

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 71/76

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
3. Juni 1977
H e l l m a n n
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. Dr. William G. H [REDACTED],
B [REDACTED]-Bi [REDACTED], A [REDACTED]weg [REDACTED],
2. Nicholas W. H [REDACTED], geb. am [REDACTED] 1968,
vertreten durch seine Mutter, Frau Sigrid H [REDACTED],
B [REDACTED]-Bi [REDACTED], A [REDACTED]weg [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

gegen

1. Heinz E [REDACTED], S [REDACTED], Ho [REDACTED]str. [REDACTED],
2. die Firma Heinz E [REDACTED] Ha [REDACTED]- und G [REDACTED]
Verwaltungs-GmbH. vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Heinz E [REDACTED], daselbst,
3. Anneliese K [REDACTED], B [REDACTED], Ludwig-R [REDACTED]-
Str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Grell und die Richter Dr. Buchholz, Knüfer, Rottmüller und Dehner

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. März 1976 wird zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision trägt der Kläger zu 1 35/39, der Kläger zu 2 4/39.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger zu 1 ist der Vater des minderjährigen Klägers zu 2. Die Kläger nehmen die Beklagten auf Schadenersatz in Anspruch, weil der Beklagte zu 1 bei der Vermittlung einer Eigentumswohnung falsche Angaben über die Größe der Wohnung gemacht habe.

Die Kläger haben die Wohnung bzw. das Nießbrauchsrecht an ihr von einer Erbengemeinschaft gekauft. Die notariellen Verträge wurden in der Weise gestaltet, daß der Kläger zu 2 den mit einem lebenslänglichen Nießbrauch zu Gunsten des Klägers zu 1 belasteten Miteigentumsanteil

- 3 -

verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung zum Kaufpreis von 10.700,-- DM der Kläger zu 1 den lebenslangen Nießbrauch an dieser Wohnung zum Preis von 79.000,-- DM erwarb.

Die Verträge wurden von dem Beklagten zu 1 im Alleinauftrag der Erbengemeinschaft vermittelt. Der Beklagte zu 1 betrieb damals in Bürogemeinschaft mit der Beklagten zu 3 Grundstücksvermittlungs- und Verwaltungsgeschäfte unter einer Einzelkaufmannsfirma. Jetzt betreibt er die gleichen Geschäfte als Geschäftsführer einer von ihm gegründeten GmbH, der Beklagten zu 2.

Im Sommer 1971 bot der Beklagte zu 1 die Wohnung dem Kläger zu 1 mit dem schriftlichen "Angebot C 1999" zum Kauf an, wobei die Wohnung u.a. wie folgt beschrieben wurde:

Einteilung:

EG: 4 Zimmer m. Kü., Bad/WC, Flur sowie
1 Zimmer m. Nebenraum (an- ausbaufähig)
im DG, 2 UG-Räume, Gartenanteil,
qm-Fläche ca. 110 qm
VKpr. 89.500,-- DM

In der Folgezeit besichtigte der Kläger zu 1 die Wohnung und unterschrieb am 30. September 1971 ein "verbindliches Kaufangebot", in dem ausgeführt ist, bei Eintragung einer von dem Kläger zu 1 zu nennenden Person als Eigentümer werde die mit dem Beklagten zu 1 vereinbarte Vermittlungsprovision in Höhe von 3 % aus 89.700,-- DM fällig. Der Beklagte zu 1 hat nach Abschluß der Verträge von dem Kläger zu 1 eine Provision in Höhe von 2.914,67 DM verlangt und erhalten.



Die Kläger behaupten, sie seien von dem Beklagten zu 1 durch arglistige Täuschung zum Abschluß der Verträge bestimmt worden. Für ihren Kaufentschluß sei der günstige qm-Preis ausschlaggebend gewesen, der sich aus der im "Angebot C 1999" angegebenen Fläche einerseits und dem Gesamtpreis andererseits ergeben habe. Die gekaufte Eigentumswohnung habe jedoch entgegen dem im Angebot erweckten Anschein keine Wohnfläche von ca. 110 qm, sondern allenfalls 82 qm, was sie erst lange nach Abschluß der notariellen Verträge - im Sommer 1972 - bemerkt hätten. Aus dieser Täuschung sei ihnen in mehrfacher Hinsicht erheblicher Schaden entstanden. Nämlich unmittelbar in Höhe der Differenz zwischen dem angenommenen und tatsächlich bezahlten qm-Preis und mittelbar in Form von Prozeß- und außergerichtlichen Kosten, die dem Kläger Ziff. 1 aus Anlaß eines Rechtsstreits erwachsen sind, in dem er von der Erbgemeinschaft auf Zahlung des restlichen Kaufpreises verklagt worden ist. Sie sind der Ansicht, daß die Beklagten ihnen diesen Schaden ersetzen und außerdem die gezahlte Provision zurückerstatten müßten. Den ihm nach seiner Ansicht zustehenden Anspruch auf Rückerstattung der Provision hat der Kläger zu 1 an den Kläger zu 2 abgetreten.

Die Kläger haben in I. Instanz die gesamtschuldnerische Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 33.808,90 DM an den Kläger zu 1 und 5.434,67 DM an den Kläger zu 2 begehrt, jedoch hinsichtlich der Beklagten zu 3 nur in Höhe eines Teilbetrages von 1.000,-- DM.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie haben vorgetragen:

Eine Täuschungsabsicht hinsichtlich der Flächenangabe im "Angebot C 1999" habe bei dem Beklagten zu 1 nicht bestanden. Außerdem habe der Kläger zu 1 teils auf Grund seiner eigenen Wahrnehmungen bei der Wohnungsbesichtigung, teils auf Grund ausdrücklichen Hinweises bei dieser Gelegenheit gewußt, daß sich die Flächenangabe in diesem Angebot nur auf die (geschätzte) Gesamtfläche bezogen habe. Den Klägern sei aus dem Verhalten des Beklagten zu 1 auch kein Schaden entstanden.

Das Landgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit ihrer Berufung haben die Kläger beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner, die Beklagte zu 3 jedoch nur zu einem Teilbetrag von 1.000,-- DM zu verurteilen, an den Kläger zu 1 35.021,59 DM und an den Kläger zu 2 5.434,67 DM nebst 13 % Zinsen zu zahlen.

Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der Berufung des Klägers zu 1 und der weitergehenden Klage und Berufung des Klägers zu 2 die Beklagten zu 1 und zu 2 als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger zu 2 1.500,-- DM nebst 13 % Zinsen seit 3. November 1973 zu zahlen.

Gegen dieses Urteil haben die Kläger Revision eingelegt, mit der sie zunächst ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge in vollem Umfang weiter verfolgt haben. In der mündlichen Verhandlung vom 20. April 1977 haben sie die Revision gegen die Beklagte zu 3 zurückgenommen.

Die Beklagten sind der Ansicht, das Berufungsgericht habe die Revision nur zugunsten der Beklagten zu 1 und 2 zugelassen. Die von den Klägern eingelegte Revision sei daher unzulässig. Außerdem sei der Kläger zu 2 in der Revisionsinstanz nicht mehr ordnungsgemäß vertreten, weil die seinem Revisionsanwalt von dem zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten erteilte Vollmacht nach Einlegung der Revision von der Mutter des Klägers zu 2 als seiner alleinigen gesetzlichen Vertreterin widerrufen worden sei. Sie beantragen daher, die Revision als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen, gegenüber dem Kläger zu 2 durch Versäumnisurteil zu entscheiden und, soweit die Revision zurückgenommen ist, den Klägern die Kosten aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe:

I. Die infolge der Rücknahme der Revision gegenüber der Beklagten zu 3 nur noch hinsichtlich der Beklagten zu 1 und 2 anhängige Revision der Kläger ist zulässig.

1. Der Ausspruch des Berufungsgerichts über die Zulassung der Revision enthält keine Einschränkung. Eine solche könnte aus den Urteilsgründen dann entnommen werden, wenn sich aus ihnen klar und eindeutig ergeben würde, daß die Revision nur hinsichtlich einer bestimmten Partei oder eines bestimmten Anspruchs zulässig sein solle (vgl. BGH LM Nr. 77 zu § 546 ZPO). Das ist hier nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat in den Gründen

seiner Entscheidung ausgeführt, im Hinblick auf die noch nicht höchstrichterlich entschiedene Frage einer Minderung des Maklerhonorars, wenn weder feststeht, daß die Schlechterfüllung zu einem Schaden geführt hat, noch feststeht, daß trotz Schlechterfüllung kein Schaden entstanden ist, habe es die Revision zugelassen. Diese Ausführungen lassen nicht mit hinreichender Klarheit und Deutlichkeit eine Beschränkung der Zulassung der Revision erkennen, zumal das Berufungsgericht im Urteilsausspruch bei der Zulassung der Revision nicht zwischen den Parteien unterschieden hat, wohl aber bei der gleich anschließend erfolgten Festsetzung des Streitwerts und außerdem die Beschwer für die Kläger nicht festgesetzt hat, was gemäß § 546 Abs. 2 Satz 1 ZPO jedenfalls dann erforderlich gewesen wäre, wenn die Zulassung der Revision für die Kläger oder einen von ihnen nicht oder nur in beschränktem Umfang hätte gelten sollen. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß die Ausführungen in den Gründen des Urteils keine Einschränkung der Zulassung der Revision darstellen, sondern mit ihnen lediglich begründet wird, weshalb die Zulassung erfolgt ist (vgl. BGH a.a.O. mit weiteren Nachweisen).

2. Entgegen der Ansicht der Beklagten war der Kläger zu 2 auch in der Revisionsverhandlung ordnungsgemäß vertreten. Die Beklagten haben in der Revisionsverhandlung klargestellt, daß sie nicht in Zweifel ziehen, daß in den beiden Vorinstanzen und bei Einlegung der Revision hinsichtlich des Klägers zu 2 eine wirksame Prozeßvollmacht vorgelegen hat. Sie sind lediglich der Meinung, daß die Vollmacht des Revisionsanwalts nach

Einlegung der Revision durch das Schreiben der Mutter des Klägers zu 2 vom 18. November 1976 widerrufen worden sei. Dieses Schreiben enthält jedoch keinen Widerruf der Vollmacht, sondern lediglich die Aufforderung an den Revisionsanwalt, dafür Sorge zu tragen, daß der Kläger zu 2 durch das Revisionsverfahren nicht mit Kosten belastet wird.

II. Die Revision ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Angaben des Beklagten zu 1 über die Größe der Wohnung seien irreführend gewesen. Die Kläger hätten jedoch keinen Beweis dafür erbracht, daß der Kläger zu 1 bei Abschluß der Verträge in seinem Entschluß durch seine irrige Vorstellung über die Größe der Wohnung entscheidend mitbestimmt worden sei und ohne diese irrige Vorstellung die beiden Kaufverträge überhaupt nicht oder nicht wie geschehen abgeschlossen hätte. Es fehle daher an dem Nachweis der Ursächlichkeit zwischen der nach der Behauptung der Kläger durch arglistige Täuschung bewirkten irrigen Vorstellung über die Preisgünstigkeit des Kaufangebots und dem Vertragsabschluß. Den Klägern stehe daher kein Schadenersatzanspruch zu. Andererseits stehe jedoch fest, daß der Kläger zu 1 durch den Beklagten zu 1 zumindest fahrlässig über preisbildende Umstände (Größe der Wohnfläche) getäuscht worden sei, wobei weder die Ursächlichkeit dieser Täuschung für den Kaufabschluß noch auch eine Schädigung ausgeschlossen werden könne, sei es auch nur in der Weise, daß der Kläger zu 1 es unterlassen habe, eine bei richtiger Information etwa mögliche Herabsetzung des Kaufpreises auszuhandeln. Für

Maklerdienste dieser Art habe der Beklagte zu 1 zumindest nicht den vollen Maklerlohn verdient. Es sei daher eine Herabsetzung des vereinbarten Honorars auf etwa die Hälfte angebracht.

Hiergegen bringt die Revision vor:

Das Berufungsgericht habe die Schadensersatzverpflichtung der Beklagten allein unter dem Gesichtspunkt der arglistigen Täuschung und der Tatbestandsvoraussetzungen des § 123 BGB gewürdigt und dabei übersehen, daß das Klagebegehren aus positiver Vertragsverletzung begründet sei. Wegen der von dem Berufungsgericht festgestellten "Schlechterfüllung" des Maklervertrages hätten die Beklagten für alle daraus entstandenen Schäden einzustehen. Außerdem seien die Kläger auch wegen der von dem Beklagten zu 1 verübten arglistigen Täuschung so zu stellen, wie sie bei Nichtabschluß der notariellen Verträge stehen würden. Die Klage sei daher auch deshalb in vollem Umfang begründet.

Dieser Ansicht kann im Ergebnis nicht gefolgt werden.

1. Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht nicht ausdrücklich geprüft hat, ob eine positive Vertragsverletzung durch den Beklagten zu 1 vorliegt. Darauf kommt es jedoch nicht an, weil auch eine solche Prüfung zu keinem anderen Ergebnis führt als die von dem Berufungsgericht vorgenommene Prüfung der geltend gemachten Ansprüche unter dem Gesichtspunkt der arglistigen Täuschung.

Auch der Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung ist ein Schadenersatzanspruch. Er ist daher ebenso wie ein Anspruch wegen arglistiger Täuschung nur dann begründet, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem geltend gemachten Schaden besteht. Das Berufungsgericht hat jedoch in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung der Umstände des Falles festgestellt, daß die Kläger den Nachweis für einen solchen Ursachenzusammenhang nicht erbracht haben. Es hat dazu ausgeführt, es sei nicht bewiesen, daß der Kläger zu 1, der als Vertreter des Klägers zu 2 auch den Kaufvertrag für diesen abgeschlossen hat, durch seine irrige Vorstellung über die Größe der Wohnfläche zu dem Abschluß bestimmt worden sei und er ohne diese irrige Vorstellung die beiden notariellen Verträge nicht abgeschlossen hätte. Einen unmittelbaren Beweis für diese entscheidende Frage hätten die Kläger nicht angetreten, insbesondere nicht durch das Zeugnis der Ehefrau des Beklagten (richtig: Klägers) zu 1.

Der Revision kann nicht zugegeben werden, daß das Berufungsgericht unter Verletzung des § 551 Nr. 7 ZPO nicht begründet habe, warum hier das Zeugnis der Ehefrau des Klägers zu 1 keinen Beweis erbringe. Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, daß es sich hierbei um den Versuch eines Indizienbeweises handelte, bei dem die Indizien nicht hinreichend angegeben waren. Die Kläger hatten lediglich ausgeführt, zum "Beweis der Bestimmung des Kaufentschlusses der Kläger durch ihre irrige Vorstellung über den Quadratmeterpreis" werde die Ehefrau des Klägers zu 1 als Zeugin angeboten. Da es sich um Willensvorgänge bei dem Kläger zu 1 handelte, die nicht

offen zutage lagen, hätte zumindest angegeben werden müssen, auf Grund welcher Tatsachen die Zeugin diese "Bestimmung des Kaufentschlusses" hätte bestätigen sollen. Es stellt daher keinen Rechtsfehler dar, daß das Berufungsgericht diesen angebotenen Beweis nicht erhoben hat.

2. Hinsichtlich der von dem Berufungsgericht vorgenommenen Herabsetzung des Maklerlohnes bringt die Revision vor, § 551 Nr. 7 ZPO sei verletzt, weil das Berufungsgericht seine Auffassung nicht begründet habe. Diese Rüge greift nicht durch, weil das Berufungsgericht zur Begründung seiner Rechtsansicht ausgeführt hat, die Herabsetzung des Maklerlohnes sei gerechtfertigt, weil der Beklagte zu 1 wegen des bei dem Kläger zu 1 erregten Irrtums nicht den vollen Maklerlohn verdient habe.

Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, daß dem Beklagten zu 1 wegen der von ihm begangenen positiven Vertragsverletzung kein Anspruch auf Maklerlohn zugestanden habe und daher der von dem Kläger zu 2 erhobene Anspruch auf Rückzahlung der Provision in voller Höhe begründet sei.

Eine Verwirkung des Maklerlohnausspruchs nach § 654 BGB liegt nicht vor. § 654 BGB erfaßt nur die Fälle, in denen der Makler seine Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahekommenden grob leichtfertigen Weise verletzt hat und deshalb des Maklerlohns unwürdig erscheint (BGHZ 36, 323, 324). Unwürdig des Maklerlohns ist der Makler aber nicht schon in allen

Fällen fahrlässiger Verletzung seiner Vertragspflicht. Diese Fälle sind unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung (§ 276 BGB) zu behandeln und werden insoweit zufriedenstellend gelöst, wobei sich auch die der Billigkeit entsprechende Möglichkeit ergibt, ein etwa mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers an der Entstehung des Schadens gemäß § 254 BGB zu berücksichtigen (BGH aaO).

Umstände, die die Annahme rechtfertigen könnten, der Beklagte sei allein wegen der falschen Angaben über die Größe der Wohnfläche des Maklerlohns unwürdig, liegen nicht vor. Der von dem Kläger zu 2 geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung der gesamten Provision könnte daher nur aus schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten begründet sein. Da jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein Beweis dafür erbracht ist, daß den Klägern durch das Verhalten des Beklagten zu 1 ein Schaden entstanden ist, war die Revision auch insoweit zurückzuweisen.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1,
§ 100 Abs. 1 und 2, §§ 566, 515 Abs. 3 ZPO.

Dr. Grell

Dr. Buchholz

Knüfer

Rottmüller

Dehner