

BUNDESGERICHTSHOF

16

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 145/86

URTEIL

Verkündet am:
4. November 1987
Hellmann
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Franz Josef S [REDACTED], T [REDACTED]-H [REDACTED]-Straße 1,
K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

die W [REDACTED] Kommunale Landesbank, Anstalt des
öffentlichen Rechts, gesetzlich vertreten durch ihren Vor-
stand, L [REDACTED]straße 2, S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch die Richter Rottmüller, Dr. Lang, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 1987

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Grund- und Teilurteil des 1. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 7. Mai 1986 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin des W [REDACTED] K [REDACTED] AG S [REDACTED] (nachstehend: WKV), einer Hypothekenbank. Der Beklagte hat u. a. Bauträgergesellschaften Kredite des WKV verschafft. Die Klägerin meint, der Beklagte habe durch unerlaubte Handlungen und Vertragsverletzungen ihrem Rechtsvorgänger WKV einen Schaden von mehr als 12 Mio. DM zugefügt. Sie verlangt im Wege der Teilklage 2 Mio. DM als Schadensersatz, weiter die Rückzahlung eines dem Beklagten in Höhe von 360.000 DM gezahlten Maklerhonorars.

WIV

Für das Wohn- und Geschäftsräume umfassende Bauvorhaben B-straße in M- (MBA) hatte eine Bauträgergesellschaft aus N- (I-) das Grundstück im Dezember 1970 zum Preis von 7,135 Mio. DM (= 744 DM/qm) erworben. WKV bewilligte Intervest auf der Grundlage eines eigenen Wertgutachtens vom 4. Februar 1971 einen Gesamtkredit von 24 Mio. DM. Das Wertgutachten kam bei einem mit 34,65 Mio. DM angenommenen Sachwert und einem Verkaufserlös von 46,8 Mio. DM auf einen Beleihungswert von 40,725 Mio. DM. Intervest erwirkte im November 1971 einen Bauvorbescheid und wendete für die Planung sowie für die Ablösung fremder Rechte ca. 1,7 Mio. DM auf.

Das demgemäß baureife Grundstück bot I- Mitte Februar 1972 für 14 Mio. DM dem Beklagten zum Kauf an. Dieser kaufte nicht selbst. Vielmehr vermittelte er als Käuferin zu einem Kaufpreis von 20 Millionen DM eine B- aus M- (RBB), deren Schwesterfirmen bereits Kredite des WKV erhalten hatten. RBB übernahm im Kaufvertrag vom 15. März 1972 zur Finanzierung dieses Kaufpreises die Schuld von I- bei WKV in Höhe von 20 Mio. DM; die restlichen 4 Mio. DM jenes Kredites wurden nicht in Anspruch genommen. WKV erstellte dafür am 23. März 1972 ausgehend von dem Grundstückspreis von 20 Mio. DM ein neues Wertgutachten mit erheblich höheren Werten, nämlich einem Sachwert von 48,5 Mio. DM, einem Verkaufserlös von 52,608 Mio. DM und einen Beleihungswert von 50,055 Mio. DM.

Der Beklagte erhielt über eine Baugesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter er ist, von I- 7 Mio. DM aus dem erlösten Kaufpreis. RBB zahlte ihm eine Provision von 5%



für die Vermittlung des übernommenen Kredits. Wiederum unter Vermittlung des Beklagten bewilligte WKV am 5. Juli 1972 RBB ein Baudarlehen von 18 Mio. DM. Für die Vermittlung dieses Baukredites zahlten WKV 2% = 360.000 DM und RBB 5% = 900.000 DM an den Beklagten.

Für den Baukreditantrag an WKV rechnete RBB mit Gesamtherstellungskosten von knapp 44,7 Mio. DM und einem Erlös von knapp 54,6 Millionen DM. WKV nahm in einem dritten Wertgutachten vom 30. Juni 1972 den Sachwert mit 37,422 Mio. DM, den Verkaufserlös mit 49,12 Mio. DM und den Beleihungswert mit 43,272 Mio. DM an. Der von WKV bewilligte Gesamtkredit von nun 38 Mio. DM entsprach damit 87,8% des zuletzt angenommenen Beleihungswertes.

Die von RBB für den Verkauf der Eigentumswohnungen und Garagenplätze eingeschaltete Vertriebsfirma wollte dafür im Dezember 1972 noch vor der im April 1973 erteilten Baugenehmigung an RBB 42,222 Mio. DM zahlen. Dieser Preis wurde auf 34,3 Mio. DM gesenkt, weil RBB 25 besonders schöne Wohnungen mit einer Fläche von mehr als 10% der Gesamtwohnfläche nebst Garagenplätzen zum Selbstverkauf behielt. Daneben verblieb RBB die gesamte gewerbliche Nutzfläche von 3869 qm. Der Baukredit des WKV wurde nach diesem Verkauf von 18 Mio. DM auf 14 Mio. DM herabgesetzt. Die Vertriebsfirma zahlte aus den Verkaufserlösen die vereinbarten 34,3 Mio. DM. RBB löste daraufhin im Juli 1973 den Grundstücksankaufskredit von 20 Mio. DM ab.

Bei dem Verkauf der verbliebenen Wohnungen und der gewerblichen Nutzfläche kam RBB in Schwierigkeiten, die im

Jahre 1976, kurz vor Fertigstellung des Gesamtobjekts, zum Konkurs führten. WKV erwarb die noch nicht veräußerten Wohnungen und Gewerbeflächen in der Zwangsversteigerung. Die Klägerin beziffert den Schaden auf 5 Mio. DM für nicht zurückgezahlten Kredit, weitere 5 Mio. DM für Zinsverluste und weitere 2,2 Mio. DM Aufwendungen für Fertigstellung und Verkauf.

Das Bauprojekt MBA war Gegenstand mehrerer Wirtschaftsstrafverfahren. Der alleinige Geschäftsführer von RBB wurde u.a. wegen Untreue zu einer erheblichen Freiheitsstrafe verurteilt. Die Strafkammer sah als erwiesen an, daß der Beklagte ihn und weitere maßgebliche Personen bei RBB durch Schmiergelder von 3 mal 500.000 DM bewogen hatte, das Grundstück zu einem "Luftpreis" von 20 Mio. DM zu erwerben. Dem Geschäftsführer sei klar gewesen, daß der Erwerb und die Bebauung des Grundstückes nur rentabel sein könne, wenn es nicht mehr als 10 bis 12 Mio. DM koste. Der für die Wertgutachten zuständige Sachbearbeiter des WKV wurde ebenfalls wegen Untreue zu einer erheblichen Freiheitsstrafe verurteilt. Die Strafkammer sah als feststehend an, daß er über das Angebot in Höhe von 14 Mio. DM an den Beklagten unterrichtet gewesen sei und von diesem anlässlich des Ankaufkredites für RBB ein Schmiergeld von 167.500 DM erhalten habe. Dagegen wurde der Vorstandsvorsitzende des WKV in diesem Fall vom Vorwurf der Untreue aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Nach Auffassung der Strafkammer hatte er an der Bewilligung und Auszahlung des Grundstückskredits nicht mitgewirkt. Diese Strafurteile sind rechtskräftig. Das Strafverfahren gegen den Beklagten wurde zunächst wegen Verhandlungsunfähigkeit und später wegen Verjährung eingestellt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin den Beklagten zur Rückzahlung der Maklerprovision von 360.000 DM verurteilt, den Klageanspruch im übrigen dem Grunde nach zu zwei Dritteln desjenigen Schadens für gerechtfertigt erklärt, der der Klägerin dadurch entstanden ist, daß der Beklagte seine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt hat. Zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe des Schadens hat es den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen. Gegen dieses Urteil wendet sich der Beklagte mit seiner Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Die vom Berufungsgericht für die Schadensersatzverpflichtung des Beklagten gegebene Begründung hält den Revisionsangriffen in mehrfacher Hinsicht nicht stand.

1. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte hafte der Klägerin aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß, weil er eine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt habe. Abweichend vom Ergebnis des Strafverfahrens stellt es fest, der Vorstand des WKV habe gewußt und gebilligt, daß der Ankaufkredit von 20 Mio. DM gewährt wurde. Weil der Beklagte die Vertragsverhandlungen wegen des Kredits mit dem Vorstandsvorsitzenden geführt habe, könne er nur als Vertreter der RBB tätig gewesen sein. Als solcher sei er verpflichtet gewesen, dem WKV den ihm selbst seitens Intervest angebotenen Kaufpreis von 14 Mio. DM zu offenbaren.

Der Kreditnehmer müsse dem Kreditgeber Umstände mitteilen, die eine Manipulation des Kaufpreises nahelegen. Diese vorvertragliche Aufklärungspflicht habe der Beklagte gekannt und vorsätzlich verletzt. Da nicht nur der Mehrpreis gegenüber 14 Mio. DM, sondern ein Kaufpreisanteil von insgesamt 7 Mio. DM dem Beklagten zufließen sollte, könne eigentlich kein vernünftiger Zweifel mehr daran bestehen, daß der Kaufpreis von 20 Mio. DM nur dazu gedient habe, dem Beklagten einen möglichst hohen Gewinnanteil zu verschaffen. Wegen seines Eigeninteresses und des ihm vom Vorstandsvorsitzenden entgegengebrachten besonderen Vertrauens hafte der Beklagte persönlich. Er habe weder behauptet noch unter Beweis gestellt, der Ankaufkredit wäre bei Kenntnis dieses Umstandes in gleicher Weise bewilligt worden. Ebensowenig könne davon ausgegangen werden, daß das Grundstück tatsächlich 20 Mio. DM wert gewesen sei. Daß der Ankaufkredit zurückgezahlt und der Schaden erst im Rahmen des Baukredits entstanden sei, schließe die kausale Zuordnung zu der im Vorfeld des Ankaufkredits begangenen Pflichtverletzung nicht aus. Der Schaden sei lediglich in den Baukredit hinein verlagert worden, weil der Ankaufkredit aus den Raten bezahlt worden sei, die die Käufer auf den Baufortschritt geleistet hätten. Eine Vorteilsausgleichung komme nicht in Betracht. Auch die Tatsache, daß WKV bei dem Verkauf an die Vertriebsfirma Zinsen verdient habe, stelle keinen ausgleichspflichtigen Vorteil dar. Wegen der grob fahrlässigen Handlungsweise ihres damaligen Vorstandsvorsitzenden müsse WKV sich ein Mitverschulden anrechnen lassen. Dieses sei mit einem Drittel zu bewerten.

2. Mit Recht rügt die Revision die Ausführungen dazu, daß der Beklagte der sogenannten Sachwalterhaftung unterliege.

Richtig ist allerdings der Ansatz des Berufungsgerichts, daß ausnahmsweise über die Vertreter-Eigenhaftung hinausgehend der für den Kreditnehmer gegenüber dem Kreditgeber auftretende Abschlußvertreter oder sogenannte Sachwalter persönlich unter dem Gesichtspunkt des Verhandlungsverschuldens in Anspruch genommen werden kann. Voraussetzung dafür ist, daß er für seine Person besonderes Vertrauen in Anspruch genommen und/oder wegen eigenen wirtschaftlichen Interesses die Vertragsverhandlungen beeinflusst hat (dazu zuletzt Senatsurteil vom 25.9.1985 - IVa ZR 237/83 - WM 1985, 1520 = VersR 1986, 35 unter II 2 m.w.N.). Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen jedoch nicht dafür aus, die genannten Ausnahmenvoraussetzungen zu bejahen.

Das Berufungsgericht legt nur die Verhandlungen des Beklagten mit dem Vorstandsvorsitzenden des WKV im März 1972 anlässlich der Gewährung des Ankaufkredites zugrunde. Auf die späteren Verhandlungen im Juli 1972 über den Baukredit und auf die Frage, ob der Beklagte sich auch aus diesem Anlaß schadensersatzpflichtig gemacht hat, geht es nicht ein. Im März 1972 mag der Beklagte Abschlußvertreter für RBB gewesen sein. Jedoch trifft das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen zum Umfang seines etwaigen Auftrags oder seiner etwaigen Vollmacht bei diesen Verhandlungen oder weiter dazu, ob er in diesem Zeitpunkt gewerbsmäßig Bankkredite vermittelt. Deshalb ist offen, ob er als Handelsmakler mit der Folge der besonderen Haftung des § 98 HGB, als Zivilmakler oder nur als Abschlußbevollmächtigter der RBB tätig gewesen ist. Aber auch in einer solchen Stellung könnte für ihn als Dritten die Sachwalterhaftung gelten (BGHZ 70, 337, 341). Auch das Eigeninteresse des Beklagten liegt offen zutage.

Die unstreitigen Umstände, daß RBB dem Beklagten Provision für das Darlehen zahlte und I. [REDACTED] vereinbarungsgemäß 7 Mio. DM vom Verkaufserlös, mehr als ein Drittel des RBB von WKV gewährten Ankaufkredits, an die Baugesellschaft des Beklagten weiterleitete, zwingen zur Bejahung dieses Interesses. I. [REDACTED] hat nicht - wie der Beklagte es in seiner Revisionsbegründung ausdrückt - diesen Betrag in der Baugesellschaft "investiert". Die Summe wurde vielmehr über diesen Weg endgültig dem Beklagten persönlich zugewendet. Eine andere Rechtfertigung dieser Zuwendung als die, daß der Beklagte den Käufer verschafft hatte, der 20 Mio. DM zu zahlen bereit war, ist vom Beklagten nicht behauptet und ist nicht ersichtlich.

Jedoch hat das Berufungsgericht keine Tatsachen festgestellt, die den für das Revisionsgericht nachvollziehbaren Schluß erlauben, der Beklagte habe im März 1972 die Kreditentscheidung des Vorstandsvorsitzenden beeinflusst, das seiner Person entgegengebrachte Vertrauen sei für diese Entscheidung maßgeblich gewesen. Im Zusammenhang mit der Feststellung, daß seitens des Vorstandes die Ankaufkreditgewährung an RBB gebilligt wurde, hat es vielmehr nur ausgeführt, nach Angabe des als Zeugen vernommenen Sachbearbeiters für Wertgutachten sei der Kredit zwischen dem Beklagten und dem Vorstandsvorsitzenden "abgesprochen und von letzterem ausdrücklich gebilligt" worden. Weiter heißt es im angefochtenen Urteil, dem Beklagten sei zudem, wie aus den Zeugenaussagen hervorgehe, zumindest von dem Vorstandsvorsitzenden ein besonderes Vertrauen entgegengebracht worden, von dem er auch im vorliegenden Fall Gebrauch gemacht habe. Nähere Einzelheiten, wie Gründe, Inhalt und Auswirkungen dieses besonderen Vertrauens können dem Berufungsurteil und auch den in Bezug genommenen

Niederschriften über die Aussagen des Vorstandsvorsitzenden und der weiteren vom Berufungsgericht vernommenen Mitarbeiter des WKV nicht, auch nicht andeutungsweise entnommen werden.

3. Auch hinsichtlich der im Berufungsurteil bejahten Offenbarungspflicht erhebt die Revision berechnigte Beanstandungen.

a) Zwar war der Beklagte sowohl als Makler (BGH Urteile vom 8.7. und 18.2.1981 - IVa ZR 244/80 und V ZR 207/80 - LM BGB § 652 Nr. 75 und 79 = NJW 1981, 2685 und 1982, 1145 = WM 1981, 1175 und 1982, 428) wie auch als Verhandlungspartner von WKV (BGH Urteile vom 6.2.1976 - V ZR 44/74 - WM 1976, 401 = LM BGB § 123 Nr. 45; vom 13.7.1983 und 26.11.1986 - VIII ZR 142/82 und 260/85 - WM 1983, 1006 und 1987, 319 = LM BGB § 123 Nr. 64 und LM ZPO § 287 Nr. 75 = NJW 1983, 2483 und 1987, 909 jeweils unter II 2) grundsätzlich verpflichtet, alle für den Kredit wesentlichen Umstände mitzuteilen, deren Aufklärung redlicherweise zu erwarten war. Die Hinweisverpflichtung entfällt aber bei mangelnder Aufklärungsbedürftigkeit. Schon der unstreitige Sachverhalt könnte das Fehlen der Aufklärungsbedürftigkeit nahelegen. WKV war als Hypothekenbank in Grundstücks- und Bauträrgeschäften ebenso erfahren wie der Beklagte. WKV hatte den vorangegangenen Intervest-Kauf finanziert. Allen damit befaßten Mitarbeitern des WKV war deshalb der Kaufpreissprung von 7 Mio. DM auf 20 Mio. DM gegenwärtig. Sie wußten von der zwischenzeitlichen Reduzierung der baulichen Ausnutzbarkeit infolge des Bauvorbescheides und kannten überhaupt alle wertbildenden Faktoren, die in der Klageschrift als aufklärungsbedürftig aufgeführt werden. Wenn unter solchen Umständen der Kreditgeber nicht von sich

aus den Preissprung aufzuklären sich bemüht, und wenn weiter für den Beklagten keine sonstigen Umstände erkennbar waren, die ernstlich für die Aufklärungsbedürftigkeit des WKV sprachen, dann traf den für die Kreditnehmer handelnden Beklagten möglicherweise trotz seines eigenen immensen Gewinns keine (seine Geschäftsinteressen hintansetzende) Offenbarungspflicht.

b) Das gilt auch und gerade dann, wenn der Kaufpreis für WKV das entscheidende oder jedenfalls ein bedeutsames Kriterium des Beleihungswertes gewesen sein sollte. Denn angesichts der sonstigen Kenntnisse des WKV in dieser Sache bestand umso mehr Veranlassung, denjenigen nach den Gründen des Kaufpreissprunges um fast 200% zu fragen, der für den einen solchen Preis zahlenden Käufer und Kreditnehmer auftrat. Überdies setzt sich das angefochtene Urteil nicht mit der Frage auseinander, ob nicht die Differenz zwischen den kalkulierten Gestehungskosten und dem zu erwartenden Verkaufserlös des Bauvorhabens eine mindestens ebenso große Rolle für die Festlegung des Beleihungswertes gespielt hat. Diese Frage mußte der Tatrichter auch dann beantworten, wenn er aus den Zeugenaussagen entnahm, der Kaufpreis sei bedeutsam gewesen. Unstreitig wurde nämlich in dem für jede Kreditentscheidung erneut gefertigten Wertgutachten der Beleihungswert als Mittelwert zwischen Kosten und Erlös angenommen.

c) Der Beklagte hätte allerdings über die Kaufofferte an ihn selbst jedenfalls dann aufklären müssen, wenn der Ankaufpreis von 20 Mio. DM von vornherein unwirtschaftlich - angesichts der konkreten Situation im Frühjahr 1972, angesichts des geplanten Objekts und angesichts etwa möglicher

Planverbesserungen - und wenn dieses dem Beklagten bekannt und WKV für den Beklagten erkennbar irrtümlich unbekannt gewesen ist. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat das Berufungsgericht jedoch nicht eindeutig festgestellt. Es meint lediglich, es könne "eigentlich kein vernünftiger Zweifel mehr daran bestehen", daß der Kaufpreis von 20 Mio. DM nicht an den realen Gegebenheiten des Grundstücksmarktes ausgerichtet war, und weiter, die Preiserwartung von Intervest in Höhe von 14 Mio. DM "dürfte ... an der obersten Grenze dessen gelegen haben, was der Grundstücksmarkt damals hergab". Die einschränkenden Formulierungen lassen schon fraglich erscheinen, ob der Tatrichter Tatsachenfeststellungen aufgrund entsprechender Überzeugung treffen wollte. Vor allem aber rügt der Beklagte mit Recht, daß auch insoweit der unstreitige Sachverhalt und sein unter Beweis gestellter Vortrag nicht ausgeschöpft worden sind. Die erzielten Verkaufserlöse belegen nicht eine von vornherein bestehende Unwirtschaftlichkeit. Unstreitig wollte die Vertriebsfirma zunächst mit 42,2 Mio. DM mehr als die im dritten Wertgutachten vom 30. Juni 1972 mit 37,4 Mio. DM angenommenen Gestehungskosten zahlen. Die Verkaufserlöse mußten jedoch noch höher sein, weil die Gewerbeflächen hinzukamen. Allein die Zahlungen der Vertriebsfirma für die dieser letztlich in geringerem Umfang überlassenen Wohnungen enthielten 12.576.975 DM für Grundstücksanteile. Hinzu kommen die weiteren Grundstücksanteile für die bei RBB verbliebenen Luxuswohnungen, Garagen und Gewerbeflächen. Der Beklagte rügt in diesem Zusammenhang, übergangen sei sein Vorbringen, wonach die Preise für Grundstücksanteile aus steuerrechtlichen Gründen bewußt niedrig gehalten worden seien. Danach ist nicht auszuschließen, daß der erzielbare Grundstückswert in der damaligen Situation

- Olympiade in München - höher war als der dem Beklagten abverlangte Preis von 14 Mio. DM.

Die oben genannte Kenntnis des Beklagten und die entsprechende Unkenntnis des WKV müssen bejaht werden, wenn im Sinne der Strafurteile von einem "Luftpreis" von 20 Mio. DM auszugehen ist oder wenn gar der Beklagte durch Zahlungen an die Verantwortlichen bei RBB und an den Sachbearbeiter für Wertgutachten bei WKV den Preis manipuliert hat, § 826 BGB. Dafür fehlt es aber an Feststellungen. Die Revisionserweiterung verkennt bei ihren Ausführungen zum angeblich wirklichen Wert des Grundstücks, daß das Berufungsurteil gerade nicht die Feststellungen enthält, die in den von ihm lediglich referierten Strafurteilen enthalten waren.

d) In diesem Zusammenhang ist weiter nicht auszuschließen, daß im Berufungsurteil die Beweislast verkannt worden ist. Zwar geht es zu Recht davon aus, der Aufklärungspflichtige habe die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß der auf seine Aufklärung Angewiesene sich in gleicher Weise bei Kenntnis verhalten haben würde. Das entspricht ständiger Rechtsprechung. Der Hinweis, der Beklagte habe weder behauptet noch unter Beweis gestellt, daß der Kredit in gleicher Weise bei Kenntnis bewilligt worden wäre, ist demgemäß nicht zu beanstanden. Jedoch führt das Berufungsurteil in unmittelbarem Anschluß daran aus, "ebensowenig" könne davon ausgegangen werden, daß das Grundstück tatsächlich 20 Mio. DM wert gewesen sei. Soll der tatsächlich erzielbare Wert des Grundstücks als Voraussetzung der Unwirtschaftlichkeit und damit einer Pflichtverletzung des Beklagten in dem oben unter c) a.A. dargelegten Sinn festgestellt werden, dann hat die für

die Pflichtverletzung beweispflichtige Klägerin den Beweis zu erbringen.

II. Danach muß das angefochtene Urteil auch insoweit aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden, als der Beklagte wegen Verwirkung gemäß § 654 BGB zur Rückzahlung der Maklerprovision von 360.000 DM verurteilt worden ist.

Diese Provision hat der Beklagte von WKV unstreitig für die Vermittlung des Baukredits im Juli 1972 erhalten. Das Berufungsgericht meint, die Tätigkeit des Beklagten im Rahmen des Baukredits biete für sich betrachtet keine ausreichende Handhabe für eine Verwirkung. Jedoch müßten beide Kredite wirtschaftlich im Zusammenhang, als einheitliches Kreditgeschäft gesehen werden. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sei es gerechtfertigt, § 654 BGB auch dann anzuwenden, wenn der Makler zwar nicht durch seine eigentliche Maklertätigkeit, wohl aber in engem Zusammenhang damit den Interessen seines Auftraggebers in schwerwiegender Weise zuwidergehandelt habe.

Aus den oben unter I. 2. und 3. dargelegten Gründen fehlen bereits hinreichende Feststellungen dafür, die Tätigkeit des Beklagten im März 1972 anlässlich der Gewährung des Ankaufkredits als in schwerwiegender Weise pflichtwidrig zu werten. Ferner kann deshalb nicht entschieden werden, ob der Beklagte schon in diesem Zeitpunkt nicht doch als Makler, gar als Handelsmakler tätig gewesen ist. Weiter untersucht das Berufungsgericht wiederum nicht, ob der Beklagte im Juli 1972 als Makler auch des WKV gehalten war, jedenfalls jetzt die dann besonders naheliegende Gefährdung des Baukredits zu of-

fenbaren, wenn das gesamte Bauvorhaben von Anfang an wegen Unwirtschaftlichkeit möglicherweise zum Scheitern verurteilt war.

Deshalb brauchen die Bedenken gegen die Ansicht des Berufungsgerichts nicht erörtert zu werden, die sich aus der Rechtsprechung des Senats zu § 654 BGB und zu dem dafür maßgeblichen subjektiven Tatbestand (vgl. etwa Urteil vom 13.3.1985 - IVa ZR 222/83 - WM 1985, 1276 = LM BGB § 654 Nr. 15 und vom 24.6.1981 - IVa ZR 225/80 - LM BGB § 654 Nr. 12 = WM 1981, 1084 = NJW 1981, 2297; siehe auch BGHZ 92, 184) und weiter auch daraus ergeben, daß ohne weiteres angenommen wird, ein Verhalten vor Abschluß des Maklervertrages könne die Verwirkungsfolge herbeiführen (dagegen Senatsurteil vom 25.5.1983 - IVa ZR 26/82 - LM BGB § 652 Nr. 84 = NJW 1984, 232 unter 1.).

III. In der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht wie bereits dargelegt in erster Linie die Voraussetzungen einer Haftung des Beklagten aus unerlaubter Handlung, insbesondere § 826 BGB, und auch aus § 98 HGB wegen seiner etwaigen Stellung als Handelsmakler zu prüfen haben. Die erstgenannte Haftung liegt, wie ebenfalls ausgeführt, bei einer Preismanipulierung nahe. Weiter wird es - wenn es darauf ankommt - das Bestehen einer Offenbarungspflicht des Beklagten schon im März 1972 und deren mögliche Fortdauer im Juli 1972 zu klären haben. Erst danach kann geprüft werden, ob die weiteren Erwägungen der Revision insbesondere zu § 254 BGB Bedeutung gewinnen.

Entgegen der Ansicht der Revision kann allerdings Schaden, der sich erst im Rahmen des zusätzlich gewährten Baukredits verwirklicht hat, auch auf Pflichtverletzungen zurückzuführen sein, die im Zusammenhang mit dem zunächst gewährten Ankaufkredit begangen worden sind. Hätte es sich um einen "Luftpreis" gehandelt und hätte WKV das gewußt, dann wäre schon der Ankaufkredit nicht gewährt worden; dann aber kann der Tatrichter auch zu der Feststellung gelangen, daß unter solchen Umständen WKV sich überhaupt nicht beteiligt und auch den Baukredit mit seinen Folgen nicht bewilligt hätte. Jedenfalls müßte der Beklagte das Gegenteil beweisen (siehe oben I. 3. d) a.A.).

Überdies könnte angesichts des Vortrags der Klägerin zwischen einer etwaigen im Vorfeld des Ankaufkredits begangenen Aufklärungspflichtverletzung und dem letztlich entstandenen Schaden ein innerer Zusammenhang bestehen (dazu Senatsurteil vom 12.2.1986 - IVa ZR 76/84 - WM 1986, 517 unter III 5). Grundsätzlich sind dem Schädiger auch die sekundären Schadensfolgen zuzurechnen, die dadurch entstehen, daß der Geschädigte im weiteren Verlauf weitere Maßnahmen trifft, um dem primären Schaden zu entgehen oder ihn niedrig zu halten; das Verhalten des Geschädigten kann insoweit allenfalls bei der Prüfung des § 254 BGB von Bedeutung sein.

Jedoch wird das Berufungsgericht dazu auf den Vortrag des Beklagten eingehen müssen, nach Eintritt der Vertriebsfirma sei der Baukredit deshalb auf 14 Mio. DM herabgesetzt worden, weil allein die bei RBB verbliebenen Luxuswohnungen und Gewerbeflächen einen Beleihungswert von 15,7 Mio. DM verkörpert hätten; RBB habe gegen seinen Rat die Luxuswohnungen

und die Gewerbeflächen behalten, diese seien infolge der Rezession nicht verkäuflich gewesen.

Das Berufungsgericht wird weiter auch näher darzulegen haben, von welchen Schadenssummen es aus welchen Gründen ausgehen will. Dabei muß es sich mit dem Vortrag des Beklagten auseinandersetzen, daß dem WKV mehr Vorteile zugeflossen seien, als die Klägerin an Schaden behauptete. Soweit die Revision allerdings im Wege der Vorteilsausgleichung auch etwaigen Zinsgewinn in Rechnung stellen will, den WKV aus Verträgen mit Dritten, nämlich den von der Vertriebsfirma erworbenen Bauherren erzielt hat, ist das mit der Rechtsprechung des BGH zur Vorteilsausgleichung nicht vereinbar (vgl. die Nachweise im Urteil vom 15.4.1983 - V ZR 152/82 - LM BGB § 249 C b Nr. 31 = NJW 1983, 2137 unter 2 b und c).

Rottmüller

Dr. Lang

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs