

153

BUNDESGERICHTSHOF

2139 017

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 188/65

URTEIL

Verkündet am

20. Dezember 1967

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Günter B [REDACTED] in N [REDACTED],
Fr [REDACTED], als Konkursverwalter über das
Vermögen der E [REDACTED] Treuhandgesellschaft für Wohnungs-
eigentum mit beschränkter Haftung in N [REDACTED],
E [REDACTED] Gasse [REDACTED]/[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Hausfrau Emma P [REDACTED] in Sch [REDACTED], L [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier

für R e c h t erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 22. Juni 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte schloß am 5. Oktober 1959 mit der "E■■■■" Treuhandgesellschaft für Wohnungseigentum mbH in N■■■■ einen "Betreuungs-Vertrag (Vorvertrag)" zum Erwerb einer von der E■■■■ noch zu bauenden Eigentumswohnung. Sie zahlte auf den Kaufpreis von 32 860 DM eine erste Rate von 13 144 DM und einen "Kautionsbetrag" von 300 DM ein. Da sie alsbald Bedenken wegen der wirtschaftlichen Verhältnisse der E■■■■ bekam, machte sie schon am 31. Oktober 1959 von dem vorbehaltenen Kündigungsrecht Gebrauch und erwirkte, da sie ihre Einlage nicht zurückerhielt, am 9. Februar 1960 einen Vollstreckungsbefehl über (einen Teilbetrag von) 6 000 DM nebst Zinsen und Kosten gegen die E■■■■. Aufgrund dieses Vollstreckungsbefehls wurde am 16. Februar 1960 auf einem Grundstück der E■■■■ eine

Zwangshypothek von 6 481,49 DM eingetragen. Am 18. März 1960 fiel die E in Konkurs. Der klagende Konkursverwalter erhob 1 Jahr später gegen die Beklagte Anfechtungsklage mit dem Antrage, sie zu verurteilen, die Zwangshypothek löschen zu lassen. Während des Anfechtungsrechtsstreits verhandelten die Parteien über einen Vergleich. Der Kläger hatte angeblich die Möglichkeit, das Grundstück bei Freistellung von allen Lasten günstig für 32 000 DM zu verkaufen und bot deshalb der Beklagten, deren Zwangshypothek u.a. hinter einer Eigentümergrundschild von 108 000 DM an völlig aussichtsloser Stelle stand, gegen Löschung der Zwangshypothek 1 000 DM bei Teilung der Kosten des Anfechtungsrechtsstreits oder aber volle Übernahme dieser Kosten an (Schreiben vom 21. September, 28. September 1961, 6. Februar 1962). Die Beklagte beharrte demgegenüber auf Zahlung von 1 500 DM und Übernahme der gesamten Kosten des Anfechtungsrechtsstreits durch den Kläger (Schreiben vom 26. September 1961 und 14. Februar 1962). Ein Vergleich kam nicht zustande. Das Grundstück wurde für 16 100 DM zwangsversteigert, die Zwangshypothek der Beklagten fiel aus. Damit erledigte sich der Anfechtungsrechtsstreit. Das Landgericht legte gemäß § 91 a ZPO dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits auf, das Oberlandesgericht entschied umgekehrt, weil die Beklagte im Anfechtungsprozeß voraussichtlich den ihr nach § 30 Nr. 2 KO obliegenden Entlastungsbeweis nicht hätte erbringen können.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger Schadensersatz, weil die Beklagte schikanös, jedenfalls aber schuldhaft (§ 286 BGB) durch die Verweigerung der gemäß § 37 KO geschuldeten Löschungsbewilligung den vorteilhaften freihändigen Verkauf des Grundstücks hintertrieben habe. Der Kläger bezifferte



den Schaden auf 16 944,59 DM. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, und zwar das Landgericht, weil der Beklagten ein Verschulden nicht zur Last falle, das Berufungsgericht, weil der Kläger durch überwiegendes eigenes Verschulden selbst den Schaden für die Konkursmasse verursacht habe. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageforderung weiter; die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht führt aus:

Der Kläger sei verpflichtet gewesen, alles zu tun, um das Grundstück möglichst günstig zu verwerten. Wenn im Spätsommer 1961 ein Interessent das Grundstück lastenfrei für 32 000 DM habe erwerben wollen, so habe der Kläger der Beklagten anbieten sollen, gegen ihre Zustimmung zur Löschung der Zwangshypothek " von dem Verkaufserlös einen der dinglich gesicherten Forderung der Beklagten entsprechenden Betrag mit der Maßgabe zu hinterlegen, daß er an die Partei auszusahlen sei, die nach einer in dem anhängigen Konkursanfechtungsverfahren ergehenden rechtskräftigen Entscheidung obsiegen würde". Ein solches Angebot würde die Beklagte als in ihrem Interesse liegend angenommen haben. Es sei auch bei Einschaltung eines Notars rechtstechnisch ohne Schwierigkeiten durchzuführen gewesen und würde die Konkursmasse vor Schaden bewahrt haben.

