

BUNDESGERICHTSHOF

2041 076

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 83/64

URTEIL

Verkündet am

28. September 1965

Kriegl

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Kauffrau Maria E [REDACTED] in D [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED]
2. des Geschäftsführers Rudolf E [REDACTED], D [REDACTED] K [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, zu 1) auch Wider-
klägerin, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den F [REDACTED] S [REDACTED] e.V. in D [REDACTED], G [REDACTED] Strasse [REDACTED], vertreten durch seinen Vorstand,

1. den Verwaltungsangestellten Bruno N [REDACTED] in D [REDACTED], K [REDACTED] strasse [REDACTED],
2. den Fernmeldeinspektor Rudolf S [REDACTED] in D [REDACTED] [REDACTED], G [REDACTED] Strasse [REDACTED],
3. den Boten Erich S [REDACTED] in D [REDACTED], F [REDACTED] strasse [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Beru-
fungsbeklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels und der Bundesrichter Hanebeck, Dr. Hauß, Heinrich Meyer und Dr. Nüßgens

für Recht erkannt:

Soweit die Beklagte zu 1) durch das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts in Düsseldorf vom 28. Juni 1962 verurteilt worden ist, als Gesamtschuldnerin mit dem Beklagten zu 2) an den Kläger mehr als 5 100 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 11. April 1961 zu zahlen, wird auf ihre Revision das ihre Berufung zurückweisende Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 18. März 1964 aufgehoben, dies zugleich insoweit, als der Beklagten zu 1) mehr als 10/11 der Kosten des Berufungsverfahrens und mehr als 8/9 der Kosten des landgerichtlichen Verfahrens auferlegt worden sind. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

im übrigen wird die Revision beider Beklagten zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben die Beklagten als Gesamtschuldner 5/11 zu tragen, die Beklagte zu 1) weitere 5/11 und der Beklagte zu 2) weitere 1/22; die Entscheidung über die übrigen Kosten des Revisionsverfahrens bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der klagende Siedlungsverein suchte im Jahre 1960 Bauland zur Errichtung von Eigenheimen für seine Mitglieder. Er kam über die Erstbeklagte als Inhaberin und den Zweitbeklagten, deren Ehemann, als Geschäftsführer der "Firma" Baufinanz E. [REDACTED] mit Frau Sc. [REDACTED] in Verbindung, welche die Erstbeklagte mit dem Verkauf ihres in K. [REDACTED] belegenen Grundbesitzes beauftragt hatte. Der Kläger machte der Frau Sc. [REDACTED] zu notariellem Protokoll vom 14. Juni 1960 (Urkundenrolle Nr. [REDACTED] / 1960 des Notars J. [REDACTED] in H. [REDACTED] ein Kaufangebot zum Preise von 185.925 DM, wobei der Kläger als Käufer die Vermittlerprovision in Höhe von 3% tragen sollte. Der Kläger leistete auf das Konto der Erstbeklagten bei der Bank für Gemeinwirtschaft eine Anzahlung von 6.000 DM und erhielt eine vom Zweitbeklagten unterschriebene Empfangsbescheinigung vom 14. Juni 1960 mit der Bestätigung, daß der Betrag "als Anzahlung für den Grundstückskauf in K. [REDACTED] eingezahlt wurde. Zur Annahme des Kaufangebotes ist es nicht gekommen.

Der Kläger verlangt die 6.000 DM nebst 14% Zinsen seit dem 14. Juni 1960 von den Beklagten als Gesamtschuldnern zurück. Er hat vorgebracht, der Zweitbeklagte habe erklärt, das notarielle Angebot könne nur abgegeben werden, wenn 6.000 DM als Anzahlung auf den Grundstückspreis eingezahlt würden, und sogar behauptet, er sei, um den Kaufabschluß zu retten, bereits mit den 6.000 DM in Vorlage getreten. Frau Sc. [REDACTED] habe jedoch nie eine Vorausbezahlung auf den Kaufpreis verlangt. Er, der Kläger, würde die Zahlung nicht geleistet haben, wenn er vom Zweitbeklagten nicht arglistig getäuscht worden wäre und gewußt hätte, daß das Konto der Erstbeklagten gehörte. Der Betrag müsse ihm auch schon darum

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



zurückgezahlt werden, weil der Kaufvertrag nicht zustande gekommen sei.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie haben auf das Klagevorbringen erwidert, die Anzahlung habe für die Deckung der Nebenkosten, insbesondere der Maklergebühren, dienen sollen. Der Sohn der Frau Sc[REDACTED] habe in deren Vollmacht die Anzahlung verlangt und die Erstbeklagte berechtigt, über sie zu verfügen. Der Betrag sei vom Zweitbeklagten mit dem Einverständnis der Erstbeklagten abgehoben und sodann verbraucht worden.

Die Erstbeklagte hat weiter eingewendet, die Klageforderung sei durch Aufrechnung erloschen.

Dazu hat sie vorgebracht, sie habe zunächst einmal einen Provisionsanspruch gegen den Kläger in Höhe von mindestens 8.920 DM erlangt. Auf einen Auftrag des Klägers zur Beschaffung der Fremdmittel habe sie es nämlich durch ihre Vermittlung bewirkt, daß ihm von der Westdeutschen Bodenkreditbank in K[REDACTED] eine Hypothek von 560.000 DM und von der Neuen Heimstatt in M[REDACTED] ein Annuitätshilfedarlehen von 332.000 DM zugesagt worden sei. Durch ihre Vermittlung sei dem Kläger ferner ein Ankaufskredit von der Deutschen Bau- und Bodenbank in B[REDACTED] über 186.000 DM zugesagt worden, wofür sie eine Maklerprovision von 5.580 DM beanspruchen könne, die gleichfalls zur Aufrechnung gestellt werde. Einen Anspruch auf Zahlung weiterer 2.240 DM hat die Erstbeklagte sodann darauf gestützt, daß sie im Auftrage des Klägers für Bauinteressenten Baugesuche bearbeitet habe. Die Erstbeklagte hat endlich vorgetragen, für die Grundstücksvermittlung habe sie einen Maklerlohn in Höhe von 5.577,75 DM verdient. Das notarielle Kaufangebot sei in seiner praktischen Bedeutung einem vollzogenen Vertrag gleichzusetzen, da Frau Sc[REDACTED]

zur Annahme des Angebotes habe verpflichtet sein sollen, wenn und sobald der Kaufpreis beim Notar hinterlegt wurde. Allerdings habe der Kläger den Kaufpreis nicht hinterlegt. Er habe den Beklagten aber vorgespiegelt, daß ein Eigenkapital von 205.150 DM vorhanden sei. Ein solches habe der Kläger auch nicht annähernd zur Verfügung gehabt. Daß es nicht zur Durchführung des Bauvorhabens gekommen sei, habe der Kläger zu vertreten. Zumindest könne die Erstbeklagte daher als Vertrauensinteresse ihre Aufwendungen ersetzt verlangen. Diese überstiegen bezüglich der Grundstücks- und Finanzierungsvermittlung den Betrag von 6.000 DM. Ihr Gesamtaufwand errechne sich auf 8.096,40 DM.

Im Wege der Widerklage hat die Erstbeklagte im ersten Rechtszuge den die Klageforderung von 6.000 DM übersteigenden Betrag ihrer ersterwähnten Provisionsforderung von 8.920 DM geltend gemacht und Zahlung von 2.920 DM nebst 4% Zinsen seit dem 1. März 1961 gefordert.

Der Kläger hat bestritten, daß über die Beschaffung von Darlehen ein Maklervertrag mit der Erstbeklagten zustande gekommen sei und daß er sie mit der Bearbeitung von Baugesuchen beauftragt habe. Über den Grundstückskauf habe gleichfalls kein Maklervertrag unter den Parteien bestanden. Es treffe auch nicht zu, daß er die Beklagten über seine finanzielle Leistungsfähigkeit getäuscht habe; diese hätten gewußt, daß er über keine wesentlichen Mittel verfügt habe, und sich gerade deshalb um Fremdmittel bemüht.

Das Landgericht hat der Klage entsprochen und die Widerklage abgewiesen.

Im Berufungsverfahren hat die Erstbeklagte die Widerklage um das Verlangen nach Zahlung von 2.240 DM nebst Pro-

zeßzinsen für die Bearbeitung von Baugesuchen erweitert.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Erstbeklagte auch mit der erweiterten Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision erstreben die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage und die Verurteilung des Klägers nach dem im Berufungsverfahren erweiterten Antrag der Widerklage.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision greift das Berufungsurteil vorab wegen vermeintlich wesentlicher Verfahrensmängel an. Ihre Rügen sind unbegründet.

1. Daß die Sitzungsprotokolle über die im Berufungsverfahren vorgenommene Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter keinen Vermerk darüber enthalten, ob die Öffentlichkeit zugelassen war, kann den Bestand des Berufungsurteils nicht infrage stellen. Das Urteil ist auf Grund der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat des Berufungsgerichts vom 19. Februar 1964 ergangen. Diese Verhandlung war eine öffentliche. Ein Verstoß gegen § 551 Ziff. 6 ZPO liegt entgegen der Annahme der Revision daher nicht vor.

2. Die Revision beanstandet, daß der Einzelrichter am 11. September 1963 beschlossen hat, die Vorstandsmitglieder N [REDACTED], St [REDACTED] und S [REDACTED] des klagenden Vereins gemäß § 448 ZPO zu vernehmen. Hierin liege ein Verstoß gegen § 128

ZPO, weil keine mündliche Verhandlung vor dem Einzelrichter vorhergegangen sei und die Parteien sich mit dem Erlaß des Beschlusses im schriftlichen Verfahren nicht einverstanden erklärt hätten. Auch sei es zweifelhaft, ob eine Parteivernehmung nach § 448 ZPO überhaupt von einem Einzelrichter beschlossen werden könne.

Hierzu ist festzustellen, daß bereits auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13. Februar 1963 durch den Beweisbeschluß des Senats vom gleichen Tage die Parteivernehmung des Vorstandsmitgliedes St. [REDACTED] durch den Berichterstatter, der zugleich zum Einzelrichter bestellt wurde, angeordnet worden war. Es ist nur eine nach § 360 ZPO statt- hafte Ergänzung dieses Beweisbeschlusses gewesen, soweit der Einzelrichter bei seinem Beschluß in das Beweisthema einige damit im Zusammenhang stehende Punkte einbezogen hat. S. [REDACTED] ist wegen Erkrankung unvernommen geblieben. Nachdem N. [REDACTED] am 23. September 1963 vernommen worden war, hat der Pro- zeßbevollmächtigte der Beklagten, der bei den Vernehmungen von N. [REDACTED] und St. [REDACTED] selbst Fragen zum Beweisthema an diese gerichtet und sich nur gegen ihre Beeidigung ausge- sprochen hat, mit Schriftsatz vom 25. September 1963 erklärt, er habe der Vernehmung der Vorstandsmitglieder des Klägers widersprochen und widerspreche ihr weiterhin, weil er die Voraussetzungen verneine, unter denen gemäß § 448 ZPO eine Parteivernehmung des Klägers zulässig sei. In diesem Sinne hatte er vor Erlaß des Beweisbeschlusses des Senats vom 13. Februar 1963 auch schon mit Schriftsatz vom 8. Februar 1963 der vom Kläger beantragten Vernehmung von St. [REDACTED] und S. [REDACTED] widersprochen. Es ist nun aber etwas anderes, ob ein Beweisbeschluß ohne vorherige mündliche Verhandlung ergehen kann oder ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach § 448 ZPO eine Partei von Amts wegen vernommen

werden kann. Der Widerspruch des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten hat sich nur auf das Letztere bezogen. Es war Sache des Berufungsgerichts, in Ausübung des ihm durch § 448 ZPO eingeräumten Ermessens darüber zu befinden, ob die Vorstandsmitglieder des Klägers als Partei zu vernehmen waren oder nicht und ob die von dem Einzelrichter vorgenommene Vernehmung, soweit sie nicht schon auf dem eigenen Beweisbeschluß des Senats und seiner Ergänzung durch den Einzelrichter beruhte, bei der Urteilsfindung verwertet werden konnte oder unberücksichtigt bleiben mußte. In Billigung der Vernehmung hat der Senat seine Sachentscheidung mit auf die Aussagen der Vorstandsmitglieder gestützt. Die Revision hat nicht gerügt, daß der Senat des Berufungsgerichts hierdurch gegen § 448 ZPO verstoßen hätte. Was dagegen den Verfahrensverstoß betrifft, den die Revision darin erblickt, daß der Beschluß vom 11. September 1963 ohne vorherige mündliche Verhandlung vor dem Einzelrichter ergangen ist, so kann dies von den Beklagten nicht mehr beanstandet werden, weil sie es in der nächsten mündlichen Verhandlung, der Schlußverhandlung vor dem Senat vom 19. Februar 1964, nicht gerügt haben (§ 295 ZPO).

II. Das Berufungsgericht hat den Klageanspruch gegenüber dem Zweitbeklagten nach § 826 BGB für begründet gehalten. Es hat als erwiesen angesehen, daß der Zweitbeklagte den Kläger dadurch zur Zahlung der 6.000 DM veranlaßt hat, daß er erklärte, der Betrag müsse der Frau Sc [REDACTED] sofort zur Verfügung gestellt werden, weil sie sonst die Grundstücke anderweitig verkaufe und das Land für den Kläger verloren gehe; Frau Sc [REDACTED] verlange dringend das Geld als Anzahlung auf das Grundstück. Diese Erklärungen haben, wie das Berufungsgericht feststellt, der Wahrheit nicht entsprochen; we-

der Frau Sc[REDACTED] noch ihr Sohn haben eine Vorauszahlung auf das Grundstück verlangt. Das Berufungsgericht hält für widerlegt, daß der Zweitbeklagte die 6.000 DM für Provision und Unkosten gefordert habe; der Betrag sei vielmehr als Anzahlung auf den Kaufpreis verlangt und gezahlt worden. Der Zweitbeklagte habe gewußt, daß der Kläger auf Provision und Nebenkosten der Erstbeklagten keine Zahlung leisten würde. Er habe in unlauterer Weise den Kläger durch seine wahrheitswidrigen Erklärungen getäuscht und in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich geschädigt.

Diese Beurteilung ist sachlich-rechtlich nicht zu beanstanden und kann auch durch die verfahrensrechtlichen Rügen, mit denen die Revision die tatrichterliche Beweiswürdigung des Berufungsgerichts bekämpft, nicht erschüttert werden.

Die Revision weist darauf hin, daß in dem notariell beurkundeten Vertragsangebot des Klägers die Frage der Kaufpreiszahlung geregelt, von einer Vorleistung auf den Kaufpreis jedoch nichts gesagt worden ist. Obwohl sich das Berufungsgericht mit diesem Umstand nicht ausdrücklich befaßt hat, hat es ihn jedoch nicht übersehen. Das zeigt sich darin, daß es hervorgehoben hat, der beurkundende Notar J[REDACTED] habe als Zeuge nicht mehr sagen können, ob die 6.000 DM eine Anzahlung auf den Kaufpreis oder eine Zahlung für Unkosten oder Provision habe sein sollen. Zweifel sieht das Berufungsgericht in dieser Hinsicht aber als ausgeräumt an. Nicht nur habe der Notar nach seinen Bekundungen den Vorstandsmitgliedern damals auseinandergesetzt, daß ein Provisionsanspruch im allgemeinen erst mit der Beurkundung des Kaufvertrages fällig werde, vielmehr habe die eigene Empfangsbescheinigung der Beklagten vom 14. Juni 1960 wie auch ihr Schreiben an den Kläger vom 16. Mai 1961 selbst die 6.000 DM als "Anzahlung für den Grundstückskauf" bezeichnet, womit klar gesagt worden sei, daß es sich um eine Anzahlung auf den Kaufpreis gehandelt habe.

Die Revision will nicht gelten lassen, daß sich dies mit Klarheit aus der Empfangsbescheinigung ergeben habe. Diese Feststellung ihres Sinnes ist rechtlich jedoch nicht zu beanstanden; sie findet obendrein darin ihre Bestätigung, daß die Erstbeklagte in dem Schreiben vom 16. Mai 1961 erklärt hat, die "Anzahlung für das Grundstück" sei "von dem Grundeigentümer freigegeben" worden. Nicht mit Unrecht konnte das Berufungsgericht mit diesen Worten eingeräumt sehen, daß der Zweitbeklagte die 6.000 DM als Kaufpreisanzahlung für die Verkäuferin verlangt hatte. Was die angeblich nachträgliche Freigabe des Betrages durch die Verkäuferin betrifft, so war sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vorgespiegelt.

Das Berufungsgericht hat nicht unbeachtet gelassen, daß die 6.000 DM auf das Konto der Erstbeklagten bei der Bank für Gemeinwirtschaft gezahlt worden sind und der Zweitbeklagte die Empfangsbescheinigung für die "Baufinanz E [REDACTED]" ausgestellt hat. Hieraus mußte das Berufungsgericht auch nicht etwa schließen, daß die Zahlung nicht als Vorleistung auf den Kaufpreis gewollt gewesen sein könne. Es hat sich auf die Aussage von N [REDACTED] bezogen, der bekundet hat, der Zweitbeklagte habe die Nummer des Kontos als das der Verkäuferin Sc [REDACTED] angegeben. Der Revision kann nicht zugegeben werden, daß das Berufungsgericht diese Aussage mißverstanden habe oder daß es ihretwegen Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit von N [REDACTED] hätte hegen müssen.

Unbegründet ist endlich die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Bedeutung des Rundschreibens des Klägers an seine Mitglieder vom 27. Juli 1960 und seines Schreibens an A [REDACTED] vom 2. September 1960 verkannt, mit denen der Kläger im ersten Schreiben "zur Deckung der Nebenkosten beim Grundstückskauf" und in dem zweiten Schreiben "zur An-

zahlung für das Grundstück bzw. zur Deckung der Nebenkosten" eine Anzahlung von 800 DM unter Hinweis darauf gefordert hat, daß der ursprünglich festgesetzte Betrag von 300, DM, wie die Berechnung der Höhe der für den Grundstückskauf anfallenden Nebenkosten ergeben habe, nicht ausreiche. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, aus diesen Schreiben könnten keine Rückschlüsse darauf gezogen werden, welche Vereinbarungen die Parteien getroffen hätten. Gegen diese Würdigung ist aus Rechtsgründen auch dann nichts zu erinnern, wenn sich das Berufungsgericht bei seiner weiteren Bemerkung, daß der Kläger die für Nebenkosten verlangten Zahlungen auch zu einer Teilzahlung auf den Kaufpreis habe verwenden können, nicht vor Augen geführt haben sollte, daß die Zahlung der 6.000 DM durch den Kläger den Schreiben zeitlich vorangegangen war.

Der Zweitbeklagte ist hiernach mit Recht zur Zahlung des Klagebetrages verurteilt worden. Seine Revision ist unbegründet.

III. Auch die Verurteilung der Erstbeklagten und die Abweisung ihrer Widerklage erweisen sich mit der nachstehend erörterten Ausnahme als gerechtfertigt.

1. Das Berufungsgericht hat die Erstbeklagte für verpflichtet erachtet, die empfangenen 6.000 DM wegen ungerechtfertigter Bereicherung herauszugeben. Daß sie nach ihrem Vorbringen über den Betrag verfügte, hatte nach Ansicht des Berufungsgerichts zur Folge, daß sie dem Kläger nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB schadenersatzpflichtig geworden ist, weil sie es sich nach § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen muß, daß der Zweitbeklagte, ihr Vertreter, gewußt hat, daß der Kläger ohne rechtlichen Grund zahlte.

Diese Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen, sie wird von der Revision auch nicht weiter angegriffen.

2. Das Berufungsgericht hat die Gegenforderungen, mit denen die Erstbeklagte aufgerechnet und die sie weitergehend mit der Widerklage geltend gemacht hat, nicht für begründet gehalten.

a) Ansprüche auf Maklerböhn für die Vermittlung einer Hypothek der Westdeutschen Bodenkreditbank, eines Annuitätshilfedarlehens der Neuen Heimstat und eines Ankaufkredits der Bau- und Bodenbank stehen der Beklagten nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu, weil bindende Zusagen von den Instituten nicht gegeben worden seien.

Dieser Auffassung tritt die Revision vergebens entgegen.

Daß die Westdeutsche Bodenkreditbank keine verbindliche Zusage gegeben hat, darin folgt das Berufungsgericht der Zeugenaussage des Bankbevollmächtigten Ste[REDACTED]. Die Revision bemängelt, daß das Berufungsgericht nicht auf das Schreiben der Bank vom 14. Oktober 1960 selbst zurückgegangen ist, auf das sich der Zeuge bezogen hat. Ersichtlich hat es das Berufungsgericht nicht für nötig gehalten, dem Schreiben weitere Erörterungen zu widmen. Hierzu brauchte es sich auch nicht veranlaßt zu sehen. Denn zutreffend hat der Zeuge aus dem Schreiben zitiert, daß sich die Bank "vorbehaltlich des endgültigen Schätzungsergebnisses" geäußert hatte. Darin entgegen der vom Berufungsgericht übernommenen Auffassung des Zeugen eine grundsätzliche Darlehenszusage zu erblicken, wäre mit den Auslegungsgrundsätzen des § 133 BGB umso weniger vereinbar gewesen, als das Schreiben mit der Bitte um Mitteilung geschlossen hat, "wie wir in der Belei-

hungsangelegenheit weiter verfahren sollen".

Daß von der Neuen Heimstatt keine verbindliche Zusage erteilt worden ist, hat das Berufungsgericht nicht lediglich den Aussagen des Zeugen O. [REDACTED], sondern insbesondere auch dem von diesem mitgeteilten Schreiben der Neuen Heimstatt an den Zweitbeklagten vom 4. Oktober 1960 entnommen. Angesichts der ausdrücklichen Erklärung in diesem Schreiben, daß die Neue Heimstatt nur vorbehaltlich abschließender Prüfung und endgültiger Entscheidung die gewünschten Bauspardarlehen in Aussicht stelle und die übliche Bescheinigung zunächst nicht abgeben könne, kann von einer fehlerhaften Auslegung des Schreibens durch das Berufungsgericht keine Rede sein. Da das Schreiben selbst Erkenntnisquelle war, hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, auf das Schreiben des Klägers an die Bau- und Bodenbank in Essen vom 10. Oktober 1960 mit seiner Bezugnahme auf das Schreiben der Neuen Heimstatt vom 4. Oktober 1960 zurückzugreifen; im Berufungsverfahren haben sich die Beklagten auf das Schreiben des Klägers vom 10. Oktober 1960 auch selbst nicht mehr bezogen.

Daß die Bau- und Bodenbank in E. [REDACTED] eine bindende Zusage gegeben habe, hat das Berufungsgericht in Würdigung der Aussagen der Zeugen L. [REDACTED] und K. [REDACTED] nicht für bewiesen gehalten. Weitere Beweise hatte die Beklagte hierfür nicht angetreten. Inwiefern das Berufungsgericht, wie die Revision rügt, gegen anerkannte Grundsätze der Beweiserhebung verstossen hätte, ist unerfindlich.

b) Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht weiter die Annahme abgelehnt, daß der Kläger das Nichtzustandekommen des Grundstückskaufs oder der Darlehensverträge verschuldet und der Beklagten wegen positiver Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig geworden sei. Das Berufungsge-

richt hat nicht lediglich für unbewiesen gehalten, daß der Kläger die Beklagten über die Höhe seines Eigenkapitals getäuscht habe; aufgrund des Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme hat es vielmehr weitergehend die Überzeugung gewonnen, daß die Beklagte die Vermögensverhältnisse des Klägers im einzelnen gekannt hat. Das übersieht die Revision, wenn sie gegen das Urteil ins Feld führt, daß eine positive Vertragsverletzung nicht nur bei einer Täuschung, sondern auch bei unzureichender Aufklärung gegeben sein könne. Das Berufungsgericht hat im einzelnen dargelegt, worauf sich seine Überzeugung gründet. Die Revision äußert Zweifel und sucht den Dingen eine andere Deutung zu geben. Sie greift damit auf den ihr verschlossenen Bereich tatrichterlicher Beweiswürdigung über. Die verfahrensrechtlich einwandfrei getroffene Feststellung des Berufungsgerichts ist für das Revisionsgericht bindend.

c) Die Revision vertritt die Ansicht, die Beklagte könne in jedem Fall aus Geschäftsbesorgung (§§ 675, 670, 612 BGB) für ihre Bemühungen um die Finanzierung des Gesamtobjektes ein angemessenes Entgelt und die Erstattung ihrer Aufwendungen beanspruchen, da sie insoweit - abseits des Maklervertrags - als Finanzberaterin des Klägers tätig geworden sei. Indessen hat die Erstbeklagte, wie sich zumal noch aus den abschließenden Hinweisen in ihrem Schriftsatz vom 13. Februar 1964 S. 9, 10 ergibt, einen solchen Anspruch im bisherigen Verlauf des Rechtsstreits weder aufrechnungsweise noch widerklagend geltend gemacht. Im Revisionsrechtzug kann er nicht mehr in den Rechtsstreit eingeführt werden.

d) Rechtliche Bedenken bestehen dagegen insoweit, als das Berufungsgericht einen Anspruch der Erstbeklagten auf

Vergütung für die Beratung von Bauinteressenten und Bearbeitung ihrer Baugesuche verneint hat.

In seinen Urteilsausführungen hat das Berufungsgericht zwischen den Bemühungen der Beklagten um das Zustandekommen des Grundstückskaufs und der Finanzierungsabkommen einerseits und der Tätigkeit bei der Bearbeitung der Baugesuche andererseits deutlich unterschieden; daß ein Makler das Risiko trägt, wenn seine Vermittlungsbemühungen nicht zu dem erstrebten Geschäftsabschluß führen, hat es ausdrücklich nicht auch auf die hier in Rede stehende Bearbeitungstätigkeit bezogen. Es hat auch nicht etwa angenommen, daß die Beklagte die Gesuche der Bauinteressenten auf Grund von Verträgen bearbeitet habe, die zwischen ihr und den Bauinteressenten selbst zustandegekommen seien. Vielmehr ist es ersichtlich der Auffassung, daß die Beklagte im Einvernehmen mit dem Kläger für diesen tätig geworden ist. Demzufolge hat es den Anspruch unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsbesorgung für den Kläger (§ 675 BGB) gewürdigt. Daß die Beklagte eine Vergütung beanspruchen könne, hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, der Kläger habe davon ausgehen können, daß die Beklagte unentgeltlich tätig werde; die Ausfüllung der Formulare sei eine einfache, wenig Zeit in Anspruch nehmende Tätigkeit gewesen; wenn die Finanzierung durchgeführt worden wäre, hätte die Beklagte erhebliche Provisionsforderungen gehabt; daran, daß sie für die hier in Rede stehende Tätigkeit noch besondere Forderungen gegen den Kläger haben solle, habe der Kläger deshalb nicht gedacht; wenn die Beklagte hierfür eine Vergütung habe verlangen wollen, hätte sie das vor dem Ausfüllen der Formulare zum Ausdruck bringen müssen.

Diese Begründung ist nicht rechtsbedenkenfrei.

Nach §§ 675, 612 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Diese Frage ist nach den gesamten objektiven Umständen, Verkehrssitte, gewöhnlicher Handlungsweise des Dienstleistenden, Stellung der Beteiligten zueinander, Umfang und Dauer der Dienste usw. zu beurteilen (vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht 15. Bearb. § 145 I 3; Palandt BGB 24. Aufl. § 612 Anm. 1); auf die persönliche Meinung eines Teiles, insbesondere dessen, dem die Dienste geleistet werden, kommt es nicht an (vgl. BGH Urteil vom 21. März 1961 mit weiteren Nachweisen - I ZR 133/59 - LM Nr. 4 zu § 612 BGB). Daß sich die Beklagte vor Beginn ihrer Tätigkeit keine Vergütung für die Bearbeitung von Baugesuchen ausbedungen hat, schließt hiernach einen Vergütungsanspruch ebenso wenig aus wie es die Entstehung eines Vergütungsanspruchs hindert, daß der Kläger nicht an einen solchen gedacht hat. Es ist zumindest zweifelhaft, ob das Berufungsgericht auch dann zu seiner Entscheidung gelangt wäre, wenn es sich dies klar gemacht hätte. Zweifel bestehen namentlich aber auch darüber, ob sich das Berufungsgericht über den Umfang und die Dauer der Dienste der Beklagten ein zutreffendes Bild gemacht hat. Die Beklagte hat behauptet, der Zweitbeklagte habe in der Zeit vom 1. September bis 31. Dezember 1960 jeden Montag und Donnerstag von 17.00 Uhr an in den Abendstunden in ihrem Büro Verhandlungen mit den Bewerbern geführt, die sich auf Zeitungsanzeigen des Klägers als Bauwillige gemeldet und von dem Kläger an sie verwiesen worden seien (Schriftsatz vom 3. April 1963). Die Beklagte hatte eine Liste überreicht, in der eine größere Anzahl solcher Bauwilliger namentlich genannt waren und unter monatlicher Aufgliederung zusammengestellt war, wieviel Stunden die Verhandlung mit den Bewerbern und die Bearbeitung ihrer Baugesuche gekostet hat; sie schließt mit 169 Bearbeitungsstunden ab. (Anl. III zu dem genannten

Schriftsatz). Die Revision bemängelt nicht mit Unrecht, daß das Berufungsgericht diesem Vorbringen nicht nachgegangen ist und von einer nur wenig Zeit in Anspruch nehmenden einfachen Formulartätigkeit gesprochen hat, ohne sich mit diesem Vorbringen auseinanderzusetzen. Mit der gegebenen Begründung läßt sich hiernach nicht aufrecht erhalten, daß der Beklagten jede Vergütung für diese Geschäftsbesorgung abgesprochen worden ist.

Während die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren behauptet hatte, sie habe für 112 Bewerber Baugesuche bearbeitet, und geltend gemacht hatte, sie könne für die Bearbeitung jedes Gesuches 20 DM verlangen, hat sie im Berufungsverfahren abweichend hiervon vorgetragen, es seien ca. 90 Bewerber gewesen, und als Vergütung für jedes Gesuch 10 DM, insgesamt also 900 DM beansprucht (Schriftsatz vom 3. April 1963). Das legt auch die Revision ihren Angriffen zugrunde.

Soweit dem Kläger gegenüber der Erstbeklagten mehr als 6.000 DM - 900 DM = 5.100 DM nebst Zinsen zugesprochen worden sind, muß das Berufungsurteil hiernach aufgehoben und die Sache wegen der Notwendigkeit weiterer tatrichterlicher

Erörterungen und Feststellungen an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Im übrigen ist dagegen auch die Revision der Erstbeklagten unbegründet.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 ZPO. Soweit die Sache zurückverwiesen worden ist, hängt die Entscheidung über die Kosten von dem Ausgang des weiteren Verfahrens vor dem Berufungsgericht ab; sie muß dem Berufungsgericht vorbehalten bleiben.

Dr. Engels

Hanebeck

Dr. Hauß

Dr. Meyenitz

Dr. Nüßgens