

Verkündet  
am 11. Januar 1956  
Schorm, Justizangest.  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Apothekers Ernst L [REDACTED] in G [REDACTED], [REDACTED] V [REDACTED]  
C [REDACTED] Road, Schottland UK,

Klägers, Revisionsklägers und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED], [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Hans-Christian T [REDACTED] in B [REDACTED],  
R [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Revisionsbeklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED], [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 4. Januar 1955 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher, Dr.v. Werner, Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen des Klägers und des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 14. Dezember 1954 teilweise aufgehoben.

Der Anspruch des Klägers wird zu 1/2 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Es wird festgestellt, daß dem Kläger ein Anspruch auf Ersatz seines gesamten Schadens, soweit er den Betrag von 13.000,- DM übersteigt, zu 1/2 nicht zusteht.

Im übrigen werden die Revisionen des Klägers und des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der Jude ist, betrieb in dem ihm gehörigen Wohn- und Geschäftshause in Berlin NW 21, T...straße (britischer Sektor) auf Grund einer vererblichen Real- konzession die D...-Apotheke. Im Jahre 1938 wanderte er infolge der Judenverfolgungen des Dritten Reichs nach Glasgow aus. Sein in Deutschland verbliebenes Vermögen wurde auf Grund der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz dem Deutschen Reich für verfallen erklärt. Der Eigentums- wechsel wurde jedoch im Grundbuch, in dem der neue Wohn- ort des Klägers angegeben war, nicht eingetragen. Infol- gedessen kam das Haus, das am Ende des Krieges völlig bombenzerstört war, unter die Verwaltung des Reichskom- missars für feindliches Vermögen, es wurde dafür ein Ver- walter in der Person des Rechtsanwalts Dr. K... in Ber- lin bestellt.

Ende 1945 nahm die britische Besatzungsmacht das Hausgrundstück unter Kontrolle. Es wurde zunächst von dem Treuhänder für das Vermögen der Angehörigen der Ver- einten Nationen verwaltet. Als Treuhänder war seit dem 1. August 1946 der Beklagte bestellt. Mit dem 30. Juni 1948 wurde die Treuhandverwaltung im britischen Sektor von Berlin aufgehoben. Für alle der Treuhandver- waltung unterstellten Vermögen, deren Inhaber sich bis zu diesem Zeitpunkt nicht gemeldet hatten, wurde der Beklagte auf Grund einer Verfügung des Präsidenten des Landgerichts in Berlin vom 21. Juni 1948 betr. die Ent- bindung des im britischen Sektor von Berlin befindlichen Vermögens der Angehörigen der Vereinten Nationen von der Verwaltung durch die britische Militärregierung (Gen. I 11/109) zum Abwesenheitspfleger bestellt. Dem- gemäß wurde er am 28. Juli 1948 auch als Abwesenheits-

- 3 -

pfleger für den Kläger mit dem Wirkungskreis der Besorgung aller Vermögensangelegenheiten verpflichtet. Die Verfügung des Landgerichtspräsidenten beruhte ihrerseits auf einer ihm erteilten Weisung der britischen Militärregierung für den britischen Sektor Berlins vom 27. Mai 1948.

Im Jahre 1946 oder 1947 meldete der Kläger seine Ansprüche auf das ihm während der nationalsozialistischen Herrschaft entzogene Grundstück bei dem Zentralmeldeamt für die britische Zone in Bad Nenndorf an. Außerdem erteilte er am 19. November 1947 dem Rechtsanwalt Dr. Ka [REDACTED] in Berlin Vollmacht, ihn in seinen vermögensrechtlichen Angelegenheiten, insbesondere auch in Wiedergutmachungsangelegenheiten, in Deutschland zu vertreten. Ka [REDACTED] hat das Grundstück mit Schreiben vom 27. Mai 1950 zur Rückerstattung in Berlin angemeldet. Am 14. Juni 1950 wurde es durch den Treuhänder der alliierten Militärregierungen für zwangsübertragenes Vermögen unter Kontrolle genommen. Die Wiedergutmachungskammer des Landgerichts in Berlin hat durch Beschluß vom 2. Mai 1951 die Rückerstattung des Grundstücks an den Kläger angeordnet (Akten: 44 WGK 260.51). Diese Entscheidung ist rechtskräftig.

Inzwischen hatte der Beklagte als Abwesenheitspfleger für den Kläger von dem Grundstück T [REDACTED]straße [REDACTED] durch schriftlichen Vertrag vom 28. Oktober 1949 einen vier Meter breiten Streifen unmittelbar an der Straßenfront dem Kaufmann G [REDACTED] in Berlin vermietet, der darauf im Zuge einer von ihm in der T [REDACTED]straße erbauten Ladenstraße Behelfsläden errichtete. Dieser Vertrag wurde durch das Amtsgericht Tiergarten in Berlin am 28. Oktober 1949 vormundschaftsgerichtlich genehmigt. Die vereinbarte monatliche Miete betrug 177,84 DM. Der Vertrag lief zu-



nächst bis zum 30. Juni 1955 mit Kündigungsausschluß, es war jedoch eine Verlängerung auf weitere 10 Jahre vorgesehen, falls der Vermieter nicht die Absicht nachweisen könne, ein mindestens zweistöckiges Haus auf dem Grundstück zu errichten.

Im Oktober begann G. mit dem Bau auf dem Grundstück; der Vertreter des Klägers, Rechtsanwalt Dr. Ka., erfuhr erstmals am 25. November 1949, daß auf dem Grundstück gebaut werde. Als Dr. Ka. dem widersprach, berief sich G. auf den mit dem Beklagten abgeschlossenen Mietvertrag. Erst hierdurch erhielt der Bevollmächtigte des Klägers und dieser selbst Kenntnis davon, daß der Beklagte als Treuhänder und später als Abwesenheitspfleger das Grundstück verwaltet hatte. Nachdem der Kläger mit seinen Ansprüchen hervorgetreten war, wurde die Pflugschaft am 21. April 1950 aufgehoben.

Vorher schon hatte der Treuhänder für das zwangsenteignete Vermögen gegen G. eine Klage auf Räumung des Grundstücks, soweit es sich nicht um den Streifen an der Straßenfront von 23,40 m Länge und 4 m Tiefe handelte, beim Amtsgericht Tiergarten anhängig gemacht (Akten 2 C 215.50). Nunmehr erhob der Kläger im Juni 1951 bei dem Landgericht in Berlin Klage gegen G. auf Herausgabe des ihm von dem Beklagten vermieteten Geländestreifens (Akten 62.0. 235.51). Diese Klage wurde durch Urteil des Landgerichts vom 6. September 1951 abgewiesen. Die dagegen eingelegte Berufung des Klägers, führte nicht zu einer Entscheidung des Berufungsgerichts, vielmehr kam es in dem zur ersten mündlichen Verhandlung vor dem Kammergericht anberaumten Termin vom 3. März 1952 zu einem Vergleich zwischen den Parteien, in dem G. dem Kläger gegen Zahlung eines Betrages von

1.500,- DM ein Stück der Ladenstraße zum Zwecke der Einrichtung einer Apotheke überließ, während der Kläger im übrigen den Fortbestand des mit G [REDACTED] abgeschlossenen Vertrags vom 28. Oktober 1948 anerkannte. Der Kläger hat die ihm überlassenen Räume und einen Teil des dahintergelegenen Geländes zu einer Apotheke ausgebaut. Diese wurde am 13. September 1952 eröffnet.

Der Kläger behauptet, der Beklagte habe es pflichtwidrig unterlassen, sich mit ihm in Verbindung zu setzen. Dies sei ihm möglich gewesen, denn seine Anschrift in Glasgow sei aus den Grundakten ersichtlich gewesen. Hätte der Beklagte ihn von der Abwesenheitspflegschaft in Kenntnis gesetzt und ihn auch von der Absicht, einen Streifen des Grundstücks an G [REDACTED] zu verpachten, benachrichtigt, so würde er dem Beklagten mitgeteilt haben, daß er beabsichtige, das Grundstück selbst aufzubauen und darauf wieder eine Apotheke zu errichten. Dann wäre der Vertrag mit G [REDACTED] nicht geschlossen worden. Er, der Kläger, wäre in der Lage gewesen, bereits im Jahre 1950 die Apotheke zu errichten und sie ab 1. Januar 1951 zu verpachten. Durch die Unterlassung des Beklagten sei ihm ein Schaden in Höhe eines Mietausfalls für 20 1/2 Monate im Betrage von 34.638,40 DM erwachsen, den der Beklagte zu ersetzen habe. Der Vertrag sei auch unwirtschaftlich gewesen. Bei richtiger Einholung von Erkundigungen hätte der Beklagte erfahren, daß auf dem Grundstück früher eine Apotheke betrieben worden sei.

Im ersten Rechtszug hat der Kläger einen Teilbetrag dieses Schadens in Höhe von 6.100,- DM geltend gemacht.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Er bestreitet, verpflichtet gewesen zu sein, sich nach der

Adresse des Klägers zu erkundigen. Die Abwesenheitspflegschaft sei der Sache nach nur die Fortführung der früheren Verwaltung im Auftrage der Militärregierung gewesen, er habe nur den beschränkten Aufgabenkreis gehabt, den Verlust des Vermögens der Angehörigen der alliierten Mächte zu verhindern. Der Kläger habe sich auch bei seinem Amtsvorgänger, Rechtsanwalt T. [REDACTED], nicht gemeldet, obwohl dieser wiederholt nach Glasgow an den Kläger geschrieben habe. Er, der Beklagte, habe keinen Grund gehabt, die Versuche T. [REDACTED] zu wiederholen. In England sei auch öffentlich bekannt gemacht worden, daß der Alliierte Treuhänder die Kontrolle aufgeben werde und daß sich die Betroffenen melden und Bevollmächtigte bestellen sollten. Der Vormundschaftsrichter habe den Vertrag genehmigt, damit sei seine Verantwortung für den Mietvertrag entfallen. Für alle Maßnahmen bis zur Abgabe der Verwaltung an Rechtsanwalt Dr. Ka. [REDACTED] sei er nur der Militärregierung verantwortlich. Eigentümer des Grundstücks sei während der ganzen Zeit seiner Verwaltung auch nicht der Kläger, sondern das Deutsche Reich gewesen.

Der Kläger habe den Schaden selbst verursacht. Er habe sich um das Grundstück nicht gekümmert, sein Bevollmächtigter Dr. Ka. [REDACTED] habe sich aus eigenem, von dem Kläger zu vertretenden Verschulden oder auf Anweisung des Klägers bei dem Treuhänder der Militärregierung nicht gemeldet. Dr. Ka. [REDACTED] habe gewußt oder doch wissen müssen, daß er das Grundstück verwalte. Das sei in den beteiligten Kreisen allgemein bekannt gewesen. Er hätte auch sehen müssen, daß das Grundstück enttrümmert und mit dem Aufbau begonnen worden sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat angenommen, daß dem Beklagten zwar eine Pflichtversäumnis vorzuwerfen sei, wenn er die Anschrift des Klägers nicht ermittelt und sich mit ihm in Verbindung gesetzt habe. Dies sei aber für den entstandenen Schaden nicht ursächlich, da der Kläger selbst und sein Bevollmächtigter sich um das Grundstück nicht gekümmert hätten. Das Verhalten des Klägers spreche dafür, daß er sein passives Verhalten auch dann nicht geändert hätte, wenn er von der Abwesenheitspflegschaft unterrichtet gewesen wäre.

Der Kläger hat Berufung eingelegt. Im Berufungsrechtszuge hat er den für den Apothekenschaden verlangten Betrag erhöht. Er hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, ihm, dem Kläger, 13.000,- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. August 1952 zu zahlen.

Der Beklagte hat widerklagend in der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 1955 beantragt,

festzustellen, daß dem Kläger weitere Ansprüche gegen ihn nicht zustehen.

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vom 9. November 1955 vor dem Berufungsgericht vorgetragen, es sei ihm ein weiterer Schaden dadurch entstanden, daß er durch den Vertrag mit G. [REDACTED] daran gehindert worden sei, mit Hilfe einer Bank weitere Räume auszubauen, in denen die Bank eine Depositenkasse habe errichten wollen. Hilfsweise hat er einen Teilbetrag von 500,- DM des eingeklagten Schadens mit diesem sog. Bankschaden begründet. Der Beklagte hat in dieser Verhandlung erklärt, daß sich sein am 9. Juli 1954 gestellter Wider-

klageantrag auch auf den Bankschaden beziehe. Der Kläger hat der Zulässigkeit der Widerklage insoweit alsbald widersprochen.

Das Berufungsgericht hat den Anspruch des Klägers in Höhe von 1/6 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und auf die Widerklage festgestellt, daß dem Kläger eine Schadensersatzforderung wegen des Apothekenschadens von mehr als 13.000,- DM zu 5/6 nicht zustehe. Die Widerklage wegen des Bankschadens hat es als unzulässig abgewiesen.

Gegen dieses noch nicht zugestellte Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt, und zwar der Kläger am 10. Juni 1955 und der Beklagte am 14. Juni 1955. Beide haben ihre Rechtsmittel rechtzeitig begründet.

Der Kläger hat beantragt,

das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben,  
als zu seinen Ungunsten erkannt worden ist  
und den eingeklagten Anspruch in vollem Umfange  
für begründet zu erklären sowie die Widerklage  
in vollem Umfange abzuweisen.

Der Beklagte verfolgt mit seiner Revision die völlige Abweisung der Klage und die Feststellung nach dem Antrag des im Berufungsrechtszug gestellten Widerklagebegehrens.

Beide Parteien haben um Zurückweisung des von dem Gegner eingelegten Rechtsmittels gebeten.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Berufungsrichter hat sich in dem angefochtenen Urteil sachlich nur mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch des Klägers befaßt, der damit begründet ist, infolge der verspäteten teilweisen Herausgabe des Grundstücks durch G. [REDACTED] habe er einen Schaden durch Mietausfall erlitten (sog. Apothekenschaden). Soweit es sich dagegen um den von dem Kläger angeblich erlittenen Schaden handelt, der entstanden sein soll, weil er durch den Besitz des Mieters G. [REDACTED] an dem Grundstückstreifen an der Vermietung an eine Bank verhindert worden sei (sog. Bankschaden), hat der Berufungsrichter eine Entscheidung zur Sache selbst nicht gefällt. Das auf diesen Schaden bezügliche Vorbringen des Klägers hat er als verspätet nach § 529 Abs 1, 2 ZPO nicht berücksichtigt. Die Widerklage des Beklagten, mit der er die Feststellung begehrt, daß dem Kläger wegen dieses Schadens weitere Ansprüche nicht zustünden, hat er als unzulässig abgewiesen, da die Erhebung der Widerklage insoweit nicht sachdienlich sei. Der Kläger hat die Zurückweisung seines Vorbringens mit der Revision nicht gerügt. Dagegen wendet sich die Revision des Beklagten gegen diese Abweisung seiner Widerklage als unzulässig. Insoweit kann seiner Revision auch der Erfolg nicht versagt werden.

Der Beklagte hat den Antrag der Widerklage erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 1954 gestellt, ohne daß aus dem Antrag selbst ersichtlich ist, ob er das Nichtbestehen weiterer Ansprüche nur bezüglich des Apothekenschadens festgestellt haben

will, oder ob sich der Antrag auch auf das Nichtbestehen der Ansprüche aus dem angeblich erlittenen sog. Bankschaden bezieht, deren sich der Kläger bereits im ersten Rechtszug am Rande berührt hatte, ohne seine Klage ausdrücklich darauf zu stützen. Erst nachdem der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 9. November erklärt hatte, er mache den Bankschaden hilfsweise in Höhe von 500,- DM geltend, hat der Beklagte unter Widerspruch des Klägers erklärt, sein am 9. Juli 1954 gestellter negativer Feststellungsantrag beziehe sich auch auf etwaige Ansprüche aus dem Bankschaden. Der in der Sitzung vom 9. Juli 1954 gestellte Widerklageantrag begehrt seiner Formulierung nach schlechthin die Feststellung, daß dem Kläger ein den Betrag von 13.000,- DM übersteigender Schadensersatzanspruch nicht zustehe. Daß der Antrag sich nur auf den Apothekenschaden beziehen soll, ist nicht ersichtlich, es liegt auch kein Grund vor, ihn nur in diesem beschränkten Sinn zu verstehen. Der Beklagte hatte ein berechtigtes Interesse daran, festgestellt zu haben, daß dem Kläger auf Grund der angeblichen, von ihm behaupteten Pflichtverletzung überhaupt ein Anspruch nicht erwachsen sei. Auch der sogenannte Bankschaden beruht wie der Apothekenschaden darauf, daß dem Kläger der Besitz des Grundstücks vorenthalten und er dadurch an der beabsichtigten Ausnutzung des Grundstücks gehindert worden ist. Es liegt hier zwar eine selbständige Schadensfolge vor, der Haftungsgrund, auf den die Verantwortlichkeit des Klägers gestützt wird, ist aber derselbe. Daher kann dem Berufungsrichter nicht darin beigetreten werden, daß es sich um einen ganz selbständigen Anspruch handle, der mit dem Anspruch wegen des Apothekenschadens nichts zu tun habe. Daraus ergibt sich aber, daß § 529 Abs 4 ZPO hier überhaupt nicht anwendbar ist. Auf die Sachdienlichkeit der Widerklage

kommt es nicht an, weil der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 1954 der dort erhobenen Widerklage nicht widersprochen hatte. Daß gegen die Zulässigkeit der Widerklage sonstige Bedenken, insbesondere nicht wegen Nichteinhaltung der Vorschrift des § 522a ZPO entgegenstehen, hat der Berufungsrichter rechtsirrtumsfrei festgestellt. Soweit die Widerklage wegen des Bankschadens als unzulässig abgewiesen ist, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben und unterliegt der Aufhebung. Da bezüglich des sog. Bankschadens ein besonderer Antrag nicht vorliegt, ist über den gesamten Widerklageantrag sachlich zu entscheiden.

## II.

Der Berufungsrichter hält den Beklagten grundsätzlich für verpflichtet, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm daraus entstanden sei, daß er durch den von dem Beklagten mit dem Zeugen G. geschlossenem Vertrag vom 28. Oktober 1949 gehindert worden sei, das Grundstück so rechtzeitig für die Einrichtung einer Apotheke wiederherzurichten, daß er imstande gewesen sei, die Apotheke schon vor dem 13. September 1952 zu verpachten. In dem Berufungsurteil wird hierzu folgendes ausgeführt:

Der Beklagte habe fahrlässig seine Pflicht als Abwesenheitspfleger verletzt, den "abwesenden" Kläger zu ermitteln. Der notwendige ursächliche Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beklagten und dem eingetretenen Schaden sei entgegen der Ansicht des Landgerichts vorhanden und sei auch durch das Verhalten des Klägers und seines Bevollmächtigten nicht unterbrochen worden.

Der Kläger habe aber fahrlässig den entstandenen Schaden mitverursacht, weil er sich um sein Grundstück und seine Verwaltung nicht gekümmert habe. Darüber hinaus habe es der Kläger auch fahrlässig unterlassen, den Schaden dadurch abzuwenden, daß er das Ende 1949 gemachte Anerbieten G [REDACTED], einen Doppelladen zur Apotheke auszubauen, abgelehnt habe. Mit dem Landgericht sei eine Haftung aus dem Grunde, daß der Mietvertrag mit G [REDACTED] eine Pflichtwidrigkeit sei, zu verneinen. Diesen Ausführungen des Berufungsrichters kann nicht in allen Punkten gefolgt werden.

1. Rechtsirrtumsfrei ist der Berufungsrichter davon ausgegangen, daß der Beklagte zum Abwesenheitspfleger im Sinne des deutschen Rechts (§ 1911 BGB) bestellt worden ist. Daran ändert, wie der Berufungsrichter zutreffend erkannt hat, auch nichts der Umstand, daß der Beklagte für alle Eigentümer der von ihm vorher als Treuhänder verwalteten Grundstücke bestellt wurde und daß die Bestellung von der britischen Militärregierung für den britischen Sektor in Berlin angeordnet wurde. Wie sich aus dem Inhalt der Verfügung des Präsidenten des Landgerichts in Berlin an die Amtsgerichte vom 21. Juni 1948 ergibt, sollte die Bestellung von Pflegern für nichtanwesende Angehörige der Vereinten Nationen auf Grund des § 1911 BGB erfolgen (vgl. Beschluß des Landgerichts Berlin vom 30. November 1951 Bl 31 R der Pflegschaftsakten VIII L 1348). Daß den Amtsgerichten empfohlen wurde, § 1911 nicht eng auszulegen, sondern eine Verhinderung des Vermögensinhabers allgemein auch bei bekanntem Aufenthalt anzunehmen, änderte nichts daran, daß die eingeleiteten Pflegschaften, zu denen auch die für den Kläger eingeleitete gehört, nicht aus dem Rahmen des deutschen Rechts fielen. Nach § 1911 Abs 2 aaO

kann auch für einen Abwesenden, dessen gegenwärtiger Aufenthalt bekannt ist, ein sog. Abwesenheitspfleger unter den in dieser Vorschrift enthaltenen Voraussetzungen bestellt werden. Diese Voraussetzungen waren bei den im Jahre 1948 noch vorhandenen Verkehrsschwierigkeiten in aller Regel erfüllt. Die Rechtslage im britischen Sektor Berlins entsprach insoweit der, die durch die auf Anweisung der Besatzungsmacht in der britischen Zone ergangene Verordnung des Zentraljustizamts vom 8. Januar 1948 (BrZ-VOBl 1) geschaffen worden war. Hiernach waren für Angehörige der Vereinten Nationen und von neutralen Staaten, die Vermögen in der britischen Zone besaßen, auf Ersuchen der Militärregierung durch die von ihr bestimmten Gerichte Abwesenheitspfleger zu bestellen; nach § 2 dieser Verordnung fanden auf diese Pfllegschaften die Vorschriften des deutschen Rechts über eine Abwesenheitspfllegschaft entsprechende Anwendung. Der Umstand, daß die Bestellung solcher Pfleger zum Zwecke der Verwaltung von Vermögen erfolgte, die der Aufsicht und der Kontrolle der Militärregierung nach Art I 1 b) und f) des MilRegG 52 unterstanden, und die bislang auch durch von der Militärregierung bestellte Treuhänder (Custodians) verwaltet wurden, berührt den Charakter dieser Pfllegschaften nicht. Die Haftung des Beklagten für Pflichtwidrigkeiten, die er sich in der Führung der Pfllegschaften hat zuschulden kommen lassen, beruht daher auf den §§ 1833, 1915 BGB. Daß die Pfllegschaftsanordnung auch gültig war, wenn die Voraussetzungen des § 1911 BGB nicht erfüllt gewesen sein sollten, hat der Berufungsrichter rechtsirrtumsfrei dargelegt.

2. a) Zu den Pflichten des Abwesenheitspflegers gehört es nach der Ansicht des Berufungsrichters allgemein, den unbekannt Abwesenden zu ermitteln. Diese Pflicht

habe der Beklagte, wie in dem angefochtenen Urteil im einzelnen dargelegt wird, verletzt. Ob dieser Satz in dieser Allgemeinheit richtig ist, kann zweifelhaft sein. Für seine Meinung kann sich das Kammergericht zwar auf den RGRK BGB 9. Aufl § 1911 Anm 2 berufen. Schon in der 3. Auflage dieses Erläuterungsbuches ist ohne jede Begründung der Grundsatz aufgestellt worden, Sache des Abwesenheitspflegers sei es auch, über Leben und Tod des Abwesenden Nachrichten einzuziehen. Er ist von da auch von Palandt § 1911 Anm 3 und von Soergel BGB § 1911 Anm 3 ohne weitere Begründung übernommen worden.

Es ist dabei zu bedenken, daß Zweck und Aufgabe der Abwesenheitspflegschaft nach dem Gesetz vor allem in der Fürsorge für das Vermögen einer Person besteht, die aus den aus § 1911 BGB ersichtlichen Gründen an der sachgemäßen Verwaltung verhindert ist. Ob die Gründe für die Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft vorliegen, hat in erster Linie der Vormundschaftsrichter zu prüfen. Er hat auf Grund der ihm obliegenden Ermittlungspflicht festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Anordnung der Abwesenheitspflegschaft gegeben sind (RGRK BGB Vorbem 1 vor § 1909). Es liegt dem Vormundschaftsgericht auch ob, nach der Anordnung der Pflegschaft weiter darüber zu wachen, daß der Pfleger nicht länger in seinem Amte belassen wird als es nach dem Gesetz notwendig ist. Er hat sich über den Verbleib des Abwesenden zu vergewissern (Schlegelberger FGG Aufl § 39 Anm 1 auf Seite 331). Dazu hat er gegebenenfalls nach § 12 FGG Ermittlungen von Amts wegen anzustellen (BayObLG Recht 1913 Nr 2920).

b) Es kann daher fraglich erscheinen, ob neben dem

Vormundschaftsrichter auch der Pfleger selbst Ermittlungen über den Verbleib des Abwesenden anstellen muß. Die Frage braucht aber hier abschließend nicht entschieden zu werden. Sicherlich wird dem Pfleger anzunehmen sein, den Vormundschaftsrichter auf ihm bekannt gewordene Tatsachen hinzuweisen, aus denen zu entnehmen ist, daß der Grund für die Anordnung der Abwesenheitspflegschaft weggefallen sei. Ebenso selbstverständlich ist es, daß unter besonderen Umständen eine Pflicht zur Erkundung über den Verbleib des Abwesenden bestehen kann. Das ergibt sich schon aus der besonderen Natur der Abwesenheitspflegschaft. Es ist allgemein anerkannt, daß der "Abwesende" durch die Anordnung der Pflegschaft nach § 1911 BGB weder in seiner Geschäftsfähigkeit noch in seiner Verfügungsfähigkeit über das vom Pfleger verwaltete Vermögen beschränkt wird. Man hat deshalb den Abwesenheitspfleger auch als gesetzlichen Bevollmächtigten bezeichnet (OLG Hamburg in Rspr 10, 294; RGRK BGB § 1911 Anm 1). Aus dieser Redewendung können aber besondere Folgerungen nicht gezogen werden. Auf den Abwesenheitspfleger finden die Vorschriften über die Vormundschaft entsprechende Anwendung (§ 1915 BGB). Ebenso wie der Vormund ist der Pfleger nicht gehalten, etwa wie ein rechtsgeschäftlich Beauftragter oder Bevollmächtigter Anweisungen des Pfleglings einzuholen, er hat die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Maßnahmen selbständig zu treffen. § 166 Abs 2 oder § 665 BGB finden keine Anwendung. Ist aber auch der Abwesende rechtlich und auch tatsächlich in der Lage, über das Vermögen, für das ein Abwesenheitspfleger bestellt ist, zu verfügen oder mit Bezug darauf Verbindlichkeiten einzugehen, so darf der Pfleger keine Maßnahmen hinsichtlich des von ihm verwaltenden Vermögens treffen, ohne sich darüber zu vergewissern, daß seine Maßnahmen nicht

mit solchen des Vermögensinhabers kollidieren, wenn Gründe dafür vorliegen, daß auch der Vermögensinhaber Verwaltungshandlungen vorgenommen habe oder haben könne. Unter solchen Umständen ist der Abwesenheitspfleger auch verpflichtet, Erkundigungen über den Verbleib des Abwesenden einzuziehen und sich wenn möglich mit ihm in Verbindung zu setzen, um eine die Interessen des Pfleglings gefährdende Kollision und Verwaltungsmaßnahmen mit solchen des Pfleglings zu vermeiden. Wendet man das Gesagte auf den vorliegenden Fall an, so kommt man zu folgenden Ergebnissen.

c) Nach den Feststellungen des Berufungsrichters war die Adresse des Klägers, unter der er zu erreichen war, aus den Grundakten zu dem Grundstück des Klägers zu ermitteln. Es kann daher nicht davon gesprochen werden, daß der Kläger mit unbekanntem Aufenthalt abwesend gewesen sei. Denn dies setzt voraus, daß über den Aufenthalt am Ort, an dem eine Vermögensfürsorge notwendig wird, über den gegenwärtigen Verbleib des Vermögensinhabers nichts auszumachen ist. Man kann jedoch gegen den Beklagten den Vorwurf erheben, daß er sich über den gegenwärtigen Aufenthalt des Klägers aus der in Betracht kommenden Quelle - er wußte, daß der Wohnort des Klägers im Grundbuch eingetragen war -, keine Kenntnis verschaffte. Selbst wenn man dem Berufungsrichter nicht darin beitrifft, daß der Beklagte ohne weiteres gehalten gewesen wäre, den Aufenthalt des Klägers festzustellen, so kann dies nicht zu einer Abweisung der Klage oder zu einer Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht führen. Denn die schuldhaft Verletzung der von dem Beklagten als Pfleger zu erfüllenden Pflichten und ihre Ursächlichkeit für den vom Kläger geltend gemachten Schaden ergibt sich nach den vom Berufungs-

richter getroffenen Feststellungen auf jeden Fall aus anderen Umständen, so daß sich an dem Ergebnis, zu dem der Berufsrichter gelangt ist, insoweit nichts ändert.

3. Einer Verletzung der ihm als Abwesenheitspfleger gegenüber dem Kläger obliegenden Pflichten hat sich der Beklagte nämlich spätestens in dem Augenblick schuldig gemacht, als er mit G. [REDACTED] in Vertragsverhandlungen eintrat und den Mietvertrag abschloß. Seitdem er im Juli 1948 zum Abwesenheitspfleger bestellt worden war, waren weitreichende Veränderungen hinsichtlich des von ihm verwalteten Grundstücks eingetreten. Es erging die Anordnung der Alliierten Kommandantur vom 16. Februar 1949 BK/O 26 (VOBl I, 73), wonach zwangsentzogenes Vermögen von allen, die von einer solchen Entziehung wußten, bei dem für Berlin bestellten Treuhänder der alliierten Militärregierungen für zwangsweise entzogenes Vermögen anzumelden war. Außerdem wurden alle Personen, die Rechte auf sonstiges Vermögen hatten, aufgefordert, diese Rechte bei dem Treuhänder anzumelden. Dieser Anordnung folgte die Rückerstattungsanordnung der Alliierten Kommandanten für West-Berlin vom 26. Juli 1949 (VOBl I, 221), die die Rückerstattung im einzelnen regelte, deren Vorbereitung die Anordnung vom 16. Februar 1949 gedient hatte. Diese im Verordnungsblatt veröffentlichten Anordnungen waren dem Beklagten, einem festgestelltemaßen in Vermögensangelegenheiten erfahrenen Rechtsanwalt, bekannt. Der Beklagte wußte auch, daß sich diese Anordnungen möglicherweise auf das von ihm verwaltete Vermögen bezogen. Er hat selbst in diesem Rechtsstreit behauptet, er habe bei der Anordnung der Pflegschaft das Deutsche Reich für den Eigentümer gehalten (Schriftsatz vom 16. Februar 1954 Bl 46 GA). Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob der Beklagte als

Abwesenheitspfleger mit dem Wirkungskreis der Wahrnehmung aller Vermögensangelegenheiten des Abwesenden nicht gehalten war, die Rechte des Klägers gemäß der Anordnung vom 16. Februar 1949 förmlich anzumelden oder doch von dem Entziehungsfall dem Treuhänder Kenntnis zu geben. Auf jeden Fall war er verpflichtet, sich mit dem Kläger in Verbindung zu setzen, bevor er den Vertrag mit dem Zeugen G. [REDACTED] abschloß und durch Überlassung des Besitzes an diesen durchführte.

Es kann dahinstehen, ob dem Berufungsrichter darin beigetreten werden kann, der Vertrag bedeute seinem Inhalt nach keinen Verstoß gegen die einem Pfleger obliegenden Pflichten. Der Berufungsrichter verkennt nicht, daß er eine wesentliche Veränderung des bisherigen Zustandes bedeutete. Man kann aber darüber hinaus fragen, ob es nicht dem Interesse des Eigentümers widersprach, einen Mietvertrag abzuschließen, dessen Durchführung, die Errichtung von Läden im Zuge einer Ladenstraße an der ganzen Frontlänge des Grundstücks, es ausschloß, den hinter der Landenstraße liegenden Teil des 75 m tiefen Grundstücks für fünf, unter Umständen für fünfzehn Jahre zu verwerten und zu benützen. Da ein solcher Vertrag, auch wenn er unter den damals in Berlin herrschenden wirtschaftlichen Verhältnissen gerechtfertigt gewesen sein mag, einen erheblichen Eingriff in die Interessen des Eigentümers bedeutete, so hätte diese Tatsache den Beklagten veranlassen müssen, sich mit dem Eigentümer oder dem Rückerstattungsberechtigten, dessen Interessen er wahrzunehmen hatte, in Verbindung zu setzen. Er mußte damals damit rechnen, daß dieses Grundstück der Rückerstattung unterlag und daß der Rückerstattungsberechtigte seine Rechte angemeldet hatte. Die Pflicht, mit dem Rückerstattungsberechtigten die Verbindung aufzunehmen,

ergibt sich allein schon daraus, daß sich der Abwesenheitspfleger nach dem oben Ausgeführten aller Maßregeln zu enthalten hat, die ihn nach den vorliegenden erkennbaren Umständen möglicherweise mit Maßnahmen des Eigentümers oder anderer Stellen in Konflikt bringen konnten. Er durfte daher nicht ohne weiteres mit G [REDACTED] einen endgültigen Vertrag über die Vermietung des Grundstücks schließen, wenn er sich nicht dem Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung aussetzen wollte.

Hätte aber der Beklagte, was zu tun er unterlassen hat, ohne daß ersichtliche Gründe vorhanden waren, die sein Verhalten rechtfertigten, die notwendigen Schritte getan, um den gegenwärtigen Aufenthalt des Klägers zu ermitteln und an ihn zu schreiben, dann wäre es nach den rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsrichters zum Vertrag mit G [REDACTED] nicht gekommen. Denn dann hätte sich, wie im Berufungsurteil dargelegt wird, alles aufgeklärt. Es hätte sich herausgestellt, daß nicht das Deutsche Reich, auch nicht der Treuhänder Sch [REDACTED], das Grundstück verwaltet hätten; der Treuhänder Sch [REDACTED] hätte bereits damals veranlaßt, daß das Grundstück unter seine Kontrolle käme. Zwangsläufig hätte dies nach den getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils zur Folge gehabt, daß dem Beklagten die Verwaltung entzogen, zumindest seine Verwaltungsausübung bekannt geworden wäre.

Wäre der Beklagte dieser Verpflichtung nachgekommen und wäre infolgedessen ein Vertrag mit G [REDACTED] nicht abgeschlossen oder nicht ausgeführt worden, dann hätte sich auch die Möglichkeit für den Kläger nicht verzögert, die Apotheke schon zu einem früheren Zeitpunkt zu eröffnen und schon vor dem 13. September 1952 Einnahmen aus der Verpachtung dieser Apotheke zu ziehen.

Daß der Beklagte auch nicht dadurch entlastet wird, daß der Vormundschaftsrichter den Vertrag genehmigt hat, hat der Berufungsrichter zutreffend ausgeführt. Der Kausalzusammenhang zwischen der pflichtwidrigen Unterlassung des Beklagten und dem dem Kläger erwachsenen Mietausfall wird auch nicht dadurch unterbrochen, daß der Kläger im Jahre 1949 das Angebot G. [REDACTED] abgelehnt hat, ihm zum Ausbau einer Apotheke seinen Laden gegen Zahlung von 5.000,- DM zu überlassen. Mit dieser Behauptung kann die Revision des Beklagten keinen Erfolg haben. Denn, wie in anderem Zusammenhang noch näher dargelegt wird, war dem Kläger nicht zuzumuten, dieses Angebot anzunehmen. Nur unter dieser Voraussetzung wäre es überhaupt denkbar, daß die Pflichtwidrigkeit des Beklagten den Schaden nicht verursacht hätte.

4. Der Berufungsrichter hat angenommen, auch der Kläger und sein Bevollmächtigter, Rechtsanwalt Dr. Ka. [REDACTED], hätten durch ihr Verhalten fahrlässig an der Entstehung des Schadens mitgewirkt und es schuldhaft unterlassen, den Beklagten auf den ungewöhnlich großen Schaden aufmerksam zu machen oder den bereits entstandenen Schaden zu mindern. Deshalb hat das Berufungsgericht § 254 Abs 1 und 2 BGB angewandt und ist dazu gekommen, daß der Beklagte dem Kläger nur 1/6 des Apothekenschadens zu ersetzen habe. Dieses Ergebnis beruht mehrfach auf entscheidungserheblichen Rechtsirrtümern.

Zuzustimmen ist der Vorinstanz darin, daß auch der Kläger und sein Vertreter die Entstehung des Schadens mitverursacht haben und dafür nach § 254 Abs 1 BGB mitverantwortlich sind. Es ist aber bedenklich, wenn der Berufungsrichter annimmt, der Kläger habe sich schon vor dem Sommer 1949 um sein Grundstück kümmern

müssen und sein Vertreter habe es schuldhaft unterlassen, sich mit dem Treuhänder in Verbindung zu setzen. Es kann dem Kläger nicht vorgeworfen werden, er habe gar nichts unternommen. Der Kläger hat bereits 1947 seine Rechte bei dem Zentralmeldeamt in B [REDACTED] angemeldet und Rechtsanwalt Dr. Ka [REDACTED] mit der Wahrnehmung seiner Rechte beauftragt, wobei dahingestellt bleiben kann, ob diese Anmeldung vor der Verordnung der Alliierten Kommandantur vom 31. März 1951 (VOBl I, 416) als rechtswirksam angesehen werden durfte und eine erneute Anmeldung nach Maßgabe der Anordnung vom 16. Februar 1949 überflüssig machte. Der Berufsungsrichter stellt ausdrücklich fest, der Kläger habe annehmen können und auch nach seiner Darstellung angenommen, der Treuhänder für zwangsübertragene Grundstücke habe das Grundstück unter seine Kontrolle genommen. Damit hatte der Kläger, wenigstens in der Zeit vor dem Erlass der erwähnten Anordnungen der Alliierten Kommandantur vom 16. Februar 1949 und 26. Juli 1949 alles getan, was in der Sache hätte veranlaßt werden können. Aber auf dieser deshalb rechtlich nicht bedenkenfreien Annahme des Berufsungsgerichts beruht das angefochtene Urteil nicht. Der Berufsungsrichter stellt fest, daß der Kläger sich mit dem Aufbau der Apotheke befaßte und daß er im Juli 1949 seinen Sohn nach Berlin schickte, um die Errichtung der Apotheke in Angriff zu nehmen. Es sei eine Obliegenheit des Klägers im Sinne des Verschuldens gegen sich selbst gewesen, festzustellen, ob der Treuhänder das Grundstück auch tatsächlich unter seine Verwaltung genommen habe, und diesem Treuhänder auch von seiner Absicht Kenntnis zu geben, daß er die Apotheke wieder aufzubauen beabsichtige, gerade damit der Treuhänder nicht Maßnahmen mit guter Absicht traf, die dazu in Widerspruch gestanden hätten. Hätte der Kläger dies

nicht unterlassen, dann wäre der Treuhänder auf das Grundstück aufmerksam geworden, das nach den bestehenden Vorschriften der Alliierten Kommandantur ja seiner Aufsicht unterstand, und hätte den Abschluß des Vertrages durch den Beklagten mit Godemann verhindert.

Allein diese Feststellungen tragen die vom Berufungsrichter festgestellte Rechtsfolge, daß die Unterlassung des Klägers eine von ihm mitverschuldete Ursache des ihm erwachsenen Apothekenschadens ist, ohne daß es auf die weiteren in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen in dem angefochtenen Urteil ankommt. Es erübrigt sich daher auch, sich mit den von der Revision gegen diese Erwägungen erhobenen Rechtsbedenken auseinanderzusetzen. Nur ergänzend sei hier noch eine Tatsache hervorgehoben. Wenn der Kläger davon ausging, was er nach dem Berufungsurteil auch tat, daß das Grundstück von dem Treuhänder unter Kontrolle genommen war, dann konnte er seine Absichten des Wiederaufbaus gar nicht durchführen, ohne sich mit dem Treuhänder in Verbindung zu setzen, um entweder eine beschleunigte Rückerstattung durchzuführen und so den Besitz und seine Rechte wieder zu erlangen, oder doch wenigstens vor der Erledigung des Verfahrens die Genehmigung zum Aufbau zu erhalten. Ob diese Genehmigung nötig war, wenn man von der vom Großen Senat für Zivilsachen (BGHZ 16, 350) eingenommenen Rechtsansicht ausgeht, kann dahinstehen. Entscheidend ist die damalige Praxis der Alliierten Kommandantur und der Wiedergutmachungsbehörden, die nach allem davon ausgingen, daß das Grundstück des Klägers dem Rückerstattungsverfahren unterworfen sei, was auch der damals allgemein vertretenen Meinung entsprach. Ebenso ist es unerheblich, daß damals nicht der Treuhänder, sondern der Kläger selbst auf Grund

der Inbesitznahme durch den Beklagten im Rechtssinne (mittelbarer) Besitzer des Grundstücks war. Mit der Tätigkeit des Beklagten konnte der Kläger nicht rechnen, sie beruht auf dem Zusammenwirken ihm damals unbekannter Umstände, für deren Unkenntnis er zunächst nicht verantwortlich war. Nur auf diese tatsächlichen Verhältnisse kommt es hier an, wo es sich um die Verantwortlichkeit des Klägers für die Folgen einer Unterlassung und der dadurch bewirkten Verursachung eines erlittenen Schadens handelt. Soweit ein Verschulden des Rechtsanwalts Dr. Ka[REDACTED] dabei in Frage kommt, trägt der Kläger die Verantwortung. Die hiergegen erhobenen Bedenken der Revision greifen nicht durch. Die Revision übersieht, daß es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung handelt, den der Kläger geltend macht. Sein Anspruch stützt sich vielmehr auf §§ 1833, 1915 BGB. Ein solcher Anspruch beruht aber auf einem zwischen dem Pfleger (Vormund) und dem Pflegebefohlenen bestehenden Rechtsverhältnis. Im Rahmen dieses Verhältnisses hat der Kläger sich das Verschulden eines zur Wahrnehmung seiner Interessen an dem der Verwaltung des Pflegers unterliegenden Gegenstandes bestellten Bevollmächtigten ebenso anrechnen zu lassen wie bei einem Vertragsverhältnis (BGHZ 3. 46), selbst wenn das Bestehen des Rechtsverhältnisses den Beteiligten unbekannt war.

Daß die Unterlassung des Klägers bzw. seines Vertreters für die Entstehung des Schadens ursächlich war, hat der Berufungsrichter frei von Rechtsbedenken festgestellt.

5. Zu Unrecht nimmt der Berufungsrichter dagegen an,

den Kläger treffe noch ein weiteres Verschulden. Er habe es nämlich schuldhaft unterlassen, den Schaden dadurch abzuwenden, daß er nicht bereits im Jahre 1949 auf das Anerbieten G [REDACTED] eingegangen sei. ihm, dem Kläger, die zur Errichtung der Apotheke erforderlichen Läden gegen Zahlung von 5.000,- DM zur Verfügung zu stellen. Das Berufungsgericht geht hier bei seinen Erwägungen von dem an sich richtigen, in der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 52, 349 [351] erstmals entwickelten und seitdem in ständiger Rechtsprechung dieses Gerichts und auch des Bundesgerichtshofs (BGHZ 4, 170 [176]; 10, 18 [20]) festgehaltenen Rechtsgedanken aus, daß derjenige Treu und Glauben zuwiderhandele, der einen Schaden ersetzt verlangt, den abzuwenden oder zu mindern einem ordentlichen oder verständigen Menschen zuzumuten sei, der sich der ihm obliegenden Aufgabe bewußt sei, sich tunlichst vor Schaden zu bewahren. Die Anwendung dieses Gedankens zum Nachteil des Klägers ist hier jedoch schon darum bedenklich, weil der Berufsrichter nicht festgestellt hat, was er nach dem Vorbringen der Parteien hätte tun müssen, daß dem Kläger damals der Betrag von 5.000,- DM zur Abfindung des Mieters des betreffenden Ladens zur Verfügung stand. Bei dem im Jahre 1952 abgeschlossenen Vergleich zwischen G [REDACTED] und dem Kläger hatte der Kläger lediglich 1.500,- DM aufzubringen. Daraus zu entnehmen, daß er den höheren Betrag auch schon 1950 hätte aufbringen können, ist nicht angängig. Zu be-  
anstanden ist aber auch die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger habe sich damit abfinden müssen, daß der Mietvertrag gültig sei. Eine irrtümliche Rechtsauffassung in dieser Frage gehe zu Lasten des Klägers. Darauf darf nicht abgestellt werden. Wesentlich ist, ob dem Kläger aus seiner Rechtsauffassung und seinem

darauffolgenden Verhalten der Vorwurf gemacht werden kann, er habe gegen Treu und Glauben dadurch verstoßen, daß er nicht schon 1949, sondern erst 1952 sich auf die Vereinbarung mit G [REDACTED] eingelassen habe.

Das muß im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz verneint werden. Bei dem von dem Kläger mit G [REDACTED] im Jahre 1952 abgeschlossenen Vertrag handelt es sich um einen Vergleich, durch den ein Rechtsstreit zwischen beiden erledigt wurde, der die Herausgabe des gesamten im Besitz G [REDACTED] befindlichen Geländestreifens von vier Meter Tiefe zum Gegenstand hatte. In diesem Rechtsstreit war der Kläger in erster Instanz mit der von ihm vertretenen Rechtsansicht nicht durchgedrungen, daß der von dem Beklagten mit G [REDACTED] geschlossene Mietvertrag unheilbar nichtig sei, weil er gegen Art II und V MilRegG 52 verstoße. Das Landgericht hatte sich vielmehr der schon damals überwiegend in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Ansicht angeschlossen, daß die ohne eine nach Art II aaO erforderliche Genehmigung der Militärregierung abgeschlossenen Verträge nicht endgültig, sondern nur schwebend unwirksam seien und durch die nachträglich erteilte Zustimmung der zuständigen Stellen oder durch die nachträgliche Aufhebung der Kontrolle nach Gesetz Nr 52 rechtswirksam würden. Das Landgericht hatte in dem erwähnten Urteil angenommen, der Mietvertrag sei rechtswirksam geworden, weil das Grundstück nach der Rückerstattung im Mai 1951 aus der Kontrolle entlassen worden und der Vertrag deshalb für den Kläger bindend geworden sei. Ob diese Erwägungen einer rechtlichen Nachprüfung standhalten, braucht hier nicht untersucht zu werden. Für die Entscheidung des hier anhängigen Rechtsstreits ist nur folgendes maßgebend. Die Ansicht, daß die in Art II MilRegG 52

erwähnten Rechtshandlungen ohne vorherige Genehmigung der Militärregierung unheilbar nichtig seien, ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertreten worden (vgl. Dölle-Zweigert in dem Erläuterungsbuch zu diesem Gesetz Anm 241 auf Seite 286 und OLG Frankfurt in NJW 1949, 25 mit zustimmender Anmerkung von Dölle). Das Kammergericht hatte zu dieser Frage noch nicht Stellung genommen (Lange in JR 1950, 144), auch der Bundesgerichtshof hat sich erst später der jetzt herrschenden Ansicht angeschlossen (Urteil vom 20. März 1953 V ZR 143/51 bei LM Nr 2 zu Art II MilRegG 52). Unter diesen Umständen kann es aber dem Kläger nicht als Verstoß gegen Treu und Glauben ausgelegt werden, wenn er sich zunächst darum bemühte, von G. den gesamten in dessen Besitz befindlichen Teilstreifen seines Grundstücks zu erhalten, ohne dafür eine Gegenleistung zu erbringen oder den Mietvertrag als bindend anzunehmen und sich mit der teilweisen Herausgabe des Grundstücks zu begnügen. War aber dem Kläger nicht anzusehen, sich auf das von G. im Jahre 1949 gemachte Angebot einzulassen, so kommt auch für die Anwendung des § 254 Abs 2 BGB zu Lasten des Klägers nicht der weitere vom Berufungsrichter herangezogene Umstand in Frage, der Kläger habe, wenn er das damalige Angebot G. nicht habe annehmen wollen, doch wenigstens den Beklagten darauf aufmerksam machen müssen, damit dieser Gelegenheit gehabt hätte, den zur Abfindung G. notwendigen Betrag aufzubringen, um auf diese Weise größeren Schaden abzuwenden. Auch dies hätte vom Kläger nur verlangt werden können, wenn man ihm überhaupt hätte zumuten können, von der Verfolgung seines angeblichen Anspruchs abzusehen, sich bei dem Mietvertrag zu beruhigen und sich auf eine vergleichsweise Verständigung mit dem Mieter G.

einzulassen. Dies ist aber nach dem Ausgeführten nicht der Fall. Das angefochtene Urteil kann daher insoweit nicht aufrechterhalten werden, als es aus diesen Gründen § 254 Abs 2 BGB anwendet und dem Kläger den wesentlich höheren Teil des Schadens aufbürdet.

6. Zutreffend geht das angefochtene Urteil davon aus, daß in erster Linie für die Aufteilung des Schadens zwischen den Parteien der Umstand maßgebend ist, wer von beiden Teilen durch sein Verhalten den Eintritt desselben überwiegend verursacht hat; und daß es daneben darauf ankommt, ob die Schuld des einen Teils schwerer wiegt als die des anderen. Der Berufungsrichter führt hierzu aus, beide Parteien hätten den Schaden aus der verzögerten Eröffnung der Apotheke in gleicher Weise und in gleichem Maße verursacht, beide träfe der Vorwurf gleicher Fahrlässigkeit. Deshalb habe jeder Teil den Schaden zur Hälfte zu tragen. Gegen diese Schadensverteilung sind rechtliche Bedenken nicht ersichtlich. Die Schuld des Beklagten wiegt nicht wesentlich schwerer als die des Klägers oder der seines Bevollmächtigten Dr. Ka., die zwar auch von dem Vorwurf nicht freigesprochen werden können, nicht alles das getan zu haben, was nach der Lage der Sache geboten war. Unter Berücksichtigung all dessen kann es bei der vom Berufungsgericht infolge der, wie dargelegt, in einem wesentlichen Punkte unrichtigen Rechtsauffassung vorgenommenen Verteilung der Schadenslast im Verhältnis von 5/6 zu 1/6 nicht bleiben. Da das Verschulden der beiden Parteien gleich groß ist und in gleichem Maße den Schaden verursacht hat, muß der Kläger die Hälfte des ihm entstandenen Schadens selbst tragen. Der Sachverhalt ist vom Berufungsrichter er-

erschöpfend festgestellt; es bedarf daher zum Zweck der Schadensverteilung keiner Zurückverweisung an das Berufungsgericht (Urteil vom 27. November 1952 VI ZR 56/52). Der Senat ist vielmehr in der Lage, auf Grund des vom Berufungsrichter erschöpfend festgestellten Sachverhalts die Verteilung selbst vorzunehmen.

7. Demgemäß kann die Revision des Beklagten nur insoweit Erfolg haben, als der Berufungsrichter die Widerklage wegen des sogenannten Bankschadens als unzulässig abgewiesen hat. Insoweit mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden. Eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht war auch hier nicht erforderlich, es genügte, durch die Fassung der Entscheidung über den Widerklageantrag klarzustellen, daß Gegenstand der Entscheidung über die Widerklage das Nichtbestehen eines Ersatzanspruchs wegen der Hälfte jeden durch den Beklagten pflichtwidrig verursachten Schadens ist. Im übrigen ist seine Revision, mit der die völlige Abweisung der Klage erstrebt wird, unbegründet. Die Revision des Klägers konnte nur teilweisen Erfolg haben, dieser war ihr insoweit zu versagen, als mit ihr ein Urteil begehrt wurde, in dem der gesamte mit der Klage geltend gemachte Anspruch in voller Höhe für dem Grunde nach berechtigt erklärt wird. Dies konnte aber nur bezüglich eines Teils von  $1/2$  geschehen.

Die Entscheidung über die durch die Revisionen der Parteien entstandenen Kosten war dem Schlußurteil

zu überlassen.

Schmidt

Ascher

v. Werner

Scheffler

Bundesrichter  
Wüstenberg  
ist beurlaubt  
und verhindert  
zu unter-  
schreiben

Schmidt