsrichter hat anhand der Beweisaufnahme und namentlich unter eingehender Würdigung der Aussagen der eidlich vernommenen Zeugen W. [REDACTED] und G. [REDACTED] sowie des Vorbringens der Parteien geprüft, ob der Kläger mit der Weitergabe des Schmucks an G. [REDACTED] einverstanden war. Der Berufungsrichter kommt zu keinem abschliessenden Ergebnis, sondern lässt die Frage offen und stellt fest, dass die Schutzbehauptung des Beklagten, der Kläger habe der Weitergabe an G. [REDACTED] zugestimmt, nicht erwiesen ist. Dies liegt auf tatsächlichem Gebiet. Ein Rechtsirrtum ist

darin nicht enthalten.

Nun bringt die Revision vor, der Berufungsrichter habe sich mit dem Teil der Aussagen der Zeugen W. [REDACTED] und G. [REDACTED] nicht befasst, in dem die Zeugen angaben, der Beklagte habe dem Kläger den Schmuck auf dem Tisch hinübergeschoben, der Kläger habe aber das Kästchen mit dem Armband nicht angenommen; nach Auffassung der Revision ist in diesem Vorgang die Kündigung des ursprünglichen Vertrags seitens des Beklagten zu finden und, da der Kläger den Schmuck nicht wieder an sich nahm, der Abschluss eines neuen Vertrags, inhalt dessen der Verkauf des Schmucks lediglich durch G. [REDACTED] versucht und, wenn möglich, verwirklicht werden sollte. Die Auffassung der Revision kann nicht gebilligt werden. Selbst wenn der Vorgang, wie die Zeugen ihn schildern, im Sinne einer Abänderung des ursprünglichen Vertrags zu deuten wäre, läge darin noch nicht eine rechtsgestaltende Kündigung des Beklagten. Eine solche war für den Kläger aus jenem rein tatsächlichen Vorgang nicht erkennbar. Allenfalls könnte dieser als ein Angebot des Beklagten angesehen werden, nunmehr den Schmuck statt durch den Beklagten durch G. [REDACTED] verkaufen zu lassen. Dieses Angebot aber hat der Kläger nicht angenommen, und daher blieb es beim ursprünglichen Vertrag, wonach nur der Beklagte Vertragsgegner des Klägers gewesen ist. Rechtlich kann in dem von den Zeugen geschilderten Vorgang nicht eine Übertragung der Verpflichtungen des Beklagten auf G. [REDACTED] gesehen werden, dergestalt, dass fortan nicht der Beklagte dem Kläger verantwortlich sein sollte, sondern anstelle des Beklagten G. [REDACTED] in den Vertrag

eingetreten wäre. Unmittelbare Verhandlungen zwischen dem Kläger und G. haben nicht stattgefunden; nach dem Sachverhalt kannte der Kläger G. gar nicht. Ihm war nur der Beklagte als Vertragsgegner genehm. Auch wenn angenommen würde, der Kläger hätte dem Beklagten erklärt, nachdem der Beklagte ihm die Quittung G. über den Empfang des Armbands vorgelegt hatte: "Na ja, sehen Sie mal zu!", kann darin nicht eine Entlassung des Beklagten aus seiner Vertragspflicht gesehen werden, sondern höchstens die Zustimmung des Klägers, der Beklagte könne sich des G. als Gehilfen bedienen. Die abweichende Auffassung hinsichtlich der Übertragung der Verpflichtung des Kommissionärs auf einen Dritten, die Unterscheidung zwischen Substituten und Gehilfen in RGZ 78, 310 ff, bes 313, ist durch RGZ 161, 168 ff überholt und wird in der Rechtslehre auch überwiegend abgelehnt (Enneccerus-Lehmann aaO, § 161; Staudinger 10, § 664 Anm 16, 22; Planck (4) § 664 Anm 1 d; Oppermann DR 1939, 2045 Anm). Zudem behandelt RGZ 78, 310 vorwiegend die Pflicht des Beauftragten zur Überwachung seines Substituten oder Gehilfen. Die Revision meint, in jenem Vorgang habe der Beklagte die Vergeblichkeit seiner Veräusserungsversuche dem Kläger zu erkennen gegeben, damit habe er die neue jetzt bestehende Sachlage offenbart und in G. den berufsmässigen Schmuckwarenhändler an seiner Stelle in den Vertrag eingeführt. Diese Auffassung wäre nur haltbar, wenn über eine solche Veränderung des Vertrags zwischen dem Kläger und dem Beklagten Einverständnis bestanden hätte; der Kläger hätte dem Ausscheiden des Beklagten aus seiner Vertrags-

