



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

II ZR 380/99

Verkündet am:
10. September 2001
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. September 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und Kraemer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 27. Mai 1999 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte kannte seit einigen Jahren den Finanzmakler U. B., über den er auch selbst Kapital angelegt hatte. B. wollte 1994 gemeinsam mit dem Tierarzt Dr. A., Herausgeber der Zeitschrift V., Fremdgelder zur Kapitalanlage in der Schweiz sammeln. Er fragte den Beklagten, ob dieser sich vorstellen könne, dabei als Treuhänder zu fungieren. Der Beklagte bat um Bedenkzeit. Im September 1994 fuhr er mit B. und der Ehefrau des Dr. A., die für diesen handelte, in die Schweiz, um dort bei der C. (Schweiz) AG das gemeinsame Konto Nr. zu eröffnen, für das jeweils zwei der Kontoinhaber gemeinsam zeichnungsbefugt waren. Auf diesem Konto sollten die Anlagegelder in der

Schweiz gesammelt werden. Ferner erteilte Dr. A. dem Beklagten und B. Vollmacht für sein Konto Nr. bei der D. e.G..

Der Kläger unterzeichnete im November 1994 einen "Vertrag über eine Kapitalbeteiligung von 88.000,00 DM", die auf dem Konto bei der D. e.G. einzuzahlen waren und in der Schweiz "besichert durch einen Bankwechsel" zinsgünstig angelegt werden sollten. Als Treuhänder sind in dem Vertrag Dr. A., der Beklagte und B. aufgeführt. Die Vertragsurkunde ist am 23. November 1994 von Dr. A. und B. unterschrieben worden. Am 5. Dezember 1994 stellte der Kläger einen Scheck über die Vertragssumme von 88.000,00 DM aus und B. bestätigte ihm mit Schreiben vom 27. Dezember 1994 die Einzahlung mit Wertstellung zum 1. Januar 1995. Der Kläger legte dann im Februar 1996 weitere 80.000,00 DM an und überwies diesen Betrag direkt auf das Konto Nr. bei der C..

Im Sommer 1997 erfuhr der Kläger, daß seine Kapitalbeträge abhanden gekommen sind und mit einer Rückzahlung nicht mehr zu rechnen ist. Dr. A. erstellte für die Anleger einen Bericht vom 8. August 1997 und teilte mit, daß die vereinnahmten Anlagegelder auf ein Treuhandkonto der "An. S.A.", die auf den British Virgin Islands registriert sei, überwiesen wurden, von dem aus unter Einschaltung des Schweizer Rechtsanwalts H. als Treuhänder die bankgesicherte Anlage der Gelder hätte vorgenommen werden sollen. Verantwortlich für die Abwicklung sei B. gewesen; dieser sei aber auch nicht in der Lage, den Fluß des Kapitals über die zur Verfügungstellung an die "An. S.A." hinaus zu verfolgen. Tatsächlich solle B. sogar keinen Treuhänder mehr eingeschaltet haben und ihm (Dr. A.) den Abfluß des Geldes auf das Konto bei der "An. S.A." als ein treuhänderisch gesichertes fälschlich vorge spiegelt haben.

Der Kläger nimmt den Beklagten als Gesamtschuldner neben B. und Dr. A. auf Rückzahlung seiner Einlage von 168.000,00 DM und Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr in der Hauptsache uneingeschränkt stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag, die Klage abzuweisen, weiter.

Entscheidungsgründe:

A. Da der Kläger im Verhandlungstermin trotz dessen ordnungsgemäßer Bekanntgabe nicht vertreten war, ist über die Revision des Beklagten durch Versäumnisurteil zu entscheiden (§§ 557, 331 ZPO). Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 82).

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

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, zwischen B., Dr. A. und dem Beklagten habe eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestanden, deren Zweck im Sammeln von Anlagegeldern gelegen habe, um diese später samt Gewinnanteilen an die Anleger zurückzuzahlen. Die Gesellschaft sei spätestens mit der Eröffnung des Kontos Nr. bei der C. errichtet worden. Bei Abschluß der Treuhandverträge mit dem Kläger über die Anlage seiner Gelder sei der Beklagte nach § 714 BGB von B. und Dr. A. vertreten worden. Der Be-

klagte hatte daher als Gesamtschuldner neben B. und Dr. A. für die investierten Anlagebeträge. Dem kann nicht gefolgt werden.

II. Zutreffend rügt die Revision, daß die Feststellung des Berufungsgerichts, zwischen den "Treuändern" habe eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestanden, rechtsfehlerhaft ist.

1. Grundvoraussetzung für die Entstehung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages im Sinne von § 705 BGB, also die vertragliche Verpflichtung von zwei oder mehr Partnern, einen gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung oder in sonstiger, vertraglich vereinbarter Weise zu fördern. Die vertragliche Verschmelzung der Interessen zum gemeinsamen Zweck der Gesellschaft hat dabei zentrale Bedeutung. Mit der Einigung auf den gemeinsamen Zweck werden die Vorstellungen der Parteien über Grundlage und Ziel des Vertrages zum Vertragsinhalt erhoben.

2. Der Abschluß eines solchen Gesellschaftsvertrages zwischen Dr. A., B. und dem Beklagten läßt sich dem Prozeßstoff nicht entnehmen.

Die Klagepartei behauptet selber nicht, der Beklagte sowie B. und Dr. A. hätten sich zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks auf vertraglicher Basis verbunden. Sie macht geltend, mit Unterzeichnung der Kapitalbeteiligungsverträge vom 30. Juni und vom 16. November 1995 sei zwischen ihr und dem Beklagten sowie Dr. A. und B. ein Treuhandvertrag zustande gekommen. Die drei Treuhänder hätten sich dabei untereinander bevollmächtigt, jeweils auch für die anderen den Treuhandvertrag abzuschließen. Der Beklagte hat seinerseits ausdrücklich geltend gemacht, er habe auf die Frage des Zeugen B., ob er sich vorstellen könne, einmal als Treuhänder zu fungieren, um Be-

denkzeit gebeten. Er habe sich zunächst informieren wollen, für wen und wofür er eine Treuhandtätigkeit entfalten und welchen Inhalt diese haben sollte. Das sei dann bei der Fahrt in die Schweiz im Dezember 1994 geklärt worden; er habe die ordnungsgemäße Verteilung der auf das Sammelkonto bei der S. Bank zurückfließenden, für die Anleger bestimmten und an diese auszahlenden Gelder vornehmen sollen.

Schon nach dem Vorbringen der Parteien war das Berufungsgericht daher an der Feststellung gehindert, es sei zumindest bei der Fahrt in die Schweiz zwischen den "Gesellschaftern" ein gemeinsamer Zweck im Sinne des § 705 BGB vereinbart worden. Die Rede war stets nur von Treuhandaufträgen. Die Feststellung des Berufungsgerichts, es sei ein Gesellschaftsvertrag zustande gekommen, verstößt daher gegen den Beibringungsgrundsatz, wonach das Gericht seiner Entscheidung nur solche Tatsachen zugrunde legen darf, welche die Parteien vorgetragen haben (BGH, Urt. v. 28. März 1989 - VI ZR 292/88, NJW 1989, 3161, 3162).

III. Es ist nach dem bisherigen Stand des Verfahrens nicht erwiesen, daß der Beklagte auf Seiten der Zeugen B. und Dr. A. an dem Treuhandvertrag zwischen diesen und dem Kläger beteiligt war.

1. Die Verträge "über eine Kapitalbeteiligung" vom Juni und November 1995 sind von den Treuhändern B. und Dr. A. unterschrieben; der Beklagte hat sie nicht unterzeichnet.

2. Das bisherige Ergebnis der Beweisaufnahme ist nicht eindeutig und beruht, zumindest teilweise, auf einem Verfahrensfehler.

a) Nach der Aussage des von dem Landgericht vorgenommenen Zeugen B. ist der Beklagte nie in Erscheinung getreten, auch gegenüber den Anlegern nicht. Er habe lediglich die Rückabwicklung begleiten und buchhalterisch überprüfen sollen. Im einzelnen sei nur besprochen worden, daß der Beklagte zum Schluß oder bei vorzeitigen, kündigungsbedingten Auszahlungen tätig habe werden sollen.

b) Der im Parallelrechtsstreit vernommene Zeuge Dr. A., dessen Aussage im Einverständnis mit den Parteien urkundlich verwertet worden ist, hat bestätigt, er habe den Beklagten nicht gekannt und ihn auch bis zum Herbst 1997 nicht kennengelernt. Er habe lediglich gewußt, daß der Beklagte Treuhänder sein sollte. Von dessen Funktion habe er erst nachträglich durch B. erfahren.

c) Das Landgericht hat die Aussagen der beiden Zeugen dahin gewürdigt, aus ihnen lasse sich nicht die Überzeugung gewinnen, daß der Beklagte damit einverstanden gewesen sei, in den Kapitalbeteiligungsverträgen mit als Treuhänder zu erscheinen und den beiden anderen Treuhändern eine Vollmacht dahingehend zu erteilen, ihn als Treuhänder zu verpflichten. Der Zeuge B. habe äußerst ungenaue und sehr ausweichende Angaben gemacht. Er sei auffallend darum bemüht gewesen, sich nicht festzulegen und den gesamten Vorgang im Diffusen zu belassen. Das Berufungsgericht hat den Zeugen B. nicht erneut vernommen und auch eingeräumt, seine Aussage sei "insgesamt vage und unbestimmt gehalten". Gleichwohl geht es davon aus, daß sich ihr "eher" entnehmen lasse, der Beklagte sei in Kenntnis der zu tätigen Geschäfte mit diesen einverstanden gewesen. Damit hat es die Aussage des Zeugen B. und dessen Glaubwürdigkeit abweichend von dem Landgericht gewertet. Deshalb hätte das Berufungsgericht den Zeugen B. erneut anhören

müssen (BGH, Urt. v. 16. Oktober 1997 - IX ZR 10/97, BGHR ZPO § 398 Abs. 1 - Ermessen 28 m.w.N.).

IV. Eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ergibt sich aus dem bisher unterbreiteten und festgestellten Sachverhalt nicht mit der erforderlichen Sicherheit.

1. Eine Duldungsvollmacht ist gegeben, wenn ein zum Handeln in fremdem Namen nicht Befugter während einer gewissen Dauer und wiederholt für den Geschäftsführer als Vertreter aufgetreten ist, der Geschäftsführer dieses Verhalten kannte und nicht dagegen eingeschritten ist, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre (BGH, Urt. v 9. November 1989 - VII ZR 200/88, BGHR BGB § 167 - Duldungsvollmacht 1 m.w.N.), und der Geschäftsgegner seinerseits das Verhalten des Vertreters sowie dessen Duldung durch den Geschäftsherrn zur Zeit der Vornahme des Geschäfts gekannt und er diese Duldung dahin gewertet hat und nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte werten durfte, daß der als Vertreter Handelnde Vollmacht habe (MünchKomm.-Schramm, BGB 3. Aufl. § 167 Rdn. 36 m.w.N.).

Eine solche Duldungsvollmacht kann nicht von vornherein verneint werden. Der Zeuge Dr. A. konnte hierzu nichts sagen. Der Zeuge B. hat zwar bestätigt, die von dem Kläger unterzeichneten Treuhandformulare habe es zu dem Zeitpunkt, als er mit dem Beklagten in die Schweiz gefahren sei, noch nicht gegeben; der Beklagte sei auch gegenüber den Anlegern nie in Erscheinung getreten. Er hat aber weiter ausgesagt, er meine, er habe dem Beklagten den Text der Formulare "rüberg faxt"; er könne sich nicht vorstellen, daß er den Beklagten in den Vertragstext aufgenommen hätte, wenn dieser nichts davon gewußt hätte. Ob sich hieraus mit dem erforderlichen Grad von Wahr-

scheinlichkeit ergibt, der Beklagte habe den Vertragstext gekannt und gegen seine Verbreitung nichts unternommen, muß der nunmehr von dem Berufungsgericht vorzunehmenden Beweisaufnahme und deren Ergebnis vorbehalten bleiben.

2. Eine Anscheinsvollmacht liegt vor, wenn der Geschäftsgegner die den Rechtsschein einer Vollmacht begründenden und dem Vertretenen zurechenbare Umstände im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses gekannt, auf den Rechtsschein vertraut hat und dieses Vertrauen für seine geschäftliche Entscheidung ursächlich geworden ist (BGH, Urt. v. 14. März 2000 - XI ZR 55/99, BGHR BGB § 167 - Anscheinsvollmacht 9 m.w.N.). Dieser Rechtsgrundsatz greift aber in der Regel nur dann, wenn das Verhalten des einen Teils, aus dem der Geschäftsgegner auf die Bevollmächtigung eines Dritten schließen zu können glaubt, von einer gewissen Häufigkeit und Dauer ist (BGH, Urt. v. 5. März 1998 - III ZR 183/96, NJW 1998, 1854, 1855 m.w.N.). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, muß ebenfalls dem Ergebnis der Beweisaufnahme vorbehalten werden, erforderlichenfalls nach ergänzendem Sachvortrag.

V. Aus diesen Gründen ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Röhrich

Kurzwelly

Hesselberger

Kraemer

Goette