

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 185/87

Verkündet am:
1. Juni 1989
Schnurr
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Werner H [REDACTED],
D [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

Dr. Gertraude R [REDACTED],
Gut W [REDACTED], Br [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 1989 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Fuchs, Gärtner und Dr. Kreft

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 24. Juli 1987 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es zu seinem Nachteil erkannt hat.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte als Erbin auf Ersatz des Schadens in Anspruch, der ihm durch die Vollziehung einer von Anfang an ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung entstanden ist.

Der Kläger war Eigentümer von zehn Mietwohngrundstücken in S■■■■, von denen acht mit je einem Dreifamilienhause, zwei mit je einem Achtfamilienhause bebaut waren. Er räumte durch notariell beurkundetes Angebot vom 14. August 1970 dem Architekten H■■■■ die bis zum 30. Juni 1972 befristete Option ein, die Grundstücke für einen Kaufpreis von 1.500.000 DM, davon 1.000.000 DM für die beiden mit Achtfamilienhäusern bebauten Grundstücke, zu kaufen. Dieses Recht übertrug H■■■■ durch einen notariell beurkundeten Vertrag vom 31. August 1970 dem Landwirtschaftsrat i.R. St■■■■, der später in zwei notariell beurkundeten Erklärungen das Angebot jeweils hinsichtlich vier der mit Dreifamilienhäusern bebauten Grundstücke annahm. Dem widersprach der Kläger.

St■■■■ erhob Klage auf Abgabe der Auflassungserklärungen für die acht Grundstücke und legte gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts Berufung ein. Mit der glaubhaft gemachten Behauptung, der Kläger beabsichtige, die Grundstücke anderweitig zu verkaufen, erwirkte er die einstweilige Verfügung des Kammergerichts vom 15. Oktober 1974, die dem Kläger untersagte, sie entgeltlich oder unentgeltlich zu veräußern oder in Wohnungseigentum umzuwandeln. Er stellte sie dem Kläger am 23. Oktober 1974 zu; außerdem übersandte er sie dem Grundbuchamt zur Kenntnisnahme und mit der Bitte um Beachtung. Der Kläger behauptet, er habe ihn durch Schreiben vom 13. November 1974 darauf hingewiesen, daß er Schadensersatz verlangen werde, weil er gehindert worden sei, den gesamten Grundbesitz, dessen Verkauf am 27. Oktober hätte beurkundet werden sollen, zu veräußern und den Kaufpreis in 6%igen Pfandbriefen anzulegen. Das



Kammergericht, bei dem der Kläger Widerspruch eingelegt hatte, bestätigt die einstweilige Verfügung durch Urteil vom 29. April 1975. In der Hauptsache gab es durch Urteil vom 28. Juni 1977 der Berufung hinsichtlich von vier Grundstücken statt, im übrigen wies es sie zurück. Insoweit hob es die einstweilige Verfügung durch Urteil vom 2. September 1977 auf. Der Bundesgerichtshof stellte auf die Revision des Klägers durch Urteil vom 29. Februar 1980 wegen Nichtigkeit des Kaufvertrages das klageabweisende Urteil des Landgerichts insgesamt wieder her.

Der Kläger erhob gegen St. [REDACTED] die vorliegende Klage auf Ersatz des mit 1.800.000 DM bezifferten Schadens, der ihm dadurch entstanden sei, daß er wegen der einstweiligen Verfügung seinen gesamten Grundbesitz in S. [REDACTED] nicht habe veräußern können, sowie auf Feststellung von dessen Schadensersatzverpflichtung. Dieser erhob Widerklage auf Rückzahlung eines nach seiner Behauptung als Teil des Kaufpreises bereits gezahlten Betrages von 100.000 DM. Das Landgericht wies die Klage durch Teilurteil ab. Während des Berufungsverfahrens verstarb Landwirtschaftsrat i.R. St. [REDACTED] und wurde von der jetzigen Beklagten beerbt. Der Kläger verkaufte im Juli 1983 seinen Grundbesitz in Schney anderweitig für 1.800.000 DM. Das Oberlandesgericht verurteilte die Beklagte unter Zurückweisung der Berufung im übrigen zur Zahlung von 131.875 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 23. Juni 1987, stellte ihre Verpflichtung fest, dem Kläger allen weiteren Schaden seit dem 4. Juni 1981 aus der Vollziehung der einstweiligen Verfügung zu ersetzen, und behielt ihr die Beschränkung ihrer Haftung als Erbin vor.

Die Annahme der Revision der Beklagten hat der Senat durch Beschluß vom 30. März 1989 abgelehnt. Der Kläger wendet sich mit seiner Revision gegen die Zurückweisung seiner weitergehenden Berufung.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I.

Aufgrund des Urteils des Kammergerichts vom 28. Juni 1977 und des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 29. Februar 1980 steht zwischen den Parteien fest, daß der Erblasser der Beklagten gegen den Kläger keinen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dessen acht mit Dreifamilienhäusern bebauten Grundstücken, mithin auch keinen Verfügungsanspruch (§ 935 ZPO) hatte. Deshalb war die von ihm bewirkte Anordnung der einstweiligen Verfügung von Anfang an ungerechtfertigt und er, nachdem er sie durch Zustellung an den Kläger vollzogen hatte, verpflichtet, diesem den aus der Vollziehung entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 945 ZPO). Für diese Nachlaßverbindlichkeit haftet die Beklagte als Erbin (§ 1967 Abs. 1 BGB).

Davon geht das Berufungsgericht rechtlich zutreffend aus.

II.

Der Berufungsrichter schätzt den dem Kläger durch die Vollziehung der ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung entstandenen Schaden nach § 287 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Vorschrift entscheidet, wenn unter den Parteien streitig ist, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch er sich belaufe, hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen eine Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt seinem Ermessen überlassen. Es kann den Beweisführer über den Schaden vernehmen.

Auch davon geht das Berufungsurteil rechtlich zutreffend aus.

1. Das Berufungsgericht hat sich aufgrund der von ihm zu verantwortenden Würdigung des Sachverhalts und des Ergebnisses der Beweisaufnahme von der Richtigkeit des Vortrags des Klägers überzeugt, er habe Ende 1974 seinen Grundbesitz in S. ■■■■ verkaufen wollen und sei daran durch die von dem Erblasser der Beklagten erwirkte und vollzogene ungerechtfertigte einstweilige Verfügung gehindert worden. Seine weitere Behauptung, er würde andernfalls den Grundbesitz zum Preise von 2.650.000 DM oder 2.430.000 DM an den im September 1975 verstorbenen Dr. Bö. ■■■■ veräußert haben, hat das Berufungsgericht nicht für ausreichend wahrscheinlich erachtet, als Grundlage der Schadensberechnung zu dienen.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Sie versucht darzutun, der Berufungsrichter habe allgemein, und so auch bei der Bewertung des Vortrags über den Verkauf an Dr. Bö■■■■, nicht immer erkannt, daß es für seine Meinungsbildung über die Höhe des Schadens keines Beweises der maßgeblichen Umstände bedürfe, vielmehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit ausreiche.

Die Rüge ist nicht begründet. Die Ausführungen des Berufungsurteils, es bestehe "auch unter Berücksichtigung der Beweiserleichterungen der §§ 252 BGB, 287 ZPO keine ausreichende Wahrscheinlichkeit" für den behaupteten Verkauf an Dr. Bö■■■■, zeigen, daß der Tatrichter die rechtlichen Voraussetzungen für die von ihm vorzunehmende Schätzung nicht verkannt hat. Der Zusatz, "zur Überzeugung des Senats" bestehe eine solche Wahrscheinlichkeit nicht, besagt geradezu, daß das Gericht sich bewußt war, daß eine Wahrscheinlichkeit ausreiche.

b) Die Abwägung, die das Berufungsgericht für seine Prüfung eines geplanten Verkaufs an Dr. Bö■■■■ vorgenommen hat, greift die Revision mit der Rüge an, es habe wesentlichen Schriftwechsel außer acht gelassen und hätte die Zeugen Be■■■■, C■■■■ und F■■■■ vernehmen, gehörte Zeugen einander gegenüberstellen und erwägen müssen, den Kläger als Partei zu vernehmen. Dabei übersieht die Revision, daß es dem Berufungsrichter im Rahmen des § 287 ZPO überlassen war, ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme anzuordnen sei. Daß er dabei sein Ermessen unrichtig ausgeübt (vgl. BGHZ 92, 85, 86 f) oder wesentliche, die Entscheidung bedingende (vgl. Senatsurt. v. 14. März 1985 - IX ZR 26/84, NJW 1986,

1329, 1331) Umstände außer acht gelassen habe, zeigt die Revision nicht auf. Sie setzt vielmehr ihre Ansicht an die Stelle der Ansicht des Berufungsrichters, der einen geplanten und durch die einstweilige Verfügung gescheiterten Verkauf an den verstorbenen Dr. Bö[REDACTED] nicht für wahrscheinlich gehalten hat. Das ist ihr verwehrt. Die Beklagte hatte Verkaufsverhandlungen zwischen dem Kläger und Dr. Bö[REDACTED] bestritten. Weshalb das Berufungsgericht die vernommenen Zeugen nicht unter Gegenüberstellung erneut vernommen hat, führt sein Urteil aus. Nach der Vernehmung der Zeugen des Klägers hatte die Beklagte Lichtbilder des angeblichen Kaufinteressenten Dr. Bö[REDACTED] vorgelegt (Hüllen Bl. 1257, 1312 d.A.). Eine erneute Vernehmung der Zeugen anzuordnen und ihnen diese Lichtbilder vorzulegen, lag ebenso im Ermessen des Berufungsgerichts. Daß es das nicht getan hat, war im Rahmen des § 287 ZPO nicht rechtsfehlerhaft, wird im übrigen von der Revision des Klägers auch nicht gerügt.

2. Das Berufungsgericht stellt, sachverständig beraten, aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme fest, daß der Kläger, wäre er nicht durch die einstweilige Verfügung gehindert gewesen, seinen Grundbesitz in S[REDACTED] Ende 1974 für wenigstens 1.700.000 DM hätte veräußern können, dieser Betrag mithin den Mindestschaden darstelle.

a) Die Revision hält die Ermittlung des Schadensbetrages für rechtsfehlerhaft und rügt, das Berufungsgericht habe bei der Ermittlung des Schadens Zeugenaussagen unberücksichtigt gelassen. Abgesehen davon, daß sich das Berufungsurteil mit einem Teil der von der Revision bezeichneten Zeugenaussagen, wenn auch an anderer Stelle befaßt, sie also zur

Kenntnis genommen hat, enthält es eine eingehende und sehr sorgfältige Begründung für den vom Berufungsrichter geschätzten Mindestschaden (Mittelwert zwischen dem von dem Sachverständigen L [REDACTED] für 1974 angenommenen Sachwert von 1.800.000 DM und dem um 20 v.H. geringeren Ertragswert). Mit ihren Erwägungen versucht die Revision wiederum nur, ihre Vorstellungen an die Stelle des von dem Berufungsrichter zulässigerweise geschätzten Mindestschadens (vgl. BGH Urt. v. 16. Dezember 1963 - III ZR 47/63, NJW 1964, 589; BGHZ 91, 243, 256) zu setzen.

b) Zu Unrecht bezweifelt die Revision unter Hinweis auf die Ausführungen im Berufungsurteil, der Betrag von 1.700.000 DM sei als im Jahre 1974 erreichbarer Verkaufspreis "eher zu Lasten des Klägers niedrig geschätzt", daß der Berufungsrichter den Begriff des Mindestschadens verkannt habe. Es mag für die Entstehung eines höheren Schadens noch eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehen, die für die wenig über dem Mindestschaden liegenden Beträge verhältnismäßig hoch sein kann und für weitere Beträge immer geringer wird. Sache des Tatrichters ist es, unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände die Grenze zu ermitteln, bis zu der für die Schätzung eines Schadens eine ausreichende Grundlage vorhanden ist (BGH Urt. v. 16. Dezember 1963 aaO).

III.

Der Kläger hatte zur Berechnung seines Schadens behauptet, er hätte den bei der Veräußerung seines Grundbesitzes Ende 1974 erzielten Erlös, den der Berufungsrichter auf 1.700.000 DM geschätzt hat, in 6%igen Pfandbriefen angelegt, wie er es in seinem Schreiben vom 13. November 1974 dem Erblasser der Beklagten auch angekündigt habe. Davon hat sich das Berufungsgericht "auch unter Heranziehung der §§ 252 BGB, 287 ZPO" nicht zu überzeugen vermocht, eine solche Anlage also für nicht ausreichend wahrscheinlich gehalten. Es geht davon aus, daß eine solche Anlage für Steuerpflichtige mit hohem Steuersatz 1974 lukrativ gewesen sei und daß der Kläger das Schreiben abgesandt habe, hält das jedoch nicht für ausreichend. Seine Annahme fehlender Wahrscheinlichkeit für die vom Kläger behauptete Anlage begründet es damit, daß sie nur für denjenigen sinnvoll gewesen sei, der zehn oder mehr Jahre, nämlich bis zur Einlösung der Papiere, auf sein Kapital nicht angewiesen gewesen sei. Andernfalls wäre der Anleger nämlich Gefahr gelaufen, die Papiere in einer neuen Hochzinsphase veräußern zu müssen und in der Zwischenzeit nur 6 % Zinsen erhalten zu haben, während er sein Kapital bei der Anlage auch mit 9%iger Verzinsung hätte anlegen können.

Diese Begründung verstößt, wie die Revision mit Recht rügt, gegen die Denkgesetze. Hätte der Kläger 1974, wie der Berufungsrichter für seine Überlegungen unterstellt, 6%ige

Hypothekenpfandbriefe mit einer Laufzeit bis 1992 zu einem Kurse von 63 gekauft, würde er für das eingesetzte Kapital von 63 DM für den Erwerb eines Pfandbriefes im Nominalbetrage von 100 DM jährlich 6 DM Zinsen erhalten, also eine dauernde Verzinsung von fast 10 % jährlich erzielt haben und in der Lage gewesen seien, die Papiere in einer zwischenzeitlichen Niedrigzinsphase, jedenfalls aber mit dem Näherrücken des Einlösungstermins mit Kursgewinn zu veräußern.

Es läßt sich nicht ausschließen, daß der Berufungsrichter bei richtiger Bewertung einen dem Vortrag des Klägers entsprechenden Erwerb der Pfandbriefe für wahrscheinlich erachtet hätte und dann insgesamt zu einer anderen Schadensschätzung gekommen wäre.

Deshalb kann sein Urteil keinen Bestand haben.

IV.

Der Kläger hatte weiter behauptet, die einstweilige Verfügung, die der Erblasser der Beklagten zu den Grundakten eingereicht hatte, habe auch Kaufinteressenten für die beiden mit je einem Achtfamilienhause bebauten, von der Verfügung nicht betroffenen Grundstücke von einem Erwerb abgehalten. Aus diesem Grunde und weil er bei einem Einzelverkauf der Grundstücke Gefahr gelaufen wäre, daß die Finanzbehörde die verschiedenen Veräußerungsgeschäfte als eine

steuerauslösende gewerbliche Betätigung gewertet hätte (vgl. BFHE 109, 431), habe er seinen Grundbesitz nur insgesamt verkaufen können. Daß sei ihm erst im Juli 1983 möglich gewesen.

Der Berufungsrichter geht bei seiner Schadensschätzung davon aus, daß der Kläger nach § 254 Abs. 2 BGB gehalten gewesen sei, seine Grundstücke einzeln zu verkaufen, und führt aus, er vermöge "sich nicht davon zu überzeugen, daß es unmöglich gewesen wäre, die von dem Verfügungsverbot nicht betroffenen Acht-Familien-Häuser zu veräußern." Damit hat das Berufungsgericht seine Schätzung unter Verkennung der Beweislast vorgenommen.

§ 254 Abs. 1 BGB bestimmt, daß, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon abhängt, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist. Nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB gilt dies auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Für die Revisionsinstanz ist zu unterstellen, daß der Kläger durch sein Schreiben vom 13. November 1974 den Erblasser der Beklagten auf die Gefahr des Schadens hingewiesen hat. Das Berufungsgericht lastet ihm an, er habe es unterlassen, den Schaden zu mindern. Bei

der Frage, ob es dem Kläger überhaupt möglich gewesen wäre, die Grundstücke einzeln zu verkaufen, er also seine - wie der Berufungsrichter annimmt - Obliegenheit aus § 254 Abs. 2 BGB verletzt hat, handelt es sich um eine Frage der haftungsbegründenden Kausalität, die nach dem Strengbeweis des § 286 ZPO festzustellen ist (vgl. BGH Urt. v. 24. Juni 1986 - VI ZR 222/85, BGHR ZPO § 287, Schadensminderungspflicht 1 m.w.N. = NJW 1986, 2945, 2946, Nr. 2), für deren Voraussetzungen die Beklagte beweispflichtig ist. Der Berufungsrichter hat die Voraussetzungen des § 254 Abs. 2 BGB unter einem falschen rechtlichen Gesichtspunkt bejaht. Auch aus diesem Grunde kann sein Urteil keinen Bestand haben.

V.

Die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache gibt dem Berufungsrichter Gelegenheit, den dem Kläger zu ersetzenden Schaden auf der Grundlage rechtsfehlerfreier Bewertung des Sachverhalts erneut zu schätzen.

1. Dabei wird der Berufungsrichter auch zu erwägen haben, ob dem Kläger angesichts seines Vortrags, Großanleger seien an einem Kauf einzelner Grundstücke nicht interessiert gewesen, und der Möglichkeit, daß die Finanzbehörde die Veräußerung von zehn einzelnen Grundstücken als gewerbliche Tätigkeit ansehen könnte, ein solcher Verkauf zumutbar gewesen wäre. Sollte es dazu kommen, die Frage zu bejahen, wird es sich mit dem Vorbringen des Klägers zu befassen haben, er habe sich auch bemüht, einzelne Teile des Grundbesitzes zu verkaufen, jedoch keinen Erfolg gehabt.

2. Soweit das Berufungsgericht auf der Grundlage des ihm unterbreiteten Sachverhalts weitere Ansprüche des Klägers verneint hat, greifen die Rügen der Revision nicht durch.

Da, wie vorstehend unter II ausgeführt, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist, daß das Berufungsgericht einen Verkauf des Grundbesitzes an Dr. Bö[REDACTED] nicht als wahrscheinlich angesehen hat, läßt seine Verneinung eines Schadens des Klägers durch das Nichtzustandekommen des Erwerbs eines Hauses in Lugano oder wegen einer Verpflichtung, an den Zeugen G[REDACTED] Maklerprovision zu zahlen, ebenfalls Rechtsfehler nicht erkennen. Daß es die Verpfändung des Verkaufserlöses auf dem Eurodollarmarkt nicht für wahrscheinlich erachtet hat, hält sich im Rahmen des dem Gericht in § 287 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessens. Daß der Berufungsrichter die Umstände, die zum Scheitern des Veräußerungsvertrages mit dem Kaufinteressenten Bu[REDACTED] führten, nicht festzustellen vermocht und deshalb eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten insoweit verneint hat, ist ebenfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

3. Im Rahmen der neu zu treffenden Kostenentscheidung wird das Berufungsgericht auch über die Kosten der Revision der Beklagten, die nicht angenommen worden ist, befinden müssen.

Merz

Henkel

Fuchs

Gärtner

Kreft