pflicht zustimmen, er hätte weiter mit G. einen neuen Vertrag gleichen Inhalts wie der seitherige mit dem Beklagten abschliessen müssen. G. war weder anwesend noch vom Beklagten rechtswirksam vertreten. Der Kläger ist auch später mit ihm nicht in Verbindung getreten. Daher kann in jenem Vorgang höchstens die Zustimmung des Klägers gesehen werden, der Beklagte möge versuchen, durch G. als seinen Gehilfen das Armband zu verkaufen; die unmittelbaren Verpflichtungen des Beklagten wurden dadurch nicht aufgehoben, namentlich hat der Kläger nicht einer vollen Übertragung der Pflichten des Beklagten auf G. zugestimmt. Im Gegensatz dazu hat der Beklagte sich um die Tätigkeit G. gekümmert und ist aus eigenem Entschluss nach H. gereist, um dort nach dem Verbleib des Armbands oder dem Erlös zu forschen. Diese Tatsachen tragen die rechtliche Folgerung des Berufungsgerichts, der Beklagte selbst habe G. nur als seinen Gehilfen betrachtet und sich noch selbst dem Kläger verantwortlich gefühlt. Damit entfällt die weitere Überlegung der Revision, der Berufungsrichter hätte bei richtiger Beurteilung der Beweislast möglicherweise sich für eine Beeidigung des Beklagten entschieden, die das Oberlandesgericht auf Grund seiner Beweiswürdigung ausdrücklich abgelehnt hat, da es auch einer eidlichen Bekundung einer oder selbst beider Parteien keinen Glauben schenken wollte.

Blieb somit der ursprüngliche Vertrag bestehen und war G. nur Gehilfe des Beklagten bei der Vertragserfüllung, so haftet der Beklagte für jedes Verschulden sei-

nes Gehilfen nach § 278 BGB (RGZ 109, 299; 142, 184; 161, 73; 163, 378; Palandt 9. Aufl § 664 Anm 1 u 2; Warn 1931 Nr 57; Staudinger 10. Aufl § 664 Anm 22; Planck 4. Aufl § 664 Anm 2). In dem von der Revision herangezogenen Urteil Warn 1920 Nr 8 lag der Tatbestand anders. Dort hatte der Dienstverpflichtete dem Dritten die selbständige Ausführung des Geschäfts befugt übertragen.

Das Schutzvorbringen des Beklagten, er habe nur für ein Verschulden bei Auswahl und Zuziehung des G [REDACTED] einzustehen, ist danach rechtlich unbegründet und der Angriff der Revision abzulehnen. Denn da G [REDACTED] nur Gehilfe war und nicht in vollem Umfang in die Vertragspflichten des Beklagten eintrat, kommt die Anwendung des § 664 Abs 1 Satz 2 BGB nicht in Betracht. Dann aber kann der Beklagte dem Grunde nach seine Verpflichtung zum Schadensersatz nicht ablehnen und seine Verurteilung erweist sich als begründet.

Ob der Klaganspruch der Höhe nach berechtigt ist, ist offen und vom Landgericht im Nachverfahren zu prüfen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Canter

Dr. Drost

Dr. Selowsky

Dr. Benkard

Dr. Kuhn

B e s c h l u ß

In Sachen

des Grundstücks- und Gütermaklers Hans-Georg L [REDACTED]
in H [REDACTED], J [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten, Berufungs- und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Gerhard S c h [REDACTED] in H [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED]

Kläger, Berufungs- und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

werden die Entscheidungsgründe des Urteils vom 12. November 1951 wegen offenkundiger Unrichtigkeit, nämlich wegen Widerspruchs zur beschlossenen Begründung, wie folgt berichtigt:

1.) Der Satz von S 4 vorletzte Zeile des Urteilsabdrucks, beginnend mit den Worten: "Nach der jetzt maßgebenden Rechtsprechung" bis S 5 Zeile 7, am Schluß der Klammer, wird gestrichen.

2.) An Stelle dieses Satzes tritt folgende Fassung:
"Auf Dienstverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, findet § 664 BGB entsprechende Anwendung (RGZ 78, 310 ff 23127; RGRK zum BGB 9. Aufl § 664 Anm 1;

Palandt BGB 9. Aufl § 664 Anm 4, Planck-Greif BGB 4. Aufl § 664 Anm 3 S 1205 oben; A.M.: RGZ 161, 68; Staudinger-Nipperdey BGB 10. Aufl § 675 Anm 59; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 13. Aufl § 44, IV S 187, § 164 I, S 649)."

Karlsruhe, den 7. Februar 1952

Bundesgerichtshof

II. Zivilsenat

Dr. Canter

Dr. Drost

Dr. Benkard

zugleich für den durch
Krankheit an der Unter-
schrift verhinderten

Dr. Kuhn

Bundesrichter Dr. Selowsky