

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 246/84

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
17. April 1986
Freitag,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Gisela H [REDACTED]
Z [REDACTED], N [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

A [REDACTED] P [REDACTED] - und W [REDACTED] bank GmbH,
B [REDACTED] straße [REDACTED], K [REDACTED], vertreten durch die Geschäftsführer
Norbert Br [REDACTED], Dr. Richard J. Ke [REDACTED], Hermann Josef We [REDACTED] und
Dr. Hermann Wi [REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. April 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Boujong, Dr. Engelhardt, Dr. Werp und Dr. Rinne

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 26. September 1984 teilweise aufgehoben und das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 8. November 1983 teilweise abgeändert.

Die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vor Notarassessor Max Ei [REDACTED] als amtlich bestelltem Notariatsverweser des Notars Dr. Franz Le [REDACTED] in K [REDACTED] vom 27. August 1979 - UR-Nr. [REDACTED]/79 V - wird in Höhe von 30.000 DM nebst Zinsen für unzulässig erklärt.

Die weitergehende Klage bleibt abgewiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungszuges. Von den übrigen Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin 2/3, die Beklagte 1/3.

Von Rechts wegen

61

- 3 -

Tatbestand

Die Klägerin geriet Mitte 1978 in Konkurs. Der Konkursverwalter verkaufte drei ihr gehörige Grundstücke, um aus dem Erlös die Konkursgläubiger zu befriedigen.

Die Klägerin wollte die veräußerten Grundstücke zurück-erwerben. Auf der Suche nach Kapitalgebern nahm sie Anfang 1979 Kontakt mit den Finanzierungsvermittlern R. und D. in Düsseldorf auf. Diese brachten die Klägerin mit einem Dr. K. in Verbindung. Dr. K. vermittelte die rechtsgeschäftliche Beziehung der Klägerin zur Beklagten.

Die Klägerin wollte ein Hypothekendarlehen in Höhe von 400.000 DM aufnehmen; die Beklagte sollte dieses Darlehen lediglich zwischenfinanzieren.

Auf Antrag der Klägerin bewilligte die Beklagte einen Zwischenkredit in Höhe von 400.000 DM und überwies den Kreditbetrag auf das Anderkonto des Notars Dr. P., der rd. 380.000 DM an Konkursgläubiger der Klägerin und insgesamt 59.000 DM an die Vermittler R. und D. sowie Dr. K. überwies. Die vorgesehene endgültige Finanzierung kam nicht zustande.

Unter dem 27. August 1979 bestellte die Klägerin für die Beklagte an eigenem Grundbesitz eine Grundschuld in Höhe von 90.000 DM, übernahm zugleich die persönliche Haftung für den Eingang des Grundschuldbetrages und unterwarf sich mit ihrem gesamten Vermögen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde.



Das Konkursverfahren über das Vermögen der Klägerin wurde im Jahre 1981 beendet. Der Konkursverwalter zahlte einen Überschuß von 376.995,01 DM an die Beklagte als Abtretungsgläubigerin. Diese macht danach noch einen Schuldsaldo von 286.600,69 DM geltend. Sie trat einem zwischenzeitlich eingeleiteten Verfahren zur Zwangsversteigerung des mit der Grundschuld belasteten Grundstücks bei. Darauf hat die Klägerin die vorliegende Vollstreckungsabwehrklage erhoben.

Die Klägerin hat vorgetragen: Der Darlehensvertrag mit der Beklagten sei nicht zustande gekommen oder jedenfalls wirksam angefochten worden. Dr. K. habe sie nur durch das Versprechen zur Kreditaufnahme veranlaßt, die Umfinanzierung werde innerhalb von drei Monaten durchgeführt; dies sei aber von vornherein unmöglich gewesen. Das unredliche Verhalten des Dr. K. müsse die Beklagte sich zurechnen lassen, da Dr. K. mit ihrem Wissen als ihr Repräsentant aufgetreten sei.

Die Klägerin hat beantragt,

die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vor Notarassessor Max Ei [REDACTED] als amtlich bestelltem Notariatsverweser des Notars Dr. Franz Le [REDACTED] in K [REDACTED] vom 27.8.1979 - UR-Nr. 318/79 V - für unzulässig zu erklären.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Während des Rechtsstreits wurde die Zwangsvollstreckung abgeschlossen. Die Grundsuld der Beklagten ist erloschen; die Beklagte hat aus dem Erlös etwa 32.000 DM erhalten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin, mit der sie geltend gemacht hat, ihr stehe wegen der Täuschung durch Dr. K. gegen die Beklagte ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung auf Befreiung von ihrer Verbindlichkeit zu, hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin hat teilweise Erfolg.

I.

Die Revision beanstandet zunächst, das Berufungsgericht habe zu Unrecht unberücksichtigt gelassen, daß die Beklagte aus der Zwangsversteigerung des mit der Grundsuld belasteten Grundstücks 32.000 DM erhalten habe. Diese Beanstandung greift durch.

1. Bereits in der Berufungsbegründung vom 27. Februar 1984 hat die Klägerin vorgetragen, die Beklagte habe das durch die Grundsuld belastete Grundstück der Klägerin zur Zwangsversteigerung gebracht und hieraus 30.000 DM erlangt. Die Beklagte ist dem nicht entgegengetreten, sondern hat in

der Berufungserwiderung sogar eingeräumt, "eine Teilbefriedigung in Höhe von ca. DM 32.000,-- erlangt zu haben. Hierbei handelt es sich ersichtlich um 30.000 DM an Kapital, bei dem Rest um Zinsen und Kosten.

2. Einwendungen gegen einen titulierten Anspruch, die während des Verfahrens über eine Vollstreckungsabwehrklage - vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz - entstehen, müssen vom Schuldner in diesem Verfahren geltend gemacht werden (BGHZ 61, 25, 26; BGH, Urteil vom 6. Februar 1967 - VIII ZR 24/66 - = LM ZPO § 767 Nr. 32). Eine neue Vollstreckungsabwehrklage kann auf solche Einwendungen selbst dann nicht gestützt werden, wenn der Schuldner ohne eigenes Verschulden mangels Kenntnis nicht in der Lage war, diese Einwendungen in dem früheren Verfahren geltend zu machen (BGHZ 61, 25, 26 f.). Dies gilt auch für die Vollstreckungsabwehrklage gegen eine vollstreckbare Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Bei ihr ist zwar die Bestimmung des § 767 Abs. 2 ZPO, die die spätere Geltendmachung im Vorprozeß möglicher Einwendungen ausschließt, nicht anwendbar (§ 797 Abs. 4 ZPO). § 797 Abs. 4 ZPO regelt aber nur den Normalfall, daß gegen eine vollstreckbare Urkunde erstmalig eine Vollstreckungsabwehrklage erhoben wird. Hat bereits ein Vollstreckungsabwehrklageverfahren stattgefunden, so ist in einem späteren Verfahren auch § 767 Abs. 2 ZPO anzuwenden (BGHZ 61, 25, 28) mit der Folge, daß Einwendungen ausgeschlossen sind, die in dem früheren Verfahren (rein zeitlich-objektiv) hätten geltend gemacht werden können; auch gegenüber einer solchen Urkunde ist der Schuldner mithin (bei Strafe des Verlusts der Einwendung)

gezwungen, alle während eines Vollstreckungsabwehrklageverfahrens entstehenden Einwendungen in diesem Verfahren geltend zu machen.

3. Ob die nachträgliche Geltendmachung einer neuen, während des Vollstreckungsabwehrklageverfahrens entstandenen Einwendung eine Klageänderung darstellt und als solche nur unter den Voraussetzungen des § 263 ZPO zulässig ist, wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Diese Frage bedarf im vorliegenden Fall jedoch keiner Entscheidung. Denn eine Klageänderung wäre nach § 263 ZPO zulässig, weil die Beklagte dadurch eingewilligt hat, daß sie, ohne der Änderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat (§ 267 ZPO).

Die unwiderlegbare Vermutung einer Einwilligung in die Klageänderung (vgl. Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO 19. Aufl. § 269 Anm. I) wird durch jede sachliche Gegenerklärung in der mündlichen Verhandlung begründet. Ob der Beklagte sich der rechtlichen Natur des Vorbringens als Klageänderung bewußt war, ist unerheblich.

Die Beklagte hat zwar in der Berufungserwiderung einer Klageänderung ausdrücklich widersprochen. Dieser Widerspruch bezieht sich aber nicht auf die Geltendmachung der Teilbefriedigung, sondern auf andere Gesichtspunkte (Vollstreckung in das sonstige Vermögen der Klägerin, Teilung der Vollstreckungsklausel).

4. Die Teilbefriedigung in Höhe von 32.000 DM kann der Vollstreckungsabwehrklage allerdings nicht in vollem Umfang, sondern nur teilweise zum Erfolg verhelfen. Daraus ist aber nicht - wie die Revisionserwiderung meint - zu folgern, daß dieser Umstand nur auf einen Hilfsantrag der Klägerin zu berücksichtigen gewesen wäre.

Ein Hilfsantrag ist nur erforderlich, wenn der Kläger hilfsweise etwas anderes begehrt als mit dem Hauptantrag. In diesem Fall bedarf es eines Hilfsantrages im Hinblick auf § 308 Abs. 1 ZPO, weil das Gericht nicht befugt ist, dem Kläger etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Ist der mit dem Klageantrag geltend gemachte Anspruch teilbar, so erlaubt der auf Zusprechung der Gesamtmenge gerichtete Antrag dem Gericht auch, dem Kläger eine darin enthaltene Teilmenge zuzusprechen (Stein/Jonas/Schumann/Leipold, aaO § 308 Anm. I 3). Es handelt sich dann nicht um etwas anderes, das nicht beantragt ist, sondern um ein Weniger, das stets im Mehr enthalten ist.

Dieser Fall liegt nicht nur dann vor, wenn etwa eine Klage auf Zahlung einer Geldsumme sich nur in Höhe eines Teilbetrags als begründet erweist. Das gleiche gilt auch dann, wenn die mit einer Vollstreckungsabwehrklage geltend gemachten Einwendungen gegen einen vollstreckbar titulierten Zahlungsanspruch diesen nicht in voller Höhe vernichten. Auch in diesem Fall ist die Zwangsvollstreckung in Höhe des entsprechenden Teilbetrags für unzulässig zu erklären, ohne daß es eines ausdrücklich darauf gerichteten Hilfsantrages bedarf (vgl. schon RG JW 1904, 58 Nr. 14).

5. Die Teilbefriedigung der Beklagten im Zwangsversteigerungsverfahren hat bewirkt, daß die Beklagte aus der Urkunde vom 27. August 1979 auch in das sonstige Vermögen der Klägerin nur noch in Höhe des offen gebliebenen Restbetrages vollstrecken kann. Die Klägerin hat sich nur wegen des Grundschuldbetrages auch persönlich vollstreckbar zur Zahlung verpflichtet. Da diese persönliche Haftung aus der Urkunde auf die Grundsuld bezogen ist, muß sie entfallen, soweit der Gläubiger sich wegen der Grundsuld aus dem haftenden Grundstück befriedigt hat. Denn insoweit ist die vollstreckbare Forderung erfüllt und damit erloschen.

Unerheblich ist, daß die Grundsuld zur Sicherung einer erheblich höheren Darlehensforderung diene. Grundsuld und persönliche Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung stehen im Verhältnis zum Darlehen nicht nebeneinander, so daß etwa die Beklagte zunächst erfolgreich aus der Grundsuld und dann wegen des noch offenen Darlehensrestes nochmals in Höhe des Grundschuldbetrages aufgrund der persönlichen Haftung gegen die Klägerin vollstrecken könnte. Vielmehr bezieht die persönliche Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sich nicht unmittelbar auf die Darlehensforderung, sondern nur auf die Grundsuld. Deshalb ist sie gegenstandslos geworden, soweit das Recht aus der Grundsuld durch Befriedigung der Beklagten erfüllt ist.

II.

Im übrigen ist die Revision nicht begründet.

1. Das zwischen den Parteien vereinbarte Darlehen ist der Klägerin ausgezahlt und damit gewährt worden.

Es könnte zwar zweifelhaft sein, ob die Auszahlung schon durch die Überweisung auf das von dem Notar Dr. P. eingerichtete Anderkonto bewirkt worden ist (vgl. dazu Senatsurteil vom 7. März 1985 - III ZR 211/85 = WM 1985, 653). Dies bedarf jedoch keiner Entscheidung. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Notar die gesamte Darlehenssumme entsprechend dem Auftrag der Klägerin teils an Konkursgläubiger, teils an die Finanzierungsvermittler zum Ausgleich von Verbindlichkeiten der Klägerin ausgezahlt. Spätestens in diesem Zeitpunkt ist das Darlehen als gewährt anzusehen.

2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne keinen Anspruch auf Befreiung von ihrer Darlehensverbindlichkeit unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo geltend machen, ist allerdings nicht frei von Rechtsirrtum.

a) Das Berufungsgericht ist der Ansicht, ein Anspruch der Klägerin auf Befreiung von ihrer Verbindlichkeit setze sowohl unter dem Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung als auch unter dem der culpa in contrahendo "arglistiges oder sonst sittenwidriges Verhalten" der Beklagten voraus. Dies trifft nicht zu. Vielmehr erfordert die Haftung aus c.i.c. (wie diejenige aus positiver Vertragsverletzung) lediglich Verschulden (BGH, Urteil vom 5. April 1967 - VIII ZR 82/64 = LM BGB § 276 /Fa/ Nr. 21). Dabei stehen Vorsatz und Fahrlässigkeit einander grundsätzlich gleich.

b) Des weiteren geht das Berufungsgericht davon aus, eine Haftung der Beklagten für das Verhalten des Finanzierungsvermittlers Dr. K. setze eine "Kollusion der Beklagten" mit diesem, "ein sittenwidriges Zusammenwirken" voraus. Auch dies trifft nicht zu. Das Verhalten eines Erfüllungsgehilfen müßte die Beklagte sich im Rahmen der Haftung für culpa in contrahendo auch ohne ein solches Zusammenwirken zurechnen lassen.

3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich indes insoweit aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 563 ZPO).

a) Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, daß der Beklagten und auch Dr. K. der Klägerin gegenüber grundsätzlich keine Beratungs- und insbesondere keine Abratepflicht oblag. Nach der Rechtsprechung des Senats ist es im Regelfall nicht Sache der Bank, ihre Kunden auf Risiken des Abschlusses geplanter Geschäfte hinzuweisen; im Einzelfall

kann jedoch ein solcher Hinweis nach dem Grundsatz von Treu und Glauben geboten sein (vgl. BGHZ 72, 92, 104; Senatsurteil vom 29. Mai 1978 - III ZR 173/77 = WM 1978, 896; Senatsbeschuß vom 14. Juli 1983 - III ZR 177/82 = WM 1983, 1039). Insbesondere besteht bei Verhandlungen über den Abschluß eines Vertrages grundsätzlich die Verpflichtung, den anderen Teil über Umstände aufzuklären, die zur Vereitelung des Vertragszweckes geeignet sind und daher insbesondere auch für die Entschlieûung des anderen Teils von wesentlicher Bedeutung sein können (BGH Urteil vom 17. März 1954 - II ZR 248/53 = LM BGB § 276 /Fb/ Nr. 1; Senatsurteil vom 17. Mai 1979 - III ZR 118/77 = LM BGB § 607 Nr. 39).

Nach dem Vortrag der Klägerin hat Dr. K. ihr vor Abschluß des Vertrages mit der Beklagten, dessen Gegenstand nur eine Zwischenfinanzierung war, mitgeteilt, auch die endgültige Finanzierung ihres Vorhabens durch eine langfristige Beleihung ihrer Grundstücke sei gesichert. Dies traf nicht zu; Dr. K. verletzte daher durch diese Äußerung seine Verpflichtung, die Klägerin nicht durch unrichtige Angaben zum Abschluß des Zwischenfinanzierungsvertrages mit der Beklagten zu veranlassen (vgl. auch Senatsurteil vom 21. Mai 1981 - III ZR 139/79 = WM 1981, 869). Nach dem Gesamtzusammenhang der getroffenen Feststellungen ist auch davon auszugehen, daß die Klägerin den Vertrag mit der Beklagten nicht geschlossen hätte, wenn sie gewußt hätte, daß die endgültige Finanzierung ihres Vorhabens keineswegs gesichert war.

b) Nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Vortrag der Klägerin muß die Beklagte sich das pflichtwidrige Verhalten des Dr. K. nach § 278 BGB jedoch nicht zu-rechnen lassen.

Erfüllungsgehilfe im Sinne von § 278 BGB ist zwar, wer nach den tatsächlichen Verhältnissen des gegebenen Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeiten als seine Hilfsperson tätig wird (Senatsurteil vom 6. April 1978 - III ZR 43/76 = VersR 1978, 822 m.w.Nachw.). Der Personenkreis, für den ein Verhandlungspartner wegen culpa in contrahendo nach § 278 BGB einzustehen hat, ist im übrigen der gleiche, wie bei § 123 BGB; denn bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung handelt es sich nur um einen Sonderfall der Haftung für culpa in contrahendo (vgl. Schubert, Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluß, AcP 168, 470, 504). Zu § 123 BGB hat der Senat bereits entschieden, daß ein am Zustandekommen eines Vertrages Beteiligter dann nicht Dritter im Sinne dieser Bestimmung ist, wenn sein Verhalten dem des Anfechtungsgegners gleichzusetzen ist. Das gilt insbesondere für den vom Erklärungsempfänger beauftragten Verhandlungsführer oder Verhandlungsgehilfen. Die Eigenschaft als Dritter ist auch zu verneinen, wenn der am Zustandekommen des Geschäfts Beteiligte wegen seiner engen Beziehungen zum Erklärungsempfänger als dessen Vertrauensperson erscheint (BGHZ 33, 308, 310; 20, 36, 41). Selbst wenn der Täuschende nicht Vertreter oder Vertrauensperson des Erklärungsempfängers ist oder zu sein scheint, muß nach Billigkeitsgesichtspunkten unter Berücksichtigung der Interessenlage

beurteilt werden, ob aufgrund besonderer Umstände seine Eigenschaft als Dritter zu verneinen ist (Senatsurteile vom 6. Juli 1978 - III ZR 63/76 = WM 1978, 1154 und vom 8. Februar 1979 - III ZR 2/77 = WM 1979, 429).

Das revisionsrechtlich maßgebende (§ 561 Abs. 1 ZPO) Vorbringen der Klägerin enthält jedoch keine tatsächlichen Behauptungen, die auf eine Stellung des Dr. K. als Erfüllungsgehilfe der Beklagten schließen lassen könnten.

Im ersten Rechtszug hat die Klägerin zwar vorgetragen, Dr. K. sei mit Kenntnis der Beklagten vielfach als deren "Repräsentant" aufgetreten. Im Berufungsrechtszug hat sie dagegen zur Begründung ihrer Klage eine sittenwidrige Kollusion zwischen der Beklagten und dem nunmehr als "Vermittler" bezeichneten Dr. K. geltend gemacht und den ursprünglichen Vortrag aufgegeben. Den Vortrag der Klägerin über eine angebliche Kollusion zwischen der Beklagten und Dr. K. hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler als unsubstantiiert angesehen; auf den früheren Vortrag der Klägerin brauchte es bei dieser Sachlage nicht einzugehen, da die Klägerin selbst im Berufungsrechtszug darauf nicht mehr zurückgekommen ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 Abs. 2 ZPO. Die Kosten des Berufungsrechtszugs muß die Klägerin nach § 97 Abs. 2 ZPO voll tragen, weil sie die Zwangsversteigerung ihres Grundstücks und die Auszahlung des Erlöses in Höhe von ca. 32.000 DM an die Beklagte nicht bereits im ersten Rechtszug geltend gemacht hat, obwohl ihr dies möglich gewesen wäre.

Krohn

Boujong

Engelhardt

Werp

Rinne