

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 220/64**URTEIL****Verkündet am**

9. Februar 1967
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Hypothekensmaklers Hans B [REDACTED], O [REDACTED],
G [REDACTED]-H [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Maschinenschlosser Josef S [REDACTED], L [REDACTED]
[REDACTED], F [REDACTED] Str. [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt :

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 24. Juni 1964 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von 3.600 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Hälfte der Revisionskosten, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die andere Hälfte der Revisionskosten hat der Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1958 und 1959 vermittelte der Beklagte im Auftrag des Klägers diesem die Finanzierung für den Neubau eines Hauses. Der Kläger hat an den Beklagten 3.891,75 DM "Bearbeitungskosten" gezahlt. Außerdem hat er dem Beklagten auf dessen Verlangen einmal 3.600 DM zur Verfügung gestellt,

die dieser an das Bankhaus H[REDACTED] in K[REDACTED] weitergeleitet hat.

Der Kläger hat behauptet, er habe mit dem Beklagten ein Pauschalhonorar von 2.000 DM vereinbart und dieses mit den 3.891,75 DM versehentlich überzahlt. Er hat weiter behauptet, das Bankhaus H[REDACTED] habe gegen ihn keinen Anspruch auf 3.600 DM gehabt, der Beklagte hätte dem Bankhaus diese Summe nicht zahlen dürfen. Mit der Klage hat er vom Beklagten Zahlung von 1.891,75 DM + 3.600 DM = 5.491,75 DM nebst Zinsen gefordert.

Der Beklagte hat geltend gemacht, die Pauschalhonorarvereinbarung habe nur unter bestimmten nicht eingetretenen Bedingungen gelten sollen. Er habe als übliche Vergütung insgesamt 5.480 DM Honorar zu beanspruchen. Den Restbetrag von 1.588,25 DM nebst Zinsen hat er widerklagend geltend gemacht.

Zu den 3.600 DM hat er folgendes vorgetragen: Er habe dem Kläger bei der F[REDACTED] Hypothekenbank eine Darlehenszusage über eine Ia- und eine Ib-Hypothek von je 60.000 DM vermittelt. Um dem Kläger diese Darlehen zu günstigen Bedingungen anbieten zu können, habe die F[REDACTED] Hypothekenbank eine Refinanzierung vornehmen müssen durch Verkauf von Pfandbriefen. Diese Refinanzierung sei mit Hilfe des Bankhauses H[REDACTED] erfolgt. Dieses Bankhaus habe von der F[REDACTED] Hypothekenbank (früher) einen größeren Posten Pfandbriefe gekauft und damit ein "Hypothekenkontingent" zur Verfügung gehabt. Aus diesem "Globalkontingent" habe der Kläger seine beiden Darlehen erhalten sollen. Dafür habe das Bankhaus H[REDACTED] als seine Vergütung berechnet: 2 % der Darlehenssumme der Ia-Hypothek (1.200), 4 % der Darlehenssumme der Ib-Hypothek (2.400 DM), insgesamt 3.600 DM. Erst nach Empfang

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. i.d.h.G. geschützt.



dieser 3.600 DM am 15. Oktober 1959 habe das Bankhaus H [REDACTED] aus seinem "Globalkontingent" bei der F [REDACTED] Hypothekenbank 120.000 DM zu Gunsten des Klägers "freigegeben".

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an den Kläger 5.491,75 DM nebst Zinsen zu zahlen und hat die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt der Beklagte seine Anträge auf Klagabweisung und auf Verurteilung des Klägers gemäß der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Die Niederschrift vom 24. Juni 1964 über die Verkündung des Berufungsurteils nannte als gegenwärtige Personen ursprünglich:

"Senatspräsident M [REDACTED]
als Vorsitzender
Oberlandesgerichtsrat
Oberlandesgerichtsrat
als beisitzende Richter
Justizangestellte T [REDACTED]
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle".

Die Revision macht geltend, das Berufungsurteil sei nicht ordnungsmäßig verkündet worden, da ausweislich des Verkündungsprotokolls im Termin - außer der Urkundsbeamtin - lediglich der Vorsitzende des Berufungsgerichts anwesend gewesen sei.

Die Rüge ist nicht begründet.

Die Niederschrift in ihrer ursprünglichen Fassung war lückenhaft: es fehlten die Namen der beisitzenden Richter. Bei Lücken in der Protokollierung eines wesentlichen Prozeßvorgangs greift die formelle Beweiskraft der Niederschrift (§ 164 ZPO) nicht durch. Stellt sich eine Verhandlungsniederschrift als unvollständig dar, so ist sie, soweit die Lücke besteht, der Auslegung zugänglich; es muß dann unter Heranziehung aller verfügbaren Erkenntnisquellen nach freier Beweiswürdigung ermittelt werden, welcher tatsächliche Vorgang der unvollständigen Protokollierung zu Grunde liegt. Dabei kann auch eine nach der Erhebung der Revisionsrüge durchgeführte Protokollberichtigung oder -ergänzung verwertet werden (BGHZ 26, 340 ff mit weiteren Nachweisen).

Im vorliegenden Fall ist die Niederschrift (nach Erhebung der Revisionsrüge) am 10. Oktober 1966 dahin berichtigt worden daß an der Urteilsverkündung als beisitzende Richter mitgewirkt haben:

"Oberlandesgerichtsrat E [REDACTED] und
Oberlandesgerichtsrat D [REDACTED]."

Damit steht zur Überzeugung des Senats fest, daß bei der Verkündung des Berufungsurteils nicht nur der Vorsitzende, sondern auch die beiden vorgenannten weiteren Richter anwesend waren. Die Verkündung ist also in Ordnung (§ 310 ZPO).

2.) Die Revision rügt weiter, aus der Niederschrift vom 3. Dezember 1963 über die Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter des Berufungsgerichts ergebe sich entgegen der Vorschrift des § 159 Abs. 2 Nr. 5 ZPO nicht, daß öffentlich verhandelt worden sei; es müsse daher davon ausgegangen werden, daß § 169 GVG verletzt sei.

Auch diese Rüge ist unbegründet.

Der absolute Revisionsgrund des § 551 Ziff. 6 ZPO scheidet hier aus. Das Berufungsurteil ist erst auf Grund der Schlußverhandlung vor dem Senat vom 10. Juni 1964 ergangen. Die Revisionsrüge hätte daher nur dann Erfolg, wenn das Berufungsurteil auf dem Verstoß beruhen könnte. Dafür ist in der Revisionsbegründung nichts vorgetragen (vgl. BGH LM Nr. 55 und 57 zu § 549 ZPO).

II.

Das Berufungsgericht sieht auf Grund der z.T. eidlichen Zeugenaussagen des Architekten H. als erwiesen an, daß die Parteien eine Pauschalhonorar-Abrede über 2.000 DM auch für den hier gegebenen Fall vereinbart haben, daß öffentliche Mittel für die Baufinanzierung nicht gewährt wurden. Es verneint die Voraussetzungen des § 814 BGB. Es ist deswegen der Auffassung, der Beklagte müsse die zuviel gezahlten 1.891,75 DM zurückzahlen und könne nicht (mit der Widerklage) weitere 1.588,25 DM Honorar fordern.

Die von der Revision hiergegen erhobenen Rügen richten sich gegen die rechtsfehlerfreie tatrichterliche Beweiswürdigung und können daher keinen Erfolg haben. Sachlichrechtliche Fehler sind nicht erkennbar.

1.) Die Revision verweist auf die Unsicherheit der Bekundung des Zeugen H. über den Zeitpunkt der Pauschalvereinbarung. Deswegen brauchte aber das Berufungsgericht den Zeugen nicht als schlechthin unglaubwürdig anzusehen, zumal er seine Aussage vor dem Landgericht geschworen hatte.

2.) Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht seine Begründung zu diesem Punkte "äußerst kurz gehalten" habe. Das ist kein Rechtsfehler. Im übrigen konnte das Berufungsgericht den Ausführungen des Beklagten zu Ziff. I seines Schriftsatzes vom 27. Mai 1964 entnehmen, daß der Beklagte sich selbst in diesem Punkte für beweisfällig hielt.

III.

Das Berufungsgericht hält den Beklagten für verpflichtet, dem Kläger die 3.600 DM zu erstatten, die der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vom Kläger erhalten und auftragsgemäß an das Bankhaus H. [REDACTED] weitergeleitet hat. Das Berufungsgericht meint, das habe der Beklagte nicht tun dürfen, er hafte daher dem Kläger wegen fahrlässiger Verletzung des Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 BGB). Die Zahlung der 3.600 DM an das Bankhaus H. [REDACTED] sei für die Finanzierung des Baus nicht erforderlich gewesen; das hätte der Beklagte erkennen müssen. Seine Behauptungen zu diesem Punkt seien nicht bewiesen. Die Zeugenaussage des Prokuristen O. [REDACTED] des Bankhauses H. [REDACTED] reiche zum Beweise nicht aus.

In diesem Punkte muß das Berufungsurteil aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht die Beweislast verkannt hat, wie die Revision mit Recht rügt.

1.) Es handelt sich hier nicht um einen Anspruch aus § 667 BGB (auf Herausgabe dessen, was der Beauftragte vom Auftraggeber zur Ausführung des Auftrags erhalten hat). Denn unstreitig hat der Beklagte die 3.600 DM weisungsgemäß an das Bankhaus H. [REDACTED] weitergeleitet.

2.) Der Kläger macht vielmehr gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung gelte

weil der Beklagte den Auftrag schlecht ausgeführt und dabei gegen die Interessen des Klägers als seines Auftraggebers gehandelt habe.

Wer Schadensersatz aus Vertragsverletzung fordert, muß dartun, daß der objektive Tatbestand einer solchen Vertragsverletzung gegeben ist; insoweit trifft den Gläubiger die Beweislast. Das gilt in gleicher Weise bei Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag (ständige Rechtsprechung; vgl. die Urteile des Senats BGHZ 42, 16; VII ZR 86/59 vom 17. Oktober 1960; VII ZR 77/61 vom 26. April 1962; VII ZR 174/61 vom 10. Januar 1963; VII ZR 218/61 vom 25. März 1963; VII ZR 154/62 vom 23. April 1964). Erst wenn die objektive Pflichtverletzung feststeht, kann gegebenenfalls für die Frage des Verschuldens es dem Schuldner obliegen, seine Schuldlosigkeit zu beweisen (BGHZ 23, 288; 28, 251).

2.) Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht bisher eine objektive Pflichtverletzung des Beklagten im Zusammenhang mit der Weiterleitung der 3.600 DM an das Bankhaus H [REDACTED] nicht festgestellt.

Dem Senat ist bekannt, daß Hypothekenbanken die von ihnen vergebenen Hypothekendarlehen unter Umständen in der Weise refinanzieren, wie der Beklagte und der Zeuge O [REDACTED] das näher beschrieben haben. War das aber hier der Fall, so konnte es im Rahmen des dem Beklagten vom Kläger erteilten Auftrags liegen, wenn der Beklagte im Interesse des Klägers für die Refinanzierung an das Bankhaus H [REDACTED] eine Vergütung zahlte.

Die Schreiben des Bankhauses H [REDACTED] an den Beklagten vom 25. August 1959 und 15. Oktober 1959, sowie das Schreiben dieses Bankhauses an den Kläger vom 19. Dezember 1960, welche das Berufungsgericht nicht gewürdigt hat, sprechen dafür,

daß das Bankhaus für die Refinanzierung insgesamt 3.600 DM beansprucht hatte. Die Berechtigung dieses Anspruchs kann nicht ohne weiteres verneint werden, wie das Berufungsgericht das bisher getan hat.

Nach der Kenntnis des Senats ist der Absatz von Pfandbriefen zu dem von den Pfandbriefbanken vorgesehenen Kurs zeitweilig auf Schwierigkeiten gestoßen. Auf dem "grauen Pfandbriefmarkt" wurden von den Darlehensnehmern in solchen Fällen "Refinanzierungsvergütungen" gezahlt, um das Disagio auszugleichen. Um einen solchen Fall kann es sich auch hier gehandelt haben.

3.) Ein Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten kann aber auch aus einem anderen vom Berufungsgericht bisher nicht erörterten Grunde gerechtfertigt sein.

Nach dem Vortrag des Beklagten diene die Zahlung der 3.600 DM an das Bankhaus H. [REDACTED] der Verwirklichung des "2. Finanzierungsplans", der die beiden Ia- und Ib-Hypotheker von je 60.000 DM der F. [REDACTED] Hypothekenbank vorsah. Dieser Plan ist aber daran gescheitert, daß die F. [REDACTED] Hypothekenbank ihre Zusage für die Ib-Hypothek von einer Landesbürgschaft für dieses Darlehn abhängig gemacht hatte und daß diese Bürgschaft abgelehnt wurde. Statt zweier Hypothekendarlehen von insgesamt 120.000 DM hat dann die F. [REDACTED] Hypothekenbank nach der Darstellung des Beklagten dem Kläger nur ein Hypothekendarlehen von 70.000 DM gewährt, und zwar ohne das Bankhaus H. [REDACTED] zur Refinanzierung einzuschalten.

Der Beklagte hat die 3.600 DM an das Bankhaus H. [REDACTED] (nach seiner Angabe am 15. Oktober 1959) ausgezahlt, obwohl die Landesbürgschaft damals nicht bewilligt, sondern mit Sch

ben der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen an die F [REDACTED] Hypothekenbank vom 24. September 1959 bereits abgelehnt war. Selbst wenn der Beklagte von diesem Schreiben am 15. Oktober 1959 noch nichts erfahren haben sollte, hätte er doch die 3.600 DM Vergütung für das Bankhaus H [REDACTED] möglicherweise nicht an dieses Bankhaus weitergeben dürfen, solange nicht sicher war, daß die geplante Finanzierung Erfolg haben und es zur Auszahlung der beiden Darlehen von je 60.000 DM an den Kläger kommen würde, für welche die mit Hilfe des Bankhauses H [REDACTED] vorgesehene Refinanzierung bestimmt war. Auf die nur bedingte Zusage der Ibb-Hypothek durch die Frankfurter Hypothekenbank durfte der Beklagte nicht ohne weiteres vertrauen.

Der Fall liegt hier insoweit ähnlich wie der dem Urteil des Senats vom 17. Februar 1966 VII ZR 267/63 zu Grunde liegende Fall. Auch dort hat der Senat die Möglichkeit einer schuldhaften Vertragsverletzung des mit der Vermittlung der Finanzierung Beauftragten darin gesehen, daß dieser die Vergütung für die in Aussicht genommene Refinanzierung der geplanten Hypothekendarlehen voreilig an den, der die Refinanzierung übernommen hatte, weitorgab, bevor sicher war, ob die geplante Finanzierung zustandekommen würde. Der Senat hat den Beauftragten in diesem Zusammenhang auch für verpflichtet gehalten, seinen Auftraggeber sorgfältig zu belehren und über die Risiken aufzuklären, die mit einer voreiligen Weiterleitung der Vergütung an den Pfandbriefabnehmer verbunden waren.

Es bedarf weiterer tatrichterlicher Prüfung, ob und in welcher Höhe aus den vorgenannten Gründen ein Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten in Betracht kommt. Die Sache ist daher, soweit es um die an das Bankhaus H [REDACTED]

weitergeleiteten 3.600 DM geht, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

IV.

Soweit die Revision erfolglos geblieben ist, d.h. wegen eines Teilbetrags der Klage von 1.891,75 DM und wegen der Widerklage von 1.588,25 DM, sind die Kosten der Revision dem Beklagten aufzuerlegen (§ 97, 92 ZPO). Soweit die Sache zurückverwiesen worden ist (wegen 3.600 DM Teilbetrag der Klage) ist die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht zu überlassen.

Glanzmann

Erbel

Meyer

Vogt

Finke