

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 71/65

URTEIL

Verkündet am

1. Dezember 1966
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dr. Oskar T [REDACTED], H [REDACTED], O [REDACTED]-
Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

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

gegen

den Kaufmann Herbert S [REDACTED], B [REDACTED]-W [REDACTED],
Ba [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 24. März 1965 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien standen seit 1961 miteinander in Geschäftsbeziehungen. Anlässlich eines Gesprächs riet der Beklagte dem Kläger, aus steuerlichen Gründen auf den Bahama-Inseln eine Firma zu gründen, wie er das selbst in Form der früheren Mitverklagten, Firma A [REDACTED] Marine Company Limited, N [REDACTED]/Bahamas, getan habe. Der Kläger bat den Beklagten, für ihn die hierfür nötigen Schritte zu unternehmen. Er gab ihm einen Spesenvorschuß von 20.000 DM. Der Beklagte flog zu den Bahamas und gründete dort am 3. Januar 1962 für den Kläger die Firma "O [REDACTED] and T [REDACTED] Company Limited" in N [REDACTED]/Bahamas. Der Spesenvorschuß wurde nach Erledigung des Auftrags abgerechnet.

Entweder vor diesem Flug oder kurz danach gab der Beklagte dem Kläger den weiteren Rat, auf den Bahamas Grundstücke zu kaufen, da hieraus bei der damaligen Kon-

junktur erhebliche Gewinne erzielt werden könnten. Als der Beklagte am 1. März 1962 im eigenen Interesse erneut zu den Bahamas flog, bat ihn der Kläger, ihm ein geeignetes Grundstück zu vermitteln. Er gab ihm zu diesem Zweck eine schriftliche Vollmacht, die wie folgt lautete:

"Hiermit bevollmächtige ich Herrn Dr. Oskar T■■■■, D■■■■, auf den Bahamas Verhandlungen über den Kauf von Grundstücken für mich zu führen. Herr T■■■■ soll dann die O■■■■ and Trading Company Limited (OOTC), Nassau, unterrichten, damit diese Firma in meinem Auftrag den Kauf der Grundstücke durchführt. Alle weiteren Einzelheiten sind dann mit mir unter der obigen Anschrift zu erledigen. Das erforderliche Geld wird auf ein noch für die Firma O■■■■ and T■■■■ Company Limited bei der Nova Scotia Bank in N■■■■ zu errichtendes Konto überwiesen."

Am 9. März 1962 teilte der Beklagte dem Kläger fernmündlich mit, daß sich die Möglichkeit des Erwerbs eines Grundstücks auf Cat-Island zerschlagen habe, daß er dem Kläger aber Grundstücke auf Long-Island besorgen könne, darunter ein Strandgrundstück von 568 acres zum Preis von 360 US\$ je acre. Er habe sich das Grundstück bereits durch seine Firma, die mitverklagte A■■■■ Marine Company Ltd., mit eigenen Mitteln sichern lassen und einen Vertrag mit der Eigentümerin abgeschlossen. Der Kläger erklärte sich mit dem Geschäft einverstanden und gab am 14. März 1962 seiner Firma, der O■■■■, schriftlich den Auftrag, das Grundstück zu den von dem Beklagten genannten Bedingungen zu kaufen. Am 28. März 1962 schloß diese Firma mit der des Beklagten einen Vorvertrag zum Kaufpreis von 204.624 US\$ (etwa 818.000 DM). Zu diesen Bedingungen schlossen die beiden Firmen am 11. Juni 1962 den endgültigen Kaufvertrag. Der Kläger zahlte diesen Betrag an die "A■■■■". Diese hatte das Grundstück von der Erstverkäuferin, der Long Island Estates Limited, zum Preis von etwa 312.000 DM erworben.



Der Kläger hat von dem Beklagten und dessen Firma die Herausgabe des Zwischengewinns beansprucht. Hierzu seien die Beklagten auf Grund des Auftragsverhältnisses und auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes verpflichtet. Er hatte beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 503.004,60 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagten sind der Auffassung, der Beklagte Dr. T. [REDACTED] sei nicht verpflichtet gewesen, dem Kläger das Grundstück zum Einstandspreis zu verschaffen. Ein rechtsverbindlicher Auftrag habe nicht vorgelegen; der Beklagte habe sich nur aus Gefälligkeit erboten, sich nach einem Grundstück für den Kläger umzusehen. Deshalb sei es ihm nicht verwehrt gewesen, das Grundstück selbst zu kaufen und an den Kläger zu einem beliebigen Preis zu veräußern.

Das Landgericht hat beide Beklagte antragsgemäß verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die gegen die A. [REDACTED] Marine Company Ltd. gerichtete Klage abgewiesen und den Beklagten Dr. T. [REDACTED] zur Zahlung von 493.631 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf volle Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß die Beziehungen der Parteien über den Rahmen einer bloßen Gefälligkeit hinausgegangen seien und zu einer rechtlichen Bindung geführt hätten. Dieses Abkommen habe, so meint es, "eine Geschäftsbesorgung mit wesentlichen Elementen eines

Maklervertrags zum Inhalt" gehabt. Danach sei der Beklagte zwar nicht gehalten gewesen, dem Kläger ein Grundstück zu verschaffen oder sich auch nur darum zu bemühen. Nachdem er dies aber getan habe, hätte er es ihm ohne Zwischen-
gewinn überlassen müssen.

Der Beklagte macht mit der Revision geltend, das Oberlandesgericht habe die Auslegungsregeln der §§ 133, 157, 242 BGB verletzt. Seine Angriffe gehen jedoch fehl.

1.) Nach den vom Bundesgerichtshof u.a. in dem Urteil BGHZ 21, 102, 106 f aufgestellten Grundsätzen kann auch eine Gefälligkeit rechtsgeschäftlichen Charakter haben. Die Frage, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist nach den Umständen des Falles, insbesondere nach der Art dieser Gefälligkeit, ihrem Grund und Zweck sowie ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung zu ermitteln.

Das Berufungsgericht hat sich hieran gehalten. Es berücksichtigt, daß die Parteien bereits vorher in Geschäftsverbindung gestanden haben, daß der Kläger dem Beklagten besonderes Vertrauen entgegengebracht hat, daß sie beide Kaufleute gewesen sind, daß sich der Beklagte als Fachmann mit langjähriger Kenntnis der örtlichen Verhältnisse ausgegeben hat, daß bedeutende wirtschaftliche Interessen des Klägers auf dem Spiele gestanden haben und daß der Beklagte vor allem durch die Vollmacht auf die von ihm zu übernehmende rechtliche Verpflichtung hingewiesen worden ist.

Alle diese Umstände sind geeignet, den von dem Berufungsgericht gezogenen Schluß zu rechtfertigen, daß dem Beklagten Treuepflichten gegenüber dem Kläger oblagen, deren Verletzung ihn zum Schadensersatz verpflichtet.

2.) Der Vortrag des Beklagten in der Revisionsinstanz ist nicht geeignet, diese Annahme zu entkräften.

a) Es ist für die hier zu entscheidende Frage ohne Bedeutung, ob der Beklagte dem Kläger zugesichert hat, er werde ihm bei der Grundstücksbeschaffung behilflich sein, wenn sich eine Gelegenheit dazu biete. Daraus könnte zu Gunsten des Beklagten nur entnommen werden, daß er nicht verpflichtet war, sich um ein Grundstück zu bemühen. Das entspricht auch der Meinung des Oberlandesgerichts. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Beklagte keine rechtliche Bindung eingehen sollte, wenn er die Grundstücksbeschaffung tatsächlich in die Hand nahm.

b) Das Berufungsgericht hat mit Recht die Auffassung vertreten, daß bei Würdigung der vom Beklagten ausdrücklich oder konkludent abgegebenen Erklärungen nicht sein innerer Wille, sondern nur der nach außen in Erscheinung getretene zu beachten ist. Deshalb ist es unerheblich, welche Absicht er verfolgte, wenn er sie dem Kläger nicht zu erkennen gab. Dieser mußte jedenfalls nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts davon ausgehen, daß der Beklagte das Grundstück für ihn erwerben sollte und wollte und daß er seine Gesellschaft nur einschaltete, um den Zugriff anderer Interessenten zu verhindern. Deshalb ist es rechtlich bedeutungslos, daß die A. [REDACTED] und der Beklagte, wie sie behauptet haben, den Vertrag mit der Verkäuferin nur in eigenem Interesse und nicht für Rechnung des Klägers abschließen wollten.

c) Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet war, für den Kläger unentgeltlich tätig zu werden (vgl. insoweit § 354 HGB). Darauf kommt es in diesem Zusammenhang auch nicht an. Denn es ist nicht zu erkennen, warum eine etwaige Unentgeltlichkeit gegen

die Annahme sprechen soll, der Beklagte habe dem Kläger gegenüber bei der Durchführung des Auftrags Treuepflichten zu wahren gehabt. Das hätte vielmehr der gesetzlichen Regelung in den §§ 662, 276 BGB entsprochen.

d) Der Beklagte meint, der Kläger habe erkennen müssen, daß der Beklagte als Kaufmann nicht für sich oder seine Gesellschaft das Risiko eines Vertrags mit der Verkäuferin habe übernehmen und auf die Möglichkeit eines Gewinns aus einem günstigen Grundstückskauf verzichten wollen.

Das geht jedoch fehl. Gewiß hätte der Beklagte die Möglichkeit gehabt, das Grundstück für sich zu erwerben und an den Kläger mit Gewinn weiterzuverkaufen. Voraussetzung dafür wäre aber gewesen, daß er diesem, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, zu erkennen gegeben hätte, er werde den Verkauf als Eigengeschäft und nicht auf Grund des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags vornehmen. Das hat er unstreitig nicht getan, den Kläger vielmehr in dem Glauben gehalten, er handle in seinem Interesse. Deshalb kommt es darauf, ob der Beklagte in der späteren Entwicklung der Dinge etwa ein Risiko übernommen hat, nicht an. Auch wenn dem Kläger das erkennbar gewesen sein sollte, konnte er es nicht als eine Erklärung des Beklagten auffassen, er wolle sich von der übernommenen rechtlichen Bindung lösen.

Im übrigen hat der Beklagte auch nicht dargetan, daß er mit dem Erwerb des Grundstücks durch die A [REDACTED] überhaupt ein Risiko eingegangen ist. Die von ihm bezahlten 8.500 US\$ hat der Kläger unstreitig bereits am 23. März 1962, also noch vor der Beurkundung des Kaufvertrags zwischen der Eigentümerin und der A [REDACTED], an diese überwiesen. Wenn der Beklagte weiter vorträgt, daß er Gefahr

gelaufen sei, auf dem Grundstück "sitzen zu bleiben", so setzt er sich damit in Widerspruch zu seinem eigenen Vortrag, wonach es für etwa 835.000 DM, also fast das Dreifache des zwischen der Eigentümerin und der A [REDACTED] vereinbarten Kaufpreises hätte weiterveräußert werden können.

Unter diesen Umständen ist es auch unerheblich, daß sich der Kläger erst im Juni 1962 bindend verpflichtet hat, das Grundstück zu übernehmen. Das gleiche gilt für die Mitteilung in dem Schreiben des Direktors G [REDACTED] vom 5. Juni 1962, der Kläger werde in keiner Weise "präjudiziert".

2.) Der Beklagte meint, dem Kläger sei kein Schaden entstanden, weil das Grundstück den von der A [REDACTED] geforderten Preis wert gewesen sei, ja sogar noch mit einem Gewinn von 35.000 DM hätte weiterverkauft werden können.

Das liegt jedoch neben der Sache. Denn der dem Kläger entstandene Schaden besteht nicht (nur) in einem etwaigen Minderwert des Grundstücks, sondern darin, daß er durch das Verhalten des Beklagten veranlaßt worden ist, einen den Einstandspreis weit überschreitenden Betrag zu bezahlen, obwohl er nach dem Dargelegten einen Anspruch darauf hatte, es zum Einstandspreis zu erwerben. Wegen schuldhafter Verletzung der Verpflichtung, ihm das Grundstück zum Einstandspreis zu überlassen, ist der Beklagte daher, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt (BU S. 21), gemäß § 276 BGB in Höhe des Zwischengewinns schadensersatzpflichtig.

3.) Die von dem Berufungsgericht aufgestellte Berechnung des Schadensersatzanspruchs des Klägers läßt keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen.

Der Beklagte hat vorgetragen, daß er, wenn er schon verpflichtet sei, dem Kläger das Grundstück zum Einstandspreis zu überlassen, jedenfalls eine Vermittlungsprovision von 10 % beanspruchen könne, die von dem Schadensbetrag abzusetzen sei.

Das Berufungsgericht hat es offen gelassen, ob dem Beklagten bei vertragstreuer Abwicklung des Geschäfts eine solche Provision zugestanden hätte, da er diese jedenfalls nach § 654 BGB verwirkt hätte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die von dem Beklagten erst in der mündlichen Verhandlung hierzu vorgebrachten Rügen überhaupt noch berücksichtigt werden können, da der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts beizutreten ist.

Der Beklagte war nach der rechtsfehlerfreien Auffassung des Berufungsgerichts wie ein Makler für den Kläger tätig. Ein solcher hat nach § 654 BGB seinen Provisionsanspruch verwirkt, wenn er dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig geworden ist. In der Rechtsprechung ist jedoch der allgemeine Rechtsgedanke entwickelt worden, daß der Makler über den in § 654 BGB aufgestellten Sachverhalt hinaus in jedem Falle eines treuwidrigen Verhaltens, das auf Vorsatz oder grober Leichtfertigkeit beruht, seinen Provisionsanspruch verwirkt (BGHZ 36, 323 mit weiteren Nachweisen). Im vorliegenden Falle beruhte nach dem gegebenen Sachverhalt das Verhalten des Beklagten zumindest auf einer groben Leichtfertigkeit. Das Berufungsgericht hat daher rechtsfehlerfrei einen etwaigen Provisionsanspruch des Beklagten als verwirkt angesehen.

4.) Die Revision des Beklagten ist somit als ungegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke