

BUNDESGERICHTSHOF

16

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 240/88

Verkündet am:
24. November 1989
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Herbert Karl Z [REDACTED], W [REDACTED] weg 18, W [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

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

g e g e n

Hans S [REDACTED], W [REDACTED] H [REDACTED] straße 1, N [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WII

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Hagen und die Richter Linden, Dr. Räfle, Dr. Lambert-Lang und Dr. Wenzel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 7. September 1988 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger fordert von dem Beklagten den Kaufpreis für ein Grundstück in La N[REDACTED], A[REDACTED], Spanien. Eigentümer desselben war Manfred Wetter allein oder in Gemeinschaft mit seiner Ehefrau. W[REDACTED] erteilte dem als Grundstücksmakler tätigen Kläger Verkaufsauftrag zu einem garantierten Mindesterloß von 240.000 DM und einer vereinbarten Provision in Höhe des Übererlöses. Der Kläger bevorschusste den erwarteten

Erlös durch ein Darlehen an Wetter in Höhe von 150.000 DM. Außerdem schloß er mit Wetter einen privatschriftlichen Sicherungsübereignungsvertrag über das Anwesen in Spanien. Frau Renate W. stimmte dem Verkaufsauftrag und dem Sicherungsübereignungsvertrag nachträglich zu. Die Parteien begaben sich Ende November 1984 mit dem Kaufmann K. nach La N., besichtigten das Anwesen W. und unterzeichneten über den Ankauf durch den Beklagten unter dem 30. November 1984 einen vom Kläger vorformulierten privatschriftlichen Vertrag. Über Abschluß und Auslegung dieses Vertrages als Kauf- oder bloßes Vermittlungsgeschäft streiten die Parteien.

In dem Vertragstext heißt es u.a., daß der Beklagte den Betrag des Kaufpreises von 319.000 DM nur an den Kläger zu bezahlen habe, "da dieses Haus durch Gewährung eines Darlehens sicherungsübereignet wurde".

Am 3. Dezember 1984 schrieb der Beklagte dem Kläger, daß er "den Kaufvertrag zunächst ohne weitere Gründe nicht mehr anerkenne und als nicht existent betrachte". Mit Schreiben vom 6. Dezember 1984 erteilte die Ehefrau Wetter die Zustimmung zur Sicherungsübereignung und zum Vermittlungsauftrag. In der Folge weigerte sich der Beklagte, den verlangten Kaufpreis zu zahlen.

Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung des Kaufpreises stattgegeben.

Die Berufung des Beklagten, mit der er Klageabweisung und hilfsweise (aufgrund einer Aufrechnung mit einem Scha-



densersatzanspruch in Höhe von 135.000 DM aus fehlerhafter Beratung) seine Verurteilung nur in Höhe von 184.000 DM Zug um Zug gegen Eigentumsverschaffung beantragt hat, ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Berufungsbegehren weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat die am 30. November 1984 von den Parteien unterzeichnete privatschriftliche Urkunde als Kauf verbunden mit einem Vermittlungsauftrag des Beklagten angesehen, wobei der Kläger im kaufrechtlichen Teil stellvertretend für den Verkäufer Manfred W. [REDACTED] gehandelt habe. Der Kaufpreisanspruch sei dem Kläger entweder abgetreten oder dieser sei vom Verkäufer zur Einziehung ermächtigt worden.

Der dagegen von der Revision erhobenen Rüge, das Berufungsgericht lasse nicht erkennen, daß es bei der tatrichterlichen Vertragsauslegung die Grundsätze des spanischen Rechts über die Auslegung von Verträgen ermittelt und angewendet habe, kann der Erfolg nicht versagt bleiben.

1. Auf den von den Parteien unterzeichneten Vertrag ist nach Art. 220 Abs. 1 EGBGB das vor dem 1. September 1986 geltende deutsche internationale Privatrecht weiter anzuwenden. In grundsätzlicher Übereinstimmung mit dem seither gel-

tenden Art. 27 EGBGB war seinerzeit in ständiger Rechtsprechung anerkannt, daß sich das für Verpflichtungsverträge maßgebliche Recht in erster Linie durch den ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Vertragsparteien bestimmt (Senatsurteile BGHZ 73, 391, 393; 52, 239, 240 f, jeweils m.w.N.). Bedenkenfrei entnimmt das Berufungsgericht aus der im Vertrag enthaltenen Klausel, "Käufer und Vermittler erklären diesen Vertrag nach den in Spanien geltenden Gesetzen auch ohne notarielle Beurkundung als für beide Seiten rechtsverbindlich und unwiderruflich", den Willen der Parteien, das spanische Recht als Geschäftsstatut zu vereinbaren. Das Berufungsgericht setzt sich zwar nicht ausdrücklich damit auseinander, ob die fragliche Klausel von den Parteien nur als Wahl des Formstatuts gedacht gewesen sein könnte oder sich vielleicht nur auf das Vermittlungsgeschäft beziehen sollte. Dazu war das Berufungsgericht jedoch auch nicht gehalten. Die von ihm vorgenommene Auslegung des Parteiwillens ist möglich. Sie wird gestützt durch das jedenfalls gewollte spanische Formstatut, welches hier als Indiz für die Wahl des Vertragsstatuts gesehen werden kann, die Lage des Grundstücks (vgl. RGZ 63, 18, 20 f; OLG Köln, IPRspr 1974, Nr. 15; OLG Celle RIW/AWD 1988, 137 f) und den Umstand, daß in erster Instanz von beiden Parteien erklärt worden ist, sie gingen von der Anwendung spanischen Rechts aus (vgl. BGH Urt. v. 19. März 1956, II ZR 25/55, WM 1956, 598 f; Urt. v. 30. März 1976, VI ZR 143/74, NJW 1976, 1581 f; OLG Celle, aaO, 138). Die Übergehung auslegungserheblicher Tatsachen hat keine Partei aufgezeigt, obwohl auch der Kläger in der Revisionserwiderung dem in der Berufung erstmals eingenommenen Standpunkt des Beklagten beitrifft, durch den Vertrag sei nur eine Formwahl getroffen worden.

Insbesondere kann die umfassende Rechtswahl von dem als Vermittler bezeichneten Kläger mit dem Beklagten auch wirksam vereinbart worden sein, wenn er, wovon das Berufungsgericht im übrigen ausgeht, stellvertretend für den Verkäufer gehandelt hat. Dafür, daß die Parteien etwa nachträglich die Anwendung spanischen Rechts auf die Formfrage beschränkt hätten, ist nichts vorgetragen.

Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, das spanische Kollisionsrecht nehme die Verweisung an, sind revisionsrechtlich erhebliche Bedenken nicht ersichtlich.

2. Das Berufungsgericht hat im Zusammenhang mit der Auslegung des Vertrages § 293 ZPO verletzt. Die Vorschrift ist anwendbar; denn nach deutschem internationalem Zivilprozeßrecht gilt verfahrensrechtlich die lex fori (BGHZ 78, 108, 114; BGH Urt. v. 23. Oktober 1980, III ZR 62/79, WM 1981, 189 f; Urt. v. 29. Juni 1987, II ZR 6/87, WM 1987, 1265), unbeschadet einer nach internationalem Privatrecht gebotenen Anwendung ausländischen materiellen Rechts. Nach § 293 ZPO war das Berufungsgericht gehalten, zunächst die Vorschriften des spanischen Código Civil und die einschlägige spanische Rechtspraxis von Amts wegen zu ermitteln (vgl. BGHZ 36, 348, 353; BGH Urt. v. 24. März 1987, VI ZR 112/86, NJW 1988, 648; st.Rspr.). Dazu gehörten auch die Vorschriften und Grundsätze des spanischen Rechts über die Auslegung von Verträgen, weil die Auslegungsnormen dem jeweiligen Vertragsstatut folgen (BGH Urt. v. 23. Oktober 1980, III ZR 62/79, aaO), somit hier nach dem festgestellten Parteiwillen das spanische Recht heranzuziehen war. Dem Berufungsurteil läßt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, ob

das Berufungsgericht dies erkannt hat. Hätte es rechtsirrtümlich seiner Vertragsauslegung die §§ 133, 157 BGB zugrunde gelegt, könnte das Urteil bereits wegen Verletzung der richterrechtlichen Grundsätze des deutschen internationalen Privatrechts keinen Bestand haben. Im übrigen unterliegt es zwar dem pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters, wie er sich die Kenntnis vom Inhalt des ausländischen Rechts verschafft; unterschreitet der Tatrichter aber dieses Ermessen, in dem er seiner Ermittlungspflicht nicht nachkommt, so kann dieser Fehler mit der Revision gerügt werden, wenn damit nicht in der Sache die Überprüfung des nach § 549 Abs. 1, § 562 ZPO irrevisiblen Rechts bezweckt wird (BGH Urt. v. 4. Mai 1956, VI ZR 138/54, WM 1956, 954, 956; Urt. v. 28. Mai 1971, V ZR 13/69, WM 1971, 1094 f; Urt. v. 27. April 1976, VI ZR 264/74, NJW 1976, 1588 f; Urt. v. 29. Juni 1987, II ZR 6/87, aaO; Fastrich, ZZP 97 (1984), 423 ff, 437, 440 ff). Darum brauchten die Entscheidungsgründe noch keine erschöpfenden Ausführungen des Berufungsgerichts zum ausländischen Recht zu enthalten (BGH Urt. v. 29. Juni 1987, II ZR 6/87, aaO). Die Entscheidungsgründe müssen aber, damit das Verfahren nach § 293 ZPO nachprüfbar bleibt, erkennen lassen, daß der Tatrichter sein Ermessen bei der Ermittlung des ausländischen Rechts auch tatsächlich ausgeübt hat (BGH Urt. v. 23. Oktober 1980, III ZR 70/79, IPRspr 1980 Nr. 3, S. 8; Urt. v. 5. November 1980, VIII ZR 230/79, NJW 1981, 522, 526; vgl. auch Urt. v. 24. März 1987, VI ZR 112/86, aaO). Diesen Anforderungen genügt das angefochtene Urteil nicht.

Tatbestand und Entscheidungsgründe des Urteils verschweigen, ob das Berufungsgericht für die Vertragsauslegung

spanisches Recht zugrunde legen wollte, ihm die einschlägigen Vorschriften und Grundsätze des spanischen Rechts bekannt waren oder es zur Feststellung des spanischen Rechts über die Auslegung von Verträgen, insbesondere im Hinblick auf die Vermittlung und den Abschluß von Grundstücksgeschäften mit Ausländerbeteiligung, irgendetwas unternommen hat. Die vom Berufungsgericht zur Vertragsauslegung angestellten Erwägungen erlauben desgleichen nicht den Rückschluß, daß eine verfahrensrechtlich nicht zu beanstandende Ermittlung des die Vertragsauslegung regelnden Fremdrechts unabhängig von etwaigen revisionsrechtlich nicht überprüfbaren Mängeln des Ermittlungsergebnisses stattgefunden haben muß.

Dieser Mangel des Verfahrens führt nach § 565 Abs. 4 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

3. Bei der tatrichterlichen Ermittlung des spanischen Rechts zur Auslegung des streitigen Vertrages werden nicht nur die allgemeinen Auslegungsvorschriften in Kapitel IV, Titel II, Buch 4 des Código Civil und ihre Anwendung in der spanischen Rechtspraxis zu berücksichtigen sein, sondern das Berufungsgericht wird auch alle anderen Auslegungsgesichtspunkte heranzuziehen haben, die sich aus der spanischen Gesamtrechtsordnung ergeben können. Sollte die Auslegung des Vertrages nach Ermittlung und Anwendung des spanischen Rechts zum gleichen Ergebnis führen wie die bisherige Vertragsauslegung des Berufungsgerichts, wird es auch darauf eingehen müssen, ob das spanische Recht dem Kläger die Vermittlung des Grundstücksankaufs im Auftrag des Beklagten gestattete, obwohl er bereits vom Verkäufer einen Agentur-

auftrag mit Mindestpreisgarantie und Übererlösprovision, wenn auch nach Meinung des Berufungsgerichts ohne Abschlußvollmacht, übernommen hatte. Denn bei Unzulässigkeit der Doppelvermittlung käme als Rechtsfolge auch Teil- oder Gesamtnichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Vertrages vom 30. November 1984 in Betracht, der dann gegebenenfalls weiter nachzugehen wäre.

II.

Das Berufungsgericht meint weiter, der von ihm u.a. als Verkauf im Namen Manfred W. gewertete, ohne dessen Vertretungsmacht geschlossene Vertrag vom 30. November 1984 sei am 3. Dezember 1984 durch Erklärung W. gegenüber dem Kläger geheilt worden. Auch das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Soweit das Berufungsgericht seiner Beurteilung die Feststellung zugrunde legen will, W. sei Alleineigentümer des verkauften Grundstücks gewesen, rügt die Revision gemäß § 286 ZPO zu Recht, daß die vom Beklagten dazu gegenbeweislich benannte Zeugin W. (S. 2 des Schriftsatzes vom 9. Juni 1988, GA II 413) nicht vernommen worden ist. Der Beweisantritt war ordnungsgemäß. Die Angabe der ladungsfähigen Anschrift der Zeugin folgt entgegen der Revisionserwiderung aus dem Zusatz "wie benannt" als die der mitgeteilten Anschrift des unmittelbar davor erwähnten Ehemannes.

2. Das Berufungsgericht stützt sich in zweiter Linie darauf, daß der nach seiner Ansicht ohne Vertretungsmacht vom Kläger unterzeichnete Vertrag jedenfalls deshalb geheilt worden sei, weil der vom Kläger vertretene Manfred Wetter am 3. Dezember 1984 den Kaufvertrag nach den Grundsätzen der spanischen Rechtsprechung über die Ehegattenzustimmung (consentimiento uxoris) wirksam auch für seine Ehefrau genehmigt habe, soweit diese Miteigentümerin gewesen sei. Die mit Brief vom 3. Dezember 1984 an den Kläger erklärte Abstandnahme vom "Kaufvertrag" durch den Beklagten sei daher erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, als er auch in Anbetracht einer Genehmigung der Frau Wetter nach Art. 1259 Código Civil bereits gebunden gewesen sei. Dem kann nicht in vollem Umfang gefolgt werden.

Der Senat hat nicht zu prüfen, ob das Berufungsgericht bei der Auslegung des spanischen Rechts den Umständen gerecht geworden ist, daß die bejahte Ehegattenzustimmung im Streitfall deutsche Eheleute mit Wohnsitz in der Bundesrepublik und eine im Inland abgegebene Willenserklärung betraf.

Rechtsfehlerhaft ist indes der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Frage, ob die Genehmigung des Vertragschlusses durch Manfred W. am 3. Dezember 1984 auch als für seine Ehefrau erteilt gelten könne, sei nach spanischem Recht zu beurteilen. Das ergibt sich aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit beider Ehegatten zum einen, wenn man die Möglichkeit eines consentimiento uxoris im Sinne erweiterter Schlüsselgewalt versteht und danach dem Statut der allgemeinen Ehwirkungen unterwirft, wie der Sachverständige des Berufungsgerichts in seinem Gutachten zur Diskussion stellt.

Zur Anwendung deutschen Rechts bei der Prüfung eines *consentimiento uxoris* führt jedoch auch das Vollmachtstatut. Soweit es um das Bestehen und die Erteilung, nicht lediglich um Inhalt oder Auslegung einer Vollmacht geht, hat die Rechtsprechung die Anknüpfung bisher teilweise nach dem Wirkungsland vorgenommen (BGH Urt. v. 29. November 1961, VIII ZR 146/60, JZ 1963, 167 f), bei Anscheinsvollmacht auch nach dem Entstehungs- und Wirkungsort des Rechts Scheins (BGHZ 43, 21, 27; BGH Urt. v. 17. Januar 1968, VIII ZR 260/66, WM 1968, 440), teilweise hingegen auf den Ort der Vollmachtserteilung und die Staatsangehörigkeit der Beteiligten abgestellt (BGH Urt. v. 30. Juli 1954, VI ZR 32/53, JZ 1955, 702; RG WarnRspr 1921 Nr. 9).

Sämtliche dieser Anknüpfungspunkte führen im Streitfall zum deutschen Recht. Insbesondere kann hier nicht, wie der Senat für die Vollmacht zum Verkauf eines Grundstücks entschieden hat (vgl. Urt. v. 3. Oktober 1962, V ZR 212/60, NJW 1963, 46 f), auf die *lex rei sitae* als Wirkungsstatut abgestellt werden. Denn der *consentimiento uxoris* des spanischen Rechts muß bei einer Parallelwertung im deutschen Recht als Dauervollmacht oder Dauerermächtigung aufgefaßt werden, wobei dahinstehen kann, inwieweit Rechtsgeschäft oder Rechtschein den Wirkungsgrund bilden würden. Anders als für die Anknüpfung von Einzelvollmacht, Einzelermächtigung oder Einzelgenehmigung scheidet deshalb der Rückgriff auf ein vom Einzelvorgang abhängiges Wirkungsstatut aus. Unterstellt, daß deutsche Eheleute einander rechtsgeschäftlich oder durch Rechtsschein Dauervollmacht oder Dauerermächtigung erteilen, so gelangte diese Rechtsmacht dort zur Auswirkung, wo schwerpunktmäßig von ihr Gebrauch gemacht würde. So gesehen

ist vorliegend Wirkungsstatut das deutsche Recht, weil die Eheleute W[REDACTED] ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatten. Überdies lag auch die in Rede stehende nächstliegende Einzelwirkung, die Erteilung einer Genehmigung durch den Ehegatten am 3. Dezember 1984 mit etwaiger Wirkung auch für die Ehefrau, im Inland.

Das deutsche Recht kennt eine gesetzliche oder tatsächliche Vermutung für eine Dauerermächtigung des einen Ehegatten zur mittelbaren Stellvertretung des anderen nicht, soweit die Befugnis und der Bereich der Schlüsselgewalt gemäß § 1357 BGB nicht gegeben sind. Zur Ausübung der Schlüsselgewalt gehört hingegen der Verkauf einer Immobilie, sei es auch der eines Ferienhauses im Ausland, nicht mehr. Nach dem maßgebenden deutschen Recht wirkt somit die Vertragsgenehmigung des Manfred W[REDACTED] vom 3. Dezember 1984 nicht auch für und gegen seine Ehefrau.

III.

Die Revision wendet sich mit Erfolg auch dagegen, daß das Berufungsgericht den hilfsweise aufgerechneten Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen Verletzung einer makler- oder agenturvertraglichen Hinweispflicht des Klägers auf die möglicherweise den Beklagten treffende spanische Wertzuwachssteuer nicht beschieden habe. Das Berufungsgericht will dem Beklagten, da es ihn antragsgemäß verurteilt hat, diesen Anspruch wohl aberkennen, zumal es bei Festsetzung des Streitwertes § 19 Abs. 3 GKG angewendet hat. Die Entscheidung ist aber insoweit nicht mit Gründen versehen, so daß

bereits gemäß §§ 549, 551 Nr. 7, § 565 Abs. 1 ZPO die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erfolgen muß.

Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang auch zu prüfen haben, ob die vom Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung unzulässig sein kann, weil keine Gegenseitigkeit der Forderungen besteht, wenn der Kläger nur als Einziehungsermächtigter klagt.

IV.

Die weitergehenden Rügen der Revision sind unbegründet.

1. Das Berufungsgericht hat ein Anfechtungsrecht des Beklagten in bezug auf den Vertrag vom 30. November 1984 aus dem Grunde, weil der Kläger das Grundstück als Devisengrundstück bezeichnet habe, verneint. Eine verfahrensfehlerhafte Ermittlung des spanischen Rechts ist insoweit nicht ersichtlich. Die Revisionsrüge des § 286 ZPO kann insoweit hier nicht erhoben werden (Senatsurt. v. 28. Mai 1971, V ZR 13/69, WM 1971, 1094, 1096).

2. Mit der vom Beklagten angeführten Nichtigkeit des Vertrages wegen Umgehung spanischen Steuerrechts hat sich das Berufungsgericht auseinandergesetzt. Wenn ihm dabei, wie die Revision meint, eine fehlerhafte Feststellung und Auslegung des spanischen Rechts unterlaufen sein sollte, ist dies nach § 549 Abs. 1, § 562 ZPO revisionsrechtlich unerheblich.

3. Zu Unrecht beanstandet die Revision auch, das Berufungsgericht habe die vom Beklagten erhobene Einrede, den Kaufpreis nur Zug um Zug gegen Übereignung des Grundstücks leisten zu müssen, ohne hinlängliche Ermittlung des anzuwendenden spanischen Rechts geprüft. Denn ersichtlich ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß von seiten des Verkäufers nach den spanischen Rechtsgrundsätzen von titulo und modo alles zum Eigentumsübergang auf den Beklagten Erforderliche getan worden sei, der - spätestens sobald die Bedingung des möglicherweise nach spanischem Recht in Abweichung von § 925 Abs. 2 BGB wirksam vereinbarten Eigentumsvorbehalts eintrete - ipso iure Grundstückseigentümer werde.

V.

Bei seiner anderweiten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht noch zu erwägen haben, ob das spanische Recht die Figur der Einziehungsermächtigung kennt und unter den Voraussetzungen des Streitfalls zuläßt, wenn wie bisher offen bleibt, ob der Kläger Zessionar der geltend gemachten Kaufpreisforderung ist oder aufgrund einer Einziehungsermächtigung vorgeht. Denn die Prozeßführungsbefugnis unterliegt nur in ihren prozessualen Voraussetzungen der lex fori. Die Wirksamkeit einer materiell-rechtlichen, in ihrer Wirkung nicht auf den Prozeß beschränkten, der Prozeßführungsbefugnis aber zugrundeliegenden Einziehungsermächtigung beurteilt sich dagegen wie die einer etwaigen Abtretung (dazu Soergel/Kegel, BGB 11. Aufl. 1984, vor Art. 7 EGBGB, Rdn. 444) nach dem Geschäftsstatut (vgl. Nagel, Inter-

nationales Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1984, Rdn. 282;
ähnlich Fragistas, Festschrift für Hans Lewald, 1953,
S. 481).

Hagen

Linden

Räfle

Lambert-Lang

Wenzel