

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 176/65**URTEIL****Verkündet am**

9. Mai 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Helmut B [REDACTED], S [REDACTED],
F [REDACTED]-M [REDACTED]-Straße [REDACTED],

2. des Kaufmanns Wilhelm R [REDACTED], H [REDACTED]
([REDACTED]), W [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Dr. Werner H [REDACTED],
K [REDACTED]/Tirol, H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finko

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 7. Mai 1965 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 10. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1961 betrauten die Kläger den Beklagten damit, ihnen bei der Anlage von Kapital zu helfen. Der Beklagte wies sie auf das Hotelgrundstück Bonn, B[REDACTED]straße [REDACTED]/C[REDACTED] hin. An diesem Grundstück waren als Bruchteilsmitteigentümer beteiligt: Rechtsanwalt B[REDACTED] zur Hälfte, der Hotelier G[REDACTED] zu 9/20 und der Finanzmakler H[REDACTED] zu 1/20. H[REDACTED] hatte auch seit Mitte 1960 ein Vorkaufsrecht an dem 9/20-Anteil G[REDACTED].

Die Kläger beabsichtigten, je zur Hälfte den Anteil G[REDACTED] und möglichst auch den Anteil H[REDACTED] zu erwerben. Um zu klären, ob H[REDACTED] zum Verzicht auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts für diesen Verkaufs-

fall und zur Veräußerung seines Anteils bereit sei, schickte der Beklagte am 4. Oktober '96 G [REDACTED] und den Makler B [REDACTED] zu H [REDACTED] in dessen Wohnung. Nach Rückkehr von der Besprechung berichteten G [REDACTED] und B [REDACTED], H [REDACTED] habe für den geplanten Verkauf an die Kläger auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts verzichtet und sei unter Umständen auch bereit, seinen eigenen Anteil an die Kläger zu verkaufen.

Darauf kauften die Kläger am 6. Oktober '96 von G [REDACTED] dessen Anteil durch notariellen Vertrag je zur Hälfte (9/40) zum beurkundeten Kaufpreis von 225.000 DM, wobei sie mündlich die Zahlung weiterer 30.000 DM versprachen. Als der Notar auf das Vorkaufsrecht H [REDACTED] hinwies, erklärte G [REDACTED], H [REDACTED] habe für diesen Verkaufsfall auf die Ausübung des Vorkaufsrechts verzichtet. In der Folge zahlten die Kläger den Kaufpreis von 255.000 DM an G [REDACTED].

Am 2. November 1961 übte H [REDACTED] sein Vorkaufsrecht aus und trat in den Kaufvertrag vom 6. Oktober '96 ein. Es kam zum Prozeß H [REDACTED] gegen die jetzigen Kläger (8 O 156/62 LG Bonn). Das Landgericht verurteilte diese am 17. Oktober 1963 dazu, der Eintragung H [REDACTED] als Grundstückseigentümer je zu 9/40-Anteil zuzustimmen, Zug um Zug gegen Zahlung von 172.867,91 DM. Am 27. November 1963 verglichen sie sich außergerichtlich mit H [REDACTED] dahin, daß dieser weitere Zahlungen, insbesondere in Höhe des nicht beurkundeten Kaufpreisteils, leistete, während die Kläger auf Rechtsmittel gegen das landgerichtliche Urteil verzichteten.

Mit der jetzigen Klage hat jeder der beiden Kläger vom Beklagten Schadensersatz in Höhe von je 24.782,22 DM



nebst Zinsen, abzüglich je 7.500 DM, gefordert. Zur Begründung haben die Kläger vorgetragen, der Beklagte habe sie falsch beraten, insbesondere sich nicht vergewissert, ob H. [REDACTED] wirklich auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts für den Fall des Verkaufs an die Kläger verzichtet habe; jedenfalls habe der Beklagte nicht dafür gesorgt, daß sie einen etwaigen Verzicht H. [REDACTED] [REDACTED] einwandfrei beweisen könnten. Von G. [REDACTED] sei nichts zu holen; er sei vermögenslos.

Bei den von den Klägern in Abzug gebrachten 15.000 DM handelt es sich um eine unstreitige Darlehensforderung des Beklagten gegen die Kläger, gegen welche diese mit einem Teil ihrer Klageforderungen aufgerechnet haben.

