

20

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 114/80

URTEIL

Verkündet am

5. März 1981
Hellmann,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Hoteliers Konrad H [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED] 1,

- Prozeßbevollmächtigter:

Beklagten und Revisionsklägers,
Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

g e g e n

die Firma F [REDACTED], F [REDACTED] O [REDACTED] und T [REDACTED]
S.A., [REDACTED] Rue du R [REDACTED], G [REDACTED] (Schweiz),
gesetzlich vertreten durch die Herren Charles F [REDACTED] und
Michel G [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter:

Klägerin und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 1981 durch die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. Oktober 1979 aufgehoben.

Die Sache wird zu erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt 162.500 DM als Teilbetrag eines Maklerlohnanspruches. Diesen Betrag hat ihr die Maklerfirma O██████ und Co. aus F██████ am 15. Januar 1974 abgetreten. Die Maklerfirma hatte dem Beklagten den Verkauf eines Hotels in Luxemburg gemäß notariellem Vertrag vom 9. Juli 1973 vermittelt. Der Beklagte hält den Maklerlohnanspruch für verwirkt. Die Maklerfirma habe

ihn zum Kauf arglistig durch falsche Angaben über die Zahl der Hotelzimmer (160 statt 116) und der Betten (216 statt 181) veranlaßt. Bei Kenntnis der wahren Sachlage hätte er vom Kauf Abstand genommen. Jedenfalls habe er Schadensersatzansprüche, weil er einerseits einen geringeren Kaufpreis durchgesetzt haben würde und weil er andererseits durch die geringere Bettenzahl Einnahmeausfälle habe.

Von der Maklerfirma hatte der Beklagte neben anderen Unterlagen ein Kurz-Exposé über das Hotel erhalten. Darin heißt es: "Ohne größere Unkosten sind die 160 Zimmer des Hauses als Büroappartements zu verkaufen oder zu vermieten". Nach Behauptung des Beklagten hat die Maklerfirma ihm und der zur Finanzierung eingeschalteten Bank außerdem auch eine andere Fassung dieser Objektbeschreibung übergeben, in welcher es heißt "erste bis fünfte Etage, 160 Zimmer, 216 Betten".

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat nach Beweisaufnahme eine arglistige Täuschung durch den Vertreter der Maklerfirma nicht als erwiesen angesehen. Es hat jedoch eine positive Forderungsverletzung bejaht. Zumindest habe die Maklerfirma fahrlässig nicht verhindert, daß die andere Fassung der Objektbeschreibung wenn auch auf Umwegen in den Besitz des Beklagten gelangt sei. Dadurch sei aber der Beklagte nicht geschädigt worden. Das Verhalten des Beklagten bei Kenntnis der wahren Sachlage könne nur hypothetisch beurteilt werden. Da die Verkäufer einer weiteren Herabsetzung des Kaufpreises nicht zugestimmt hätten, scheide die Möglichkeit aus, daß der Beklagte einen geringeren Kaufpreis durchgesetzt haben würde. Nach dem vom Berufungsgericht eingeholten Sachverständigen-gutachten habe ein Hotelbetrieb in dem gekauften Anwesen gleich mit welcher Bettenzahl keine im Vergleich zu anderen Anlageformen genügende Rentabilität versprochen. Gleichwohl habe es sich im Hinblick auf den Grundstücks- und Gebäudewert, der den Kaufpreis übersteige, um einen so günstigen Kauf gehandelt, daß ein nach wirtschaftlichen Kriterien handelnder Kaufbewerber (objektiver Dritter) dennoch gekauft haben würde.

II.

Das angefochtene Urteil kann keinen Bestand haben.

1. Die Revision rügt, die Würdigung der festgestellten Tatsachen und erhobenen Beweise durch das Berufungsgericht zu der Frage, ob der Zeuge H■■■■ als Vertreter der Maklerfirma den Beklagten getäuscht habe, sei unzulänglich. Auch seien die vom Beklagten angebotenen Beweise nicht erschöpft. Den auffälligen Umstand, daß in dem unstreitig übersandten Exposé und in dem weiteren Exposé die Zahl der Zimmer jeweils übereinstimmend mit 160 angegeben worden sei, obwohl nur 116 vermietbare Hotelzimmer vorhanden waren, habe das Berufungsgericht außer Betracht gelassen. Es sei nicht auf die Gesamtzahl irgendwelcher Zimmer, sondern auf die Hotelkapazität angekommen. Der Beweisantritt dafür, daß der Zeuge H■■■■ das andere Exposé der Bank des Beklagten übersandt habe, sei trotz Vorlage des Übersendungsschreibens übergangen worden. Auch fehle es an der nach § 286 ZPO erforderlichen Gesamtschau der festgestellten Tatsachen. Jedenfalls diese führe zu dem Ergebnis, daß die Maklerfirma dem Beklagten die tatsächliche Hotelkapazität habe bewußt und arglistig verheimlichen wollen. Die bewußte Täuschung über für den Kaufentschluß maßgebliche Eigenschaften des Kaufobjekts sei ein deutlicher Verstoß gegen die Treuepflicht des Maklers und löse die Rechtsfolge der Verwirkung aus.

2. Mit ihren Verfahrensrügen hat die Revision Erfolg.

a) Nach § 654 BGB ist der Anspruch auf Maklerlohn ausgeschlossen, wenn der Makler vertragswidrig auch für den anderen Teil tätig geworden ist. Die Rechtsprechung hat in dieser Vorschrift den Ausdruck eines allgemeinen Verwirkungsgedankens gesehen (BGHZ 36, 323, 326 ff). Da-

nach verwirkt ein Makler seinen Lohnanspruch, wenn er vorsätzlich, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahekommenden grob leichtfertigen Weise so deutlich den Interessen seines Auftraggebers zuwider gehandelt hat, daß er eines Lohnes unwürdig erscheint (ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. Urteile vom 3. Juni 1977 - IV ZR 71/76 - WM 1977, 941, 943, vom 26. Oktober 1977 - IV ZR 177/76 - WM 1978, 245 und vom 16. Oktober 1980 - IVa ZR 35/80 - NJW 1981, 280). Das für die Anwendung des Verwirkungsgedankens erforderliche außergewöhnliche Gewicht des Vertragsverstoßes sieht die Rechtsprechung dabei nicht so sehr in der objektiven Seite, nämlich den Folgen des Verstoßes und in der Bedeutung der konkret verletzten Vertragspflicht, sondern in erster Linie in dem subjektiven Tatbestand der Treupflichtverletzung.

b) Der unter Beweis gestellte Tatsachenvortrag des Beklagten läuft auf das Vorliegen einer solchen Treupflichtverletzung hinaus. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war wegen der zukünftigen Nutzung des Kaufobjekts als Hotel auch der Maklerfirma klar, daß die Zimmerzahl für den Kaufabschluß ihres Auftraggebers ausschlaggebende Bedeutung hatte. Hat der für die Beklagte handelnde Zeuge H. in dieser Hinsicht nicht nur fahrlässig Angaben unterlassen oder unrichtige Angaben nicht ausgeräumt, sondern sogar die wirkliche Hotelkapazität bewußt verheimlicht, dann hätte er den Beklagten arglistig getäuscht. Ein solches Verhalten wäre als Verwirkungsgrund anzusehen.

c) Das Berufungsgericht hat eine arglistige Täuschung durch den Zeugen H. nicht als erwiesen angesehen. Der Revision ist jedoch zuzustimmen, daß es dabei den fest-

gestellten Sachverhalt und das Beweisergebnis nicht erschöpfend gewürdigt hat und nicht allen Beweisanträgen des Beklagten nachgegangen ist.

Allerdings bedarf es für eine einwandfreie Würdigung der Sach- und Rechtslage durch das Berufungsgericht nicht eines ausdrücklichen Eingehens auf jedes einzelne Vorbringen der Partei oder jedes einzelne Beweismittel und einer ausdrücklichen Auseinandersetzung damit, wenn sich nur ergibt, daß eine sachentsprechende Beurteilung überhaupt stattgefunden hat (BGHZ 3, 162, 175). Daß aber hier alle maßgeblichen Umstände und deren Gesamtgewicht der Überzeugungsbildung durch das Berufungsgericht zugrunde gelegt worden sind, kann der Senat dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen.

Wenn auch nach Meinung des Berufungsgerichts durch die Zeugenaussage nicht erwiesen ist, daß der Zeuge H. dem Beklagten gegenüber ausdrücklich die Zimmerzahl mit 160 angegeben hat, kann doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß diese Zahl übereinstimmend in dem unstreitig übersandten und in dem anderen Exposé jeweils enthalten war. In diesem Zusammenhang kann auch der Umstand Bedeutung gewinnen, daß in der auf Veranlassung des Zeugen H. übersandten Fotokopie der Gewinn- und Verlustrechnung 1969 und 1970 der Teil des Originals nicht nur nicht mit übersandt, sondern sogar abgedeckt worden ist, der unter anderem einen Hinweis auf die vorhandenen 116 Hotelzimmer enthielt. Deshalb ist dieser Umstand nicht nur für sich, sondern im Gesamtzusammenhang zu würdigen. Das ist bislang jedenfalls nicht erkennbar geschehen. Vor allem fehlt im Berufungsurteil eine Auseinandersetzung mit dem unter Beweis gestellten Vortrag, der Zeuge H. habe das falsche

Exposé der Bank des Beklagten am 16. März, dort eingegangen am 19. März 1973 übersandt. Wenn auch das vorgelegte Übersendungsschreiben wegen seiner Absätze 3 bis 5 darauf hindeuten kann, daß darin auf das unstreitige Exposé Bezug genommen werden sollte, muß doch der Tatrichter zu diesem bislang nicht gewürdigten Indiz für sich genommen und in seiner Bedeutung für die Gesamtschau aller Indizien Stellung nehmen. Daß der für diesen Punkt von dem Beklagten benannte Zeuge We [REDACTED] im Lauf des Revisionsverfahrens verstorben ist, hat keine Bedeutung. Der Beklagte kann von der Möglichkeit Gebrauch machen, ein anderes Beweismittel zu benennen.

III.

Die dargelegten Mängel müssen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache führen. Auf die weiter von der Revision und in der Revisionserwiderung geltend gemachten Gesichtspunkte kommt es daher nicht an.

Für das weitere Verfahren wird das Berufungsgericht folgende Gesichtspunkte nicht außer Acht lassen dürfen:

1. Die Klägerin meint, der Beklagte habe sich durch sein Verhalten anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages etwaiger Rechte begeben. Es ist eine Frage des Einzelfalles, ob der Anfechtungsberechtigte einen Anspruch anerkennt und damit gleichzeitig auf seine Gegenrechte verzichtet, wenn er in Kenntnis der Anfechtbarkeit und der Arglist das Bestehen eines Anspruchs stillschweigend

oder sogar ausdrücklich bestätigt (vgl. BGH Urteil vom 28. April 1971 - VII ZR 258/69 - LM BGB § 123 Nr. 42 Bl. 5 = NJW 1971, 1795, 1800; Soergel/Hefermehl 11. Aufl. § 144 Rdn. 6; Erman/Westermann 6. Aufl. § 144 Rdn. 5; Staudinger/Dilcher 12. Aufl. § 144 Rdn. 10). Dem dahingehenden unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 7. Mai 1975 Seite 5 ist das Berufungsgericht bislang nicht nachgegangen.

2. Wenn das Berufungsgericht bei seiner erneuten Entscheidung wiederum dazu kommt, daß die Frage nach dem Vorliegen einer positiven Forderungsverletzung entscheidungserheblich ist, wird es sich mit den Erwägungen auseinandersetzen müssen, die in der Revisionserwiderung dazu im Hinblick auf eine etwaige Überspannung der Anforderungen angestellt worden sind. Der Umfang der dem Makler obliegenden Vertragspflichten ergibt sich jeweils aus dem Einzelfall und den ihm zugrundeliegenden Vereinbarungen (BGH Urteil vom 10. Oktober 1973 - IV ZR 144/72 - WM 1973, 1382, 1383).

3. Falls das Berufungsgericht die Verletzung einer Aufklärungspflicht bejaht, wird es nicht nur auf die in der Revisionserwiderung in den Vordergrund gestellte Frage eines etwaigen Mitverschuldens des Beklagten einzugehen haben, sondern sich insbesondere mit den Bedenken der Revision gegen seine hypothetischen Erwägungen zum Schadenseintritt auseinandersetzen müssen.

Die Revision bezeichnet es als "schon im Ansatz verfehlt", daß das Berufungsgericht an die Stelle des maßgeblichen Beklagten einen objektiven Dritten setzen

will und dessen hypothetische Entscheidung bei der Frage nach der Entstehung eines Schadens dem Beklagten zurechnen will. Immerhin mag dieser Gedanke ein Hilfsmittel sein, wenn genauere Tatsachen nicht festgestellt werden können. Für ihn spricht auch, daß er zu einer umfassenden Beurteilung auch der Vorteile führen kann, die dem nicht genügend aufgeklärten Vertragspartner durch das Geschäft entstanden sind. Das aber läuft auf den Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung hinaus.

Der Bundesgerichtshof hat (Urteil vom 6. November 1967 - VIII ZR 178/66 - LM BGB § 652 Nr. 26 Bl. 4) in einem vergleichbaren Fall Feststellungen dazu für erforderlich gehalten, wie die durch eine Sorgfaltspflichtverletzung des Maklers geschädigten Eheleute bei Kenntnis der wahren Sachlage sich verhalten hätten. Erst danach sei Raum für das Beschaffen von Schätzungsunterlagen und für eine Schätzung im Sinne von § 287 ZPO. Ob demgegenüber die für einen Fall des Verschuldens bei Vertragsschluß beim Kauf in der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung (BGHZ 69, 53, 57/58) angestellten Erwägungen auf die hier angesprochene Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen eines Maklervertrages ohne weiteres übertragen werden können, mag zweifelhaft sein. In der Regel wird dem durch eine solche Pflichtverletzung Geschädigten nicht der Nachweis dafür abgeschnitten werden können, daß er bei Kenntnis der wahren Sachlage den Vertrag nicht geschlossen haben würde. Demgemäß wird in der

Rechtsprechung grundsätzlich auf den konkreten
hypothetischen Verlauf und damit auf die hypothetische
Entscheidung des Geschädigten, nicht die eines objektiven
Dritten abgestellt (BGHZ 51, 30, 33; Urteil vom
18. März 1977 - I ZR 132/75 - NJW 1977, 1538, 1539).

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs