

114

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 112/72

URTEIL

Verkündet am

27. Februar 1975
W e r n e r ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Versicherungskaufmanns Winfried O [REDACTED] ,
Ol [REDACTED] , St [REDACTED] weg [REDACTED] ,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Raiffeisenbank E [REDACTED] eGmbH, Ol [REDACTED] , H [REDACTED] straße [REDACTED] ,
vertreten durch ihren Vorstand,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1975 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 14. Juni 1972 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte verurteilt worden ist, mehr als 3.632,94 DM mit Zinsen an die Klägerin zu zahlen. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Kosten der Revisionsinstanz fallen zu 1/15 dem Beklagten zur Last. Im übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Bank, eine Genossenschaft, verlangt vom Beklagten, der bis März 1967 ihr Rendant und geschäftsführendes Vorstandsmitglied war, aufgrund des folgenden Sachverhalts Schadensersatz:

Die Klägerin stand in Geschäftsbeziehungen zu der "Anstalt für internationale Handels- und Beteiligungsvermittlung" in V (Li) - im folgenden: In . Diese ließ sich von Grundstückseigentümern unter der Zusage der Kreditbeschaffung Grundschulden

bestellen. Sie traf ihrerseits unter dem 2. Februar 1966 mit der inzwischen aufgelösten Peter M- R- KG eine Darlehensvereinbarung. Darin versprach letztere ihr Darlehen bis zur Gesamthöhe von 500.000 DM, von denen 430.000 DM bereits treuhänderisch über die Klägerin zur Auszahlung gelangt seien und die restlichen 70.000 DM nach Bereitstellung entsprechender Sicherheiten ausgezahlt werden sollten. In dem Vertrag ist ferner vermerkt, daß zur Absicherung der bereits ausgezahlten 430.000 DM an die M- R- KG mit Hilfe der Klägerin eine Anzahl Grundschulden in Höhe von insgesamt 620.000 DM abgetreten worden sei, die gesamtschuldnerisch für die bisherige Darlehensschuld haften sollten; auch die noch für die restlichen 70.000 DM abzutretenden Grundschulden sollten dieser gesamtschuldnerischen Haftung unterliegen.

Mit Schreiben vom 19. Dezember 1966 übersandte der damalige Student D- für Rechnung seines Onkels M- R-, des persönlich haftenden Gesellschafters der gleichnamigen Kommanditgesellschaft, der Klägerin einen Verrechnungsscheck über 50.000 DM zur Gutschrift auf sein Konto und wies sie an, von diesem Scheck zugunsten der In- nur Gebrauch zu machen, wenn gesichert sei, daß die Klägerin vier mit etwaigen Vorlasten einzeln bezeichnete Grundschulden von 10.000, 35.000, 15.000 und 25.000 DM an M- R- abtreten könne. Unter dem 21. Dezember 1966 bestätigte Notar Re- der Klägerin zu Händen des Beklagten schriftlich, daß er hinsichtlich der Grundschulden von 10.000, 35.000 und 15.000 DM (Nr. 1 bis 3) die ersten Ausfertigungen der Grundschuldbestellungen zugunsten der In- zu den Grundakten eingereicht habe und die Grundbuchämter angewiesen worden seien, der Klägerin die auszufertigenden Grundschuldbriefe direkt zu übersenden; die Abtretungserklärungen zugunsten der M- R- KG lägen ihm im Original vor und würden der



Klägerin in den nächsten Tagen übersandt werden. Zu dieser Zeit war die vierte Grundschuld von 25.000 DM bereits für die Klägerin im Grundbuch eingetragen; die Klägerin trat sie ihrerseits an die M- R KG ab.

Nachdem er das Schreiben des Notars erhalten hatte, ließ der Beklagte den Scheckbetrag von 50.000 DM dem Konto der In gutschreiben. Der Vertreter der In, Ew, hob den Betrag ab und verbrauchte ihn für sich. Bald danach wurde er verhaftet. Von den im Auftragschreiben vom 19. Dezember 1966 genannten Grundschulden wurde nur noch die Grundschuld Nr. 1 eingetragen und an M- R abgetreten. Zur Eintragung der beiden anderen Grundschulden kam es nicht, weil die Grundstückseigentümer ihre Eintragungsanträge zurücknahmen. Mit Anwaltsschreiben vom 12. April 1967 an die Klägerin kündigte M- R den Treuhandauftrag mit der Begründung, die Klägerin habe diesen dadurch verletzt, daß sie über die 50.000 DM bereits verfügt habe, obwohl die Abtretung von drei Grundschulden noch ausstehe. Er forderte die Klägerin auf, an ihn 50.000 DM mit Zinsen zu zahlen. Als die Klägerin dieser Aufforderung nicht nachkam, erwirkte er gegen sie einen Zahlungsbefehl, worauf die Klägerin 50.000 DM und einen Teil der Zinsen bezahlte; zur Zahlung weiterer Zinsen wurde sie in einem anderen Rechtsstreit verurteilt.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin vom Beklagten als Schadensersatz wegen Verletzung des Dienstvertrags die Erstattung der an M- R gezahlten 50.000 DM zuzüglich gezahlter Zinsen. Außerdem macht sie gegen den Beklagten einen weiteren Schadensersatzanspruch in Höhe von 3.632,94 DM geltend, mit dem es folgende Bewandtnis hat:

Daun war Gläubiger einer auf dem Grundstück des Kaufmanns B■■■■ lastenden Grundschuld von 35.000 DM, die abgelöst werden sollte. Er übergab dem Beklagten den Grundschuldbrief und eine Löschungsbewilligung mit der Weisung, davon erst Gebrauch zu machen, wenn gesichert sei, daß sowohl das Kapital als auch die Zinsen und Kosten in Höhe von zusammen 1.776 DM seinem Konto gutgeschrieben worden seien. Der Beklagte ließ das Konto B■■■■ mit 36.776 DM belasten und diesen Betrag dem Konto D■■■■ gutschreiben. Löschungsbewilligung und Grundschuldbrief händigte er B■■■■ aus. Als B■■■■ darauf hinwies, daß er nur einen Auftrag zur Überweisung von 35.000 DM erteilt habe, ließ der Beklagte das Konto Dauns mit 1.776 DM belasten und diesen Betrag dem Konto B■■■■ wieder gutbringen. Daraufhin forderte D■■■■ von der Klägerin Schadensersatz. In dem anschließenden Rechtsstreit wurde die Klägerin in der Berufungsinstanz verurteilt, D■■■■ die 1.776 DM zu erstatten. Ihr entstanden Prozeßkosten in Höhe von 1.856,94 DM.

Der Beklagte hat im Fall M■■■■-R■■■■ eingewandt, er habe sich in Übereinstimmung mit dem der Klägerin erteilten Auftrag für berechtigt gehalten und halten dürfen, aufgrund der notariellen Bescheinigung vom 21. Dezember 1966 den Darlehensbetrag auszuführen. Im übrigen habe sich die Klägerin die Folgen selbst zuzuschreiben, die für sie dadurch entstanden seien, daß sie es versäumt habe, die von M■■■■-R■■■■ erhobene Schadensersatzforderung mit Aussicht auf Erfolg zu bestreiten. Ein Schaden von 50.000 DM sei M■■■■-R■■■■ nämlich überhaupt nicht oder jedenfalls nicht in ursächlichem Zusammenhang mit dem beanstandeten Verhalten des Beklagten entstanden. Einmal sei die Darlehenssumme mindestens in Höhe der tatsächlich an M■■■■-R■■■■ abgetretenen Grundschulden Nr. 1 und 4 und darüber hinaus

durch die von der In[REDACTED] bereits früher abgetretenen Grundschulden gedeckt gewesen. Zum anderen hätte M[REDACTED]-R[REDACTED] die 50.000 DM auch dann verloren, wenn sie erst nach Abtretung aller vier in dem Auftragschreiben vom 19. Dezember 1966 genannten Grundschulden an die Interfinanz überwiesen worden wären. Denn er habe mangels Rechtsfähigkeit der In[REDACTED], und weil er auf betrügerische Weise zum Nachteil der Grundstückseigentümer mit D[REDACTED] und Ew[REDACTED] zusammengewirkt habe, die Grundschulden gar nicht wirksam erwerben können.

Im Falle D[REDACTED]-B[REDACTED] habe die Klägerin ihre Interessen und damit auch die des Beklagten ebenfalls nicht ausreichend wahrgenommen. Mindestens hätte sie ein Zurückbehaltungsrecht mit der Begründung geltend machen können, D[REDACTED] müsse ihr Zug um Zug gegen Erfüllung der Klageforderung seine Ansprüche gegen B[REDACTED] abtreten.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von (50.630,89 + 3.632,94 =) 54.263,83 DM stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, möchte der Beklagte die Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Soweit es um den Betrag von 50.000 DM geht, den die Klägerin als Schadensersatz an M[REDACTED]-R[REDACTED] geleistet hat, wirft das Berufungsgericht dem Beklagten vor, er habe seine Pflichten aus dem Dienstvertrag mit der Klägerin zu deren Schaden fahrlässig dadurch verletzt, daß er dem Auftragschreiben vom 19. Dezember 1966 in mehrfacher Hinsicht zuwidergehandelt habe. Einmal habe er weisungswidrig über die 50.000 DM verfügt, ohne daß gesichert gewesen sei,

daß alle vier in dem Auftragschreiben genannten Grundschulden an die Klägerin oder unmittelbar an M■■■■-R■■■■ hätten abgetreten werden können. Eine solche Sicherheit hätte nur dann bestanden, wenn nicht nur die Eintragungsanträge, sondern auch die Abtretungserklärungen beim Grundbuchamt eingereicht oder wenigstens der Klägerin übergeben gewesen wären. Nach dem Notarschreiben vom 21. Dezember 1966 sei dies bei den Grundschulden Nr. 1 bis 3 nicht der Fall gewesen. Die Erklärungen hätten sich vielmehr noch beim Notar befunden und dort jederzeit zurückgenommen werden können. Zum anderen habe der Beklagte nicht darüber hinwegsehen dürfen, daß die Vorlasten größer gewesen seien, als in dem Auftragschreiben angegeben. Bei der Grundschuld Nr. 3 habe die Vorbelastung 39.000 DM und nicht nur 36.020 DM betragen. Vor der Grundschuld Nr. 4 sei ein Altenteil eingetragen gewesen, mit dem der Auftraggeber ebenfalls nicht gerechnet habe.

Gegen diese tatsächliche und rechtliche Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Im Ergebnis zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Beklagte schon für die Folgen einer leicht fahrlässigen Verletzung seiner Pflichten als geschäftsführendes Vorstandsmitglied der Klägerin einstehen muß. Diese Haftung ergibt sich aus § 34 Abs. 2 GenG. Von einer Anwendung der arbeitsrechtlichen Grundsätze über eine Haftungsbeschränkung bei sogenannter gefahrgeneigter Arbeit kann bei dem Vertretungsorgan einer juristischen Person, das wegen Verletzung seiner normalen Vorstandspflichten in Anspruch genommen wird, keine Rede sein.

b) Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe das Verhalten des Beklagten nach einem Maßstab gemessen, den die Klägerin selbst nicht angelegt habe; auf das

Verlangen, aus der Bescheinigung des Notars hätte sich auch ergeben müssen, daß die Abtretungserklärungen bereits dem Grundbuchamt oder wenigstens der Klägerin übergeben worden seien, habe die Klägerin im späteren Verlauf des Rechtsstreits ausdrücklich verzichtet. Ein solcher Verzicht folgt aus keinem der von der Revision erwähnten Schriftsätze, wie mit Rücksicht auf Art. 1 Nr. 4 BGHEntlG nicht weiter ausgeführt wird.

c) Da hiernach schon die Tatsache, daß nach der Notarbescheinigung vom 21. Dezember 1966 die Abtretung der Grundschulden noch nicht gesichert war, den Vorwurf auftragswidriger Auszahlung des Darlehens rechtfertigt, erübrigt es sich, noch auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zu den Vorbelastungen einzugehen. Damit erledigt sich auch das Vorbringen der Revision, Daun habe entgegen den Feststellungen des Berufungsgerichts die Vorbelastung hinsichtlich der Grundschuld Nr. 4 gekannt und hätte im übrigen der Auszahlung der 50.000 DM zugestimmt, wenn der Beklagte wegen der Vorlasten pflichtgemäß bei ihm rückgefragt hätte.

d) Der vom Beklagten zu verantwortende Schaden der Klägerin liegt in der Tatsache, daß sie unstreitig von M- R auf Schadensersatz in Anspruch genommen wurde und diesen Anspruch auch erfüllt hat. Dieser Vermögensverlust wäre nicht eingetreten, wenn der Beklagte sich pflichtgemäß an den Auftrag gehalten, d. h. den Darlehensbetrag nicht vor Erfüllung aller vom Auftraggeber geforderter Sicherheiten ausgezahlt hätte. Ob M- R tatsächlich einen Schaden erlitten und der Beklagte diesen Schaden durch sein auftragswidriges Verhalten verursacht hatte, interessiert in diesem Zusammenhang nicht.

2. Das Berufungsgericht verneint ein Mitverschulden der Klägerin, das darin zu sehen wäre, daß sie es unterlassen habe, gegen die von M■■■■-R■■■■ erhobene Schadensersatzforderung begründete Einwendungen zu erheben. In diesem Punkt ist das Urteil rechtlich nicht haltbar.

a) Ein Ersatzanspruch gegen die Klägerin stand M■■■■-R■■■■ nur zu, wenn ihm durch das auftragswidrige Verhalten des Beklagten ein Schaden entstanden war. Diesen sieht das Berufungsgericht schon darin, daß sich durch die Auszahlung der 50.000 DM das Guthaben des Auftraggebers M■■■■-R■■■■ bei der Klägerin um denselben Betrag vermindert hat. Einen Schaden hat M■■■■-R■■■■ infolge der Überweisung des Darlehensbetrages an die In■■■■■■■■■■ aber nur insoweit erlitten, als sich sein Gesamtvermögen hierdurch verringert hat. Das wäre dann nicht der Fall, wenn die Minderung des Bankguthabens durch einen gleich hohen Vermögenszuwachs, wie insbesondere durch einen vollwertigen oder voll gesicherten Darlehensanspruch, wieder ausgeglichen worden wäre. Hierbei mag davon ausgegangen werden, daß M■■■■-R■■■■ aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen außerstande gewesen ist, einen Darlehensanspruch unmittelbar gegen die In■■■■■■■■■■, die nach deutschem Recht nicht rechtsfähig war (vgl. BGHZ 53, 181), oder deren Gründer oder Vertreter (§ 179 BGB) durchzusetzen. Gleichwohl entfielen eine als Schaden zu betrachtende Vermögenseinbuße, wenn und soweit Sicherheiten vorhanden gewesen wären, aus denen sich M■■■■-R■■■■ wegen der Darlehenssumme von 50.000 DM befriedigt hätte oder noch befriedigen könnte.