Der Beklagte hat die Klageansprüche nach Grund und Höhe bestritten. Er hat u.a. geltend gemacht, er sei für die Kläger nur als Makler tätig geworden und habe daher ihnen gegenüber keine Beratungspflichten gehabt. Jedenfalls treffe die Kläger ein eigenes Verschulden.

Der Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Kläger als Gesamtschuldner zur Rückzahlung der 15.000 DM Darlehen nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage (bis auf einen abgewiesenen Zinsmehrbetrag) stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat umgekehrt die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstreben die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht - insoweit dem Landgericht folgend - ist der Auffassung, der Beklagte sei für die Kläger nicht lediglich als Makler oder aus reiner Gefälligkeit tätig geworden; er habe vielmehr in umfassenderer Weise, als ein Makler es zu tun habe, übernommen, die Interessen der Kläger bei dem beabsichtigten "Grundstückskauf" wahrzunehmen. Ihm, als dem langjährigen anwaltlichen und steuerlichen Berater des Klägers B., sei von beiden Klägern die gesamte Abwicklung der Vermögensanlage übertragen worden.

Die knappen Ausführungen des Berufungsgerichts genügen hier deswegen, weil es sich ersichtlich (Seite 6 BU) die ausführlicheren Feststellungen des Landgerichts zu eigen gemacht hat. Danach führte der Beklagte die Verhandlungen für die Kläger, die zum Abschluß des Kaufvertrages führten. Er erkundete die Wünsche G., machte ihn zum Kaufabschluß mit den Klägern bereit. Er sollte für die Kläger die bestmöglichen Bedingungen herausholen. Er führte weiter die Verhandlungen mit den Behörden und dem beurkundenden Notar. Er verschaffte selbständig den Klägern das noch fehlende Fremdkapital. Als die Kläger Geldbedarf hatten, gewährte er ihnen ein Darlehen. Nach Ausübung des Vorkaufsrechts durch H. verfolgte er die Angelegenheit weiter. Er sollte sie für die Kläger zu einem vernünftigen kaufmännischen Abschluß bringen. Als diese seine Bemühungen scheiterten, führte er für die Kläger den Vorprozeß; d.h. er erteilte dem Prozeßbevollmächtigten die notwendigen Informationen, führte die Prozeßkorrespondenz und honorierte

schließlich den Anwalt der Kläger, nachdem diese unterlegen waren. Der Beklagte nahm eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art für die Kläger und in deren Interesse vor. Er hatte sich verpflichtet, sie in dieser Rechts- und Vermögensangelegenheit zu vertreten. Bei dieser Tätigkeit konnte der Beklagte aus eigener Initiative tätig werden und selbständig handeln. Die Beauftragung des Beklagten geschah auf Grund des besonderen persönlichen Vertrauens, das die Kläger in seine beruflichen Fähigkeiten setzten; er hatte mehrere Jahre die Firma des Klägers B. anwaltlich und steuerrechtlich betreut. Auch nachdem er nicht mehr Rechtsanwalt war, blieb er zumindest über die "R.-Treuhand" den Klägern verbunden. Der Beklagte mußte sich sagen, daß ihm dieses besondere, weitgehende Vertrauen von den Klägern vor allem im Hinblick auf seine frühere Tätigkeit für den Kläger B. entgegengebracht wurde.

Angesichts dieses vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts liegt kein Rechtsfehler darin, daß es die Überzeugung gewonnen hat, die Pflichten des Beklagten hätten sich nicht in einer Vermittlungstätigkeit als Makler erschöpft, sondern er habe gegenüber den Klägern erheblich weitergehende Beratungs- und Betreuungspflichten übernommen. Die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts, es handle sich demnach nicht um einen bloßen Makler-, sondern um einen umfassenderen Geschäftsbesorgungsvertrag (vgl. §§ 675, 662 ff BGB), ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden.

II.

Das Berufungsgericht meint, eine schuldhafte Vertragsverletzung des Beklagten sei nicht festzustellen.

Im Grunde machten die Kläger dem Beklagten zum Vorwurf, daß das Landgericht im Vorprozeß den Zeugen G [REDACTED] und B [REDACTED] nicht geglaubt und daher der Klage H [REDACTED] stattgegeben habe. Unstreitig hätten sowohl die Kläger als auch der Beklagte damals den Angaben G [REDACTED] und B [REDACTED] über einen Verzicht H [REDACTED] auf sein Vorkaufsrecht geglaubt. Die Kläger behaupteten nicht, daß G [REDACTED] und B [REDACTED] sie und den Beklagten bewußt über den Inhalt ihrer Unterredung mit H [REDACTED] getäuscht hätten. Dann bleibe die Möglichkeit, daß B [REDACTED] und G [REDACTED] die Wahrheit gesagt und das Landgericht ihre Aussagen zu Unrecht nicht für richtig gehalten habe, wofür mehrere Umstände sprächen. Deswegen wäre eine Berufung der Kläger gegen das Urteil im Vorprozeß erfolgversprechend gewesen. Der Beklagte habe den Klägern gegenüber nicht die Garantie übernommen, daß die Mitteilungen G [REDACTED] und B [REDACTED] zuträfen und daß die Wahrheit ihrer Angaben in einem Prozeß beweisbar sei. Eine schriftliche Verzichtserklärung H [REDACTED] habe er nicht einzuholen brauchen.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum, wie die Revision mit Recht rügt. Sie stellen keine erschöpfende rechtliche Würdigung des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts dar.

Unstreitig hing, wie dem Beklagten bekannt war, die Kaufbereitschaft der Kläger entscheidend davon ab, ob H [REDACTED] auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts für diesen Verkaufsfall verzichtet hatte. Ein solcher "Verzicht" in Gestalt eines formlosen Erlassvertrags zwischen H [REDACTED] und G [REDACTED] war möglich, vgl. das Urteil BGH V ZR 178/54 vom 14. Dezember 1956 = DNotZ 1957, 306, und wäre wirksam gewesen. Da der Beklagte es - nach dem oben zu I Gesagten - vertraglich übernommen hatte, "die

Interessen der Kläger bei dem beabsichtigten Grundstückskauf wahrzunehmen", gehörte es also auch zu seinen Vertragspflichten gegenüber den Klägern, Klarheit darüber zu schaffen, ob H. einen solchen Verzicht erklärt hatte, und dafür zu sorgen, daß die Kläger gegebenenfalls den ihnen dafür obliegenden Nachweis einwandfrei führen konnten. Konnte er das nicht erreichen, so mußte er den Klägern vom Abschluß des Vertrags und von der Zahlung des Kaufpreises an G. abraten.

Diese seine Vertragspflicht hat der Beklagte, wenn die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts zugrunde gelegt werden, fahrlässig verletzt.

1.) Ihm als erfahrenen Wirtschaftsjuristen mußte bei der Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt klar sein, welche Risiken die Kläger liefen, wenn sie den Kaufvertrag abschlossen und den Kaufpreis an G. zahlten, bevor nicht durch eine schriftliche Erklärung H. eindeutig beweisbar war, daß dieser auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts für diesen Verkaufsfall verzichtet hatte. Der Beklagte mußte daher dafür sorgen, daß eine solche schriftliche Verzichtserklärung H. beigebracht wurde, und durfte es nicht zulassen, daß die Kläger sich mit bloßen Berichten G. und B. über eine mündliche Verzichtserklärung H. begnügten. Auf deren Angaben durfte sich der Beklagte nicht verlassen. Er durfte nicht fest damit rechnen, daß im Streitfalle das Gericht ihren Aussagen glauben würde.

Er könnte sich nicht damit entschuldigen, daß er G. und B. ebenso vertraut habe, wie die Kläger das getan hätten; denn diese hatten ihn ja gerade zu ihrer Beratung und Unterstützung beim Erwerb des Grundstücks-

anteils zugezogen. Sie durften daher darauf vertrauen, daß der Beklagte sie schon richtig beraten werde. Mit dem Hinweis des Notars auf das Vorkaufsrecht durfte der Beklagte es ebenfalls nicht bewenden lassen. Er konnte seiner Vertragspflicht nur genügen, wenn er selbst die Kläger bei Abschluß des Kaufvertrages genügend warnte. Darüber hat das Berufungsgericht bisher nichts festgestellt.

2., Es stellt auch nicht fest, daß der Beklagte befugt gewesen wäre, seine Aufgaben aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag auf G [REDACTED] und B [REDACTED] zu übertragen. Ein Fall des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt daher nicht vor. Vielmehr wäre der Beklagte für ein etwaiges Verschulden G [REDACTED] und B [REDACTED] als seiner Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB haftbar.

3.) Mit Recht rügt die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts, die Kläger machten dem Beklagten (nur) zum Vorwurf, daß das Landgericht im Vorprozeß den Zeugen G [REDACTED] und B [REDACTED] nicht geglaubt habe. Diese Formulierung zeigt, daß das Berufungsgericht die Vertragspflicht des Beklagten zur Herbeiführung einer klaren und jederzeit beweisbaren Rechtslage verkannt hat.

4.) Die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, daß der Beklagte keine Garantie übernommen habe, liegen nach dem oben Gesagten neben der Sache.

5.) Eine Anfechtung des Kaufvertrages kam hier schon deswegen nicht in Betracht, weil die Kläger bis zu dem Zeitpunkt, als sie den Kaufpreis zahlten, von der Richtigkeit der Darstellung G [REDACTED] und B [REDACTED] über-

zeugt waren. Das Eigentum an dem gekauften Grundstücksanteil hätte ihnen eine Anfechtung ohnehin nicht verschaffen können.

6.) Der Beklagte könnte sich auch nicht damit entlasten, daß die Kläger im Vorprozeß Berufung hätten einlegen sollen. Diese Unterlassung würde eine schuldhaft Pflichtverletzung des Beklagten nicht ausräumen. Das Berufungsgericht kann auch nicht feststellen, daß eine Berufung der Kläger im Vorprozeß erfolgreich gewesen wäre. Aus der Unterlassung der Berufung läßt sich bei dieser Sachlage nicht herleiten, daß die Kläger den Schaden schuldhaft mitverursacht hätten oder daß sie schuldhaft unterlassen hätten, den Schaden abzuwenden oder zu mindern (§ 254 BGB). Der Abschluß des Vergleichs im Vorprozeß unter Verzicht auf eine Berufung entsprach einer verständigen Interessenabwägung seitens der Kläger. Die Erfolgsaussicht der Berufung war zweifelhaft. Selbst wenn der Beklagte - entgegen seiner ursprünglichen Behauptung - sich bereit erklärt haben sollte, die Kosten der Berufungsinstanz zu übernehmen, so wäre doch, worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat, den Klägern das Risiko verblieben, daß sie für die voraussichtlich längere Dauer der Berufung sowohl die Nutzung des Grundstücksanteils als auch die des als Kaufpreis gezahlten Geldes hätten entbehren müssen. Daß der Beklagte bereit gewesen wäre, die Kläger auch von diesem Risiko zu entlasten, hat er nicht behauptet.

Nach alledem kann es nicht als ein "Verschulden der Kläger gegen sich selbst" angesehen werden, daß sie sich im Vorprozeß mit H. [REDACTED] verglichen und dabei auf Rechtsmittel verzichtet haben.

III.

Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Andererseits ist das Revisionsgericht noch nicht in der Lage, in der Sache abschließend zu entscheiden. Der Beklagte hatte, worauf die Revisionsbeantwortung hinweist, in der Berufungsbegründung (S. 8) behauptet und unter Beweis gestellt, er habe bei Abschluß des notariellen Kaufvertrages den Klägern vorgeschlagen, "die Rechtswirksamkeit des Vertrages vom Verzicht des Herrn H. auf das Vorkaufsrecht abhängig zu machen"; die Kläger hätten das aber nicht gewünscht (S. 189 GA, .

Darin könnte eine ausreichende Warnung des Beklagten gegenüber den Klägern geschehen werden, sich nicht auf einen unbedingten Abschluß des Kaufvertrages und auf eine Zahlung des Kaufpreises an G. einzulassen, solange nicht völlig sicher war, daß H. den von B. und G. behaupteten Verzicht erklärt hatte und solange nicht der Verzicht einwandfrei beweisbar war. Mit der Anregung, einen bedingten Kaufvertrag abzuschließen, hat der Beklagte möglicherweise seine Belehrungs-, Beratungs- und Betreuungspflicht gegenüber den Klägern erfüllt, die dahin ging, die Beweisbarkeit des Verzichts H. sicherzustellen und die Kläger vor einem vorciligen Abschluß zu warnen, solange die Beweisbarkeit nicht sichergestellt war.

Aber auch wenn die vom Beklagten behauptete Empfehlung eines bedingten Vertragsabschlusses sein Verschulden etwa nicht gänzlich ausräumen sollte, so wäre seine Behauptung jedenfalls unter dem Gesichtspunkt eines mitwirkenden Verschuldens der Kläger erheblich.

Da die Sache somit weiterer tatrichterlicher Aufklärung bedarf, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat macht dabei von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Vogt

Finke