2. Die Revision rügt in erster Linie, § 254 BGB sei hier nicht anwendbar gewesen. Der Kläger, dessen Verhalten hier gemäß § 254 berücksichtigt werden solle,

sei nicht der Geschädigte im Sinne dieser Bestimmung; dies sei vielmehr die Konkursmasse. Die Revisionsrüge ist unbegründet: §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB.

3. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe einerseits erhebliches Parteivorbringen nicht berücksichtigt, andererseits durch Feststellungen, die über den Parteivortrag hinausgingen, den Verhandlungsgrundsatz verletzt und die Parteien mit der Entscheidung überrascht. Diese Rüge hat Erfolg.

a) § 254 BGB ist eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben für einen Sonderfall: Der Geschädigte solle den durch zurechenbares eigenes Verhalten mitverursachten Schaden anteilig, u.U. sogar ganz, selbst tragen. Denn es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, den Schädiger auch insoweit haften zu lassen, als der Geschädigte durch zurechenbares Verhalten den Schaden mitverursacht oder es unterlassen hat, ihn abzuwenden. Ob und mit welchem Ergebnis § 254 BGB eingreift, richtet sich deshalb in erster Linie danach, ob dem Geschädigten billigerweise zugemutet werden konnte, zur Abwendung der dem Schädiger drohenden Schadensersatzpflicht sich selbst anders, als tatsächlich geschehen, zu verhalten. In dieser Hinsicht geht das Berufungsurteil am Kern der Sache vorbei.

b) Die Zwangshypothek der Beklagten war in Abt. III unter Nr. 4 eingetragen, hinter einer Sicherungshypothek von 2 225 DM (Nr. 1), einer nicht valutierten Buchhypothek (die deshalb Eigentümergrundschild war) in Höhe von 108 000 DM (Nr. 2) und einer Grundschild von 8 000 DM (Nr. 3). Die Vorbelastungen betrugen also 118 225 DM. Nur einen Bruchteil davon war unstreitig das Grundstück wert. Die Zwangshypothek selbst war deshalb völlig wert-

los und gab der Beklagten nur eine formale Rechtsposition. Gleichgültig, ob sie den Anfechtungsrechtsstreit gewann oder verlor, aus der Zwangshypothek hatte sie nichts zu erwarten. Warum unter diesen Umständen die - durch Anwälte beratene - Beklagte sich auf einen zweifelhaften Anfechtungsrechtsstreit einließ, in dem ihr nach § 30 Nr. 2 KO der volle Entlastungsbeweis oblag, ist nicht ohne weiteres verständlich. Aus dieser Situation heraus ist das Verhalten der Parteien zu werten.

Auf ein Schreiben des Klägers vom 21. August 1961, in dem dieser zutreffend auf die völlige Wertlosigkeit der Zwangshypothek sowie auf die Möglichkeit eines freihändigen Verkaufs hinwies, antworteten die Anwälte der Beklagten am 28. August 1961:

"...

(Die Beklagte) erklärt uns, sie sei nur dann mit der Löschung der ... Zwangshypothek einverstanden, wenn vorher der unserer Mandantin zustehende Betrag von DM 13 444 nebst den zwischenzeitlich aufgelaufenen Zinsen auf einem Sperrkonto hinterlegt wird, bis zum rechtskräftigen Abschluß des beim Landgericht anhängigen Rechtsstreits."

Der Kläger antwortete am 21. September 1961:

"In Sachen ... gegen ... scheint Ihre Auftraggeberin nach dem Schreiben vom 28.8.61 zu erkennen, daß sie bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks in jedem Falle mit der Sicherungszwangshypothek ausfällt, da der Wert des Grundstücks ja erheblich niedriger ist als die im Range vorangehende Eigentümergrundschuld mit

ca. 102 000. Der Konkursverwalter würde also eine grobe Pflichtverletzung begehen, wenn er zu Gunsten Ihrer Auftraggeberin einen Betrag hinterlegen würde, den diese auch im günstigsten Fall, nämlich bei Gewinn des Rechtsstreits, überhaupt nicht erhalten könnte.