b) Eine solche Befriedigungsmöglichkeit war nach dem Vortrag der Klägerin allerdings insofern nicht gegeben, als M■■■■-R■■■■ jedenfalls die meisten der ihm von der In■■■■■■■■■■ überlassenen Sicherheiten - einschließlich

der gemäß dem Auftragsschreiben vom 19. Dezember 1966 bereits abgetretenen Grundschulden Nr. 1 und 4 (vgl. BU 28) - zurückgeben mußte. Hierüber liegen gerichtliche Entscheidungen vor, die teils einen Erwerb der Grundschulden durch M- R- deshalb verneinen, weil es mangels Rechtsfähigkeit der In- an einer wirksamen dinglichen Einigung fehle (vgl. BGH, Urt. v. 30. 1. 70 - V ZR 139/68, NJW 1970, 998, in BGHZ 53, 181 nur teilw. abgedr.), teils (bei Zwischenerwerb durch die Klägerin) M- R- wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung des Grundstückseigentümers (§ 826 BGB) für verpflichtet halten, die Löschung der Grundschuld zu bewilligen. Wie das Oberlandesgericht in einem anderen Verfahren (2 U 172/69, Urt. v. 21. 3. 71) festgestellt und die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit nicht bestritten hat, haben M- R- und sein Neffe D- zum eigenen Vorteil die ihnen bekannte Tatsache ausgenutzt, daß Ew- eine Reihe von Grundstückseigentümern wider die guten Sitten dadurch schädigte, daß er sie zur Sicherung von Darlehen Grundschulden zugunsten der In- bestellen ließ, obwohl er weder willens noch in der Lage war, die Darlehenszusagen zu erfüllen. Dabei gingen beide davon aus, durch die Zwischenschaltung der Klägerin die Grundschulden (scheinbar) gutgläubig erwerben, den Bestellern alle Einwendungen abschneiden und sich auf diese Weise nicht nur voll sichern, sondern auch beträchtliche Gewinne verschaffen zu können.

Unter diesen Umständen durfte sich M- R- gegenüber der Klägerin nicht darauf berufen, daß er die auf unerlaubte Weise erlangten Sicherheiten eingebüßt und deshalb entgegen seinen Erwartungen aus seinen Darlehensgeschäften mit der In- nicht nur keinen Gewinn erzielt, sondern im Ergebnis sogar einen Verlust erlitten

habe. Denn er hatte sich bewußt in eine Lage gebracht, in der er dem Vorwurf sittenwidriger Schädigung der Grundschuldbesteller und damit dem Verlust der Sicherheiten für die an die Interfinanz gegebenen Darlehensbeträge ausgesetzt war. Diese selbstverschuldete Folge seines unlauteren Verhaltens durfte er nicht auf die Klägerin abwälzen. Diese hätte vielmehr seiner Schadensersatzforderung den Arglisteinwand entgegensetzen können.

c) Das Berufungsgericht hätte daher prüfen müssen, inwieweit sich M■■■■-R■■■■ aus vorhandenen Sicherheiten auch wegen des hier streitigen Darlehensbetrages von 50.000 DM befriedigt hat oder hätte befriedigen können, wenn er sich diese Möglichkeit nicht durch sein unredliches Zusammenwirken mit D■■■■ und Ew■■■■ zunichte gemacht hätte.

In dieser Hinsicht könnte zunächst von Bedeutung sein, daß zwei von den im Auftragschreiben vom 19. Dezember 1966 genannten vier Grundschulden in Höhe von 10.000 und 25.000 DM unstreitig im Grundbuch eingetragen und an M■■■■-R■■■■ oder für seine Rechnung an die Klägerin abgetreten worden sind. Die Summe der beiden Grundschulden deckt einen erheblichen Teil des Gesamtdarlehens von 50.000 DM. Daß die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dieses Darlehen erst auszahlen durfte, wenn laut Notarbescheinigung die Bestellung und Abtretung aller vier Grundschulden gesichert war, hat nichts mit der Frage zu tun, ob dem Auftraggeber durch den Verstoß gegen diese Weisung ein Schaden entstanden ist.

d) Darüber hinaus waren aufgrund der Darlehensvereinbarung vom 2. Dezember 1966 zwischen der M■■■■-R■■■■ KG und der In■■■■■■■■ als Sicherheit für die von M■■■■-R■■■■

in einer Gesamthöhe von 500.000 DM versprochenen Darlehen bereits Grundschulden in Höhe von insgesamt 620.000 DM zugunsten der Darlehensgeberin eingetragen, die für die Darlehensschuld gesamtschuldnerisch haften sollten. Nach dem Zusammenhang und wirtschaftlichen Zweck der Vertragsbestimmungen (vgl. insbesondere Nr. 4 letzter Satz und Nr. 5) liegt es nahe, daß diese Grundschulden auch für die noch ausstehenden 70.000 DM (und damit für die streitigen 50.000 DM) hafteten, wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt ist; die Feststellung des Berufungsgerichts (BU 18), als Sicherheit für die 50.000 DM hätten nur die im Auftragsschreiben vom 19. Dezember 1966 genannten und nicht auch andere Grundschulden dienen sollen, schließt eine solche Auslegung der Vereinbarung vom 2. Dezember 1966 nicht aus, da sie sich ersichtlich nur auf die Frage bezieht, ob der Beklagte sich an die in jenem Auftragsschreiben erteilten Weisungen gehalten hat. Geht man hiervon aus, so überstieg die Summe der haftenden Grundschulden zahlenmäßig den Gesamtbetrag der Darlehen einschließlich der hier streitigen 50.000 DM auch bei Ausfall der für diesen Vertrag besonders in Aussicht genommenen Sicherheiten. Das Berufungsgericht hält dies für unerheblich, weil die Klägerin nur unter den im Auftragschreiben vom 19. Dezember 1966 aufgestellten Voraussetzungen berechtigt gewesen sei, über die 50.000 DM zugunsten der In[REDACTED] zu verfügen (BU 18, 27). Damit vermengt es Rechtswidrigkeit und Schaden miteinander; die Vertragswidrigkeit der Darlehensauszahlung schließt nicht aus, daß M[REDACTED]-R[REDACTED] infolge anderweitiger ausreichender Sicherung der Darlehensforderung wirtschaftlich nichts verloren hat.

e) Es kommt daher zunächst darauf an, inwieweit die an M[REDACTED]-R[REDACTED] abgetretenen Grundschulden, ihre Rechtsbeständigkeit unterstellt, wirtschaftlich eine ausreichende

Sicherheit für die von M■■■■-R■■■■ gegebenen Darlehen einschließlich der streitigen 50.000 DM boten. Soweit dies der Fall ist, wird weiter zu prüfen sein, ob die Klägerin in dem Zeitpunkt, in dem M■■■■-R■■■■ von ihr Schadensersatz verlangte, die sich hieraus ergebenden Einwendungen gegen seinen Anspruch, die zumindest hinsichtlich der beiden Grundschulden von 10.000 und 25.000 DM (Nr. 1 und 4 des Auftragsschreibens) nicht sehr fern lagen, erkennen mußte und ob ihr deshalb zuzumuten war, es auf einen Rechtsstreit mit M■■■■-R■■■■ ankommen zu lassen. Dabei ist davon auszugehen, daß die Klägerin aufgrund des insoweit nachwirkenden Dienstverhältnisses gehalten war, sich mit dem Beklagten, der ja für sie als Rückgriffsschuldner in Betracht kam, in Verbindung zu setzen, um ihm die Gelegenheit zu verschaffen, ihr auch in seinem Interesse etwaige Hinweise für die Auseinandersetzung mit M■■■■-R■■■■ zu geben. Trifft die Klägerin hiernach ein für ihren Schaden ursächlicher Schuldvorwurf, so bedarf es weiter einer Abwägung nach § 254 BGB. Zu allen diesen Fragen fehlen bislang die nötigen Tatsachenfeststellungen. Die Sache ist daher insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III. Im Fall D■■■■-B■■■■ kommt die Revision auf den Einwand des Beklagten zurück, die Klägerin habe es in dem von D■■■■ gegen sie eingeleiteten Rechtsstreit schuldhaft versäumt, nach § 255 BGB von D■■■■ die Abtretung eines Ersatzanspruchs zu verlangen, der ihm gegen Beese zugestanden habe, und deswegen ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Klageforderung geltend zu machen. Das Berufungsgericht erachtet diesen auf § 254 BGB gestützten Einwand für unbegründet. In diesem Punkt hält das Urteil jedenfalls im Ergebnis den Angriffen der Revision stand.

Durch die rechtskräftige Verurteilung der Klägerin im Vorprozeß gegen D. ist ihr unabhängig von den Bedenken, die gegen die Begründung dieses Urteils bestehen mögen, ein Schaden entstanden. Diesen Schaden hätte sie nicht dadurch abwenden oder mindern können, daß sie, wie die Revision es für geboten hält, im damaligen Rechtsstreit von D. die Abtretung eines Ersatz- oder Bereicherungsanspruchs gegen Beese verlangt hätte und daraufhin zur Leistung Zug um Zug gegen die Abtretung verurteilt worden wäre. Dabei kann auf sich beruhen, ob D. ein solcher Anspruch gegen B. wirklich zustand, ob er ihn auf Verlangen der Klägerin an diese hätte abtreten müssen oder ob durch die Schadensersatzleistung der Klägerin an D., wie das Berufungsgericht es für möglich hält, an die Stelle jenes Anspruchs ein eigener Bereicherungsanspruch der Klägerin gegen B. getreten ist. Im besten Fall hätte die Klägerin auf diese Weise zu ihrer nach § 34 Abs. 2 GenG gegen den Beklagten bestehenden Schadensersatzforderung eine weitere Ersatzmöglichkeit in Gestalt eines Anspruchs gegen B. erlangt. Hierdurch wäre sie jedoch nicht gehindert gewesen, allein den Beklagten in Anspruch zu nehmen. Denn ein Schadensersatzanspruch wird im allgemeinen nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Geschädigte wegen des ihm entstandenen Vermögensnachteils sich auch an einen Dritten halten könnte (BGH, Urt. v. 18. 12. 69 - VII ZR 121/67, NJW 1970, 461 zu II 7; Urt. v. 22. 2. 72 - VI ZR 215/70, WM 1972, 560 zu II 2).

Zwar verpflichtete das nachwirkende Dienstverhältnis auch hier die Klägerin dazu, im Rahmen des Zumutbaren auf die Belange des Beklagten Rücksicht zu nehmen. Diese Pflicht ging aber nicht so weit, daß die Klägerin gehalten gewesen wäre, auf eigene Gefahr und Kosten zunächst einen - überdies bestrittenen und rechtlich zweifelhaften - Anspruch gegen B. zu verfolgen, ehe sie ihre Schadensersatzforderung gegen den Beklagten geltend machte. Vielmehr

durfte sie sich darauf beschränken, dem Beklagten etwaige Ansprüche gegen B■■■ auf Wunsch abzutreten und ihm deren Weiterverfolgung zu überlassen.

Der Beklagte hätte daher im vorliegenden Rechtsstreit allenfalls verlangen können, daß die Klägerin Zug um Zug gegen Erfüllung ihrer Klageforderung einen etwaigen Anspruch gegen B■■■ an ihn abtrat oder ihm diesen Anspruch, sofern er noch D■■■ zustand, in der Weise verschaffte, daß sie ihn sich nachträglich von D■■■ abtreten ließ (vgl. BGHZ 52, 39, 42) und dann weiter auf den Beklagten übertrug. Ein solches Verlangen hat der Beklagte aber nicht gestellt. Seine uneingeschränkte Verurteilung besteht daher insoweit zu Recht.

Stempel	Richter am Bundesgerichtshof	Fleck
	Dr. Schulze ist wegen eines	
	Kuraufenthalts ortsabwesend	
	und daher verhindert zu unter-	
	schreiben.	

Stempel

Dr. Kellermann

Dr. Skibbe