Da inzwischen die Kreissparkasse Schwabach die Zwangsversteigerung des Grundstücks bereits in die Wege geleitet hat, so daß für einen freihändigen Verkauf nur noch ganz kurze Zeit bliebe, habe ich Ihrer Auftraggeberin einen letzten Vorschlag zur gütlichen Bereinigung zu machen.

Dieser lautet dahin, daß Ihre Auftraggeberin die Sicherungszwangshypothek sofort löschen läßt, wogegen nach Wahl Ihrer Auftraggeberin

- a) der Konkursverwalter ohne Anerkennung einer Rechtspflicht innerhalb von 4 Wochen nach Abschluß eines solchen Vergleichs DM 1 000,-- bei Kostenaufhebung bezahlt oder
- b) der Konkursverwalter sämtliche Kosten des Rechtsstreits übernimmt.

Ihre Auftraggeberin möge hierbei, wie gesagt, bedenken, daß sie selbst bei Gewinn des Rechtsstreits keine günstigere Lösung erzielen kann. Dabei ist ein Obsiegen nach dem Ausgang der Parallelprozesse mehr als unwahrscheinlich; vielmehr muß ich Ihrer Auftraggeberin gemäß § 254 BGB auf die Gefahr eines unverhältnismäßig hohen Schadens hinweisen, der meinem Mandanten bei einer erneuten Verweigerung dieser wirklich entgegenkommenden Regelung entstehen würde und worauf ich bereits mit Schreiben vom 21.8.61 hingewiesen habe."

Die Anwälte der Beklagten erwiderten am 26. September 1961:

"Es überrascht uns, daß Ihr Angebot nur auf DM 1 000,- lautet, nachdem wir längst davon Kenntnis haben, daß der Gläubigerausschuß eine Abfindung unserer Mandantin mit DM 1 500,- aus dem Erlös des zu verkaufenden Grundstücks gutgeheißen und beschlossen hatte. Wir würden unserer Mandantin die Annahme eines solchen Vergleichsangebots empfohlen haben unter folgender Voraussetzung:

- 1) Der Konkursverwalter zahlt an unsere Mandantin für deren Löschungsbereitschaft DM 1 500,-.
- 2) Der Konkursverwalter nimmt die Klage zurück und trägt die Kosten des Verfahrens.
- 3) Unsere Mandantin nimmt im übrigen wie jeder Gläubiger wegen ihrer Restforderung am Konkurs teil und wird quotenmäßig befriedigt.

Dieses Angebot ist nach Sach- und Rechtslage sehr günstig für den Konkurs.

Es kann, nachdem der Gläubigerausschuß schon seine Zustimmung gegeben hat, sicherlich auch angenommen werden."

Der Kläger lehnte den Gegenvorschlag der Beklagten mit Schreiben vom 28. September 1961 ab. In dem Schreiben heißt es:

"In Sachen ... kann der Konkursverwalter Ihren Vergleichsvorschlag vom 26.9.1961 nicht annehmen, da dieser für die Konkursmasse völlig uninteressant wäre. Der Prozeß muß also leider durchgeführt werden, falls sich Ihre Auftraggeberin nicht innerhalb einer Nachfrist bis zum Termin vom

Dienstag, den 3. Oktober 1961

doch noch zur Annahme meines wirklich entgegenkommenden Vorschlages vom 21.9.1961 entschließen sollte, zumal die Fortführung des Prozesses für Sie keinesfalls ein schlechteres Ergebnis zeitigen würde.

Im übrigen darf ich der Ordnung halber klarstellen, daß der Gläubigerausschuß zur vergleichsweisen Bereinigung dieser Sache einen Betrag von DM 1 500,- bewilligt hat, mit welchem ja auch die angefallenen Kosten getilgt werden sollen.

Ferner mache ich darauf aufmerksam, daß Ihre Auftraggeberin gemäß § 37 KO bereits nach vollzogener Anfechtung zur Löschung verpflichtet war, so daß sie sehr wohl eine Schadensersatzpflicht trifft,

wenn sie Ihrer Verpflichtung auch bis heute noch nicht nachgekommen ist."

c) Das Berufungsgericht hätte sich damit auseinandersetzen müssen, wann bei diesem Ablauf der Dinge der Kläger seinerseits mit seinem Hinterlegungsvorschlag an die Beklagte hätte herantreten sollen. Dafür kam offensichtlich nur das Schreiben des Klägers vom 21. September 1961 als Antwort auf das Schreiben der Anwälte der Beklagten vom 28. August 1961 in Betracht. Dieses letztere Schreiben enthielt aber einen der Sachlage nicht im mindesten gerecht werdenden Vorschlag. Da die Belastungen den Wert des Grundstücks und den bei einem freihändigen Verkauf zu erzielenden Kaufpreis um das Mehrfache überstiegen, konnte die Beklagte unter keinem Gesichtspunkt selbst bei einem Obsiegen in dem Anfechtungsprozeß auch nur einen Teil des Erlöses für sich beanspruchen und der Kläger hatte deshalb ihr gegenüber keinen Anlaß, auch nur einen Teil des Kaufpreises bis zur Beendigung des Anfechtungsrechtsstreites zu hinterlegen. Die Beklagte wollte sich aber nicht einmal mit der Hinterlegung des Betrages ihrer Zwangshypothek begnügen, sondern verlangte die Hinterlegung eines Betrages in Höhe ihrer gesamten Forderung, also eines doppelt so hohen Betrages. Wenn der Kläger unter Zurückweisung dieses Angebotes seinerseits für die Löschung der Zwangshypothek 1 000 DM und Übernahme der halben Kosten oder Übernahme der ganzen Kosten des Anfechtungsrechtsstreits anbot, so brachte er damit das Vergleichsgespräch erst in die richtige Bahn: Bei einem Vergleich konnte es sich für den Kläger nur darum handeln, der Beklagten ihre an sich wertlose formale Rechtsposition abzukaufen, weil

diese einem freihändigen Verkauf des Grundstücks im Wege stand. Der Kaufpreis für die an sich wertlose, aber dem Kläger lästige formale Rechtsposition der Beklagten konnte unter diesen Umständen nur bescheiden bemessen werden. Wenn die Beklagte - durch ihre Anwälte - versuchte, einen höheren Preis zu erzielen, so war das ihr gutes Recht. Wenn sie aber daran den Vergleich scheitern ließ, und zwar trotz nochmaligen dringenden Hinweises des Klägers (Schreiben vom 6. Februar 1962, Anlage 6 der Belegmappe) auf eine drohende Schadensersatzpflicht der Beklagten, so übernahm sie damit nicht nur das Risiko, im Anfechtungsrechtsstreit zu unterliegen und mit den Prozeßkosten belastet zu werden, sondern auch das volle Risiko, gemäß § 286 BGB dem Kläger schadensersatzpflichtig zu werden. Es kann unter diesen Umständen nicht die Rede davon sein, daß dem Kläger auch nur ein Teil des Schadens über § 254 BGB angelastet werden könnte, nachdem die Beklagte unter falscher Einschätzung der Stärke ihrer Position die Vergleichsverhandlungen hat scheitern lassen. Das gilt selbst dann, wenn es für die Konkursmasse im Ergebnis vorteilhafter gewesen sein sollte, daß der Kläger der Beklagten weitere Konzessionen gemacht und damit einen freihändigen Verkauf des Grundstücks ermöglicht hätte. Darauf kann die Beklagte im Rahmen des § 254 BGB sich nicht berufen. Der Kläger handelt nicht gegen Treu und Glauben, wenn er - die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches im übrigen unterstellt - von der Beklagten vollen Schadensersatz verlangt, nachdem er ihr ein nicht unangemessenes Vergleichsangebot gemacht und sie nachdrücklich auf die Möglichkeit einer Schadensersatzpflicht hingewiesen hat.

Die Abweisung der Klage läßt sich deshalb aus § 254 BGB nicht rechtfertigen.

4. Das Revisionsgericht kann auch das Berufungsurteil nicht aus einem anderen Grunde aufrecht erhalten, etwa weil die Voraussetzungen eines Anspruchs des Klägers aus § 37 KO zu verneinen oder die des § 285 BGB zugunsten der Beklagten zu bejahen wären. Denn insoweit hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Das Revisionsgericht kann dies nicht von sich aus tun. Das Berufungsurteil war deshalb gemäß § 564 ZPO aufzuheben. In der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht über die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches des Klägers gemäß §§ 37 KO, 286, 284, 285 BGB zu entscheiden haben. Dabei wird es sich hinsichtlich der Voraussetzungen des Anspruchs aus § 37 KO mit den beachtlichen Gründen seines Beschlusses vom 3. Oktober 1962 (3 W 149/62) im Anfechtungsrechtsstreit der Parteien auseinanderzusetzen haben. Ferner wird es für § 285 BGB zu berücksichtigen haben, daß die Beklagte sich ein Verschulden ihrer Anwälte gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müßte.

Da von der Entscheidung des Berufungsgerichts auch abhängt, welche Partei die Kosten der Revision zu tragen hat, war auch diese Kostenentscheidung dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier