

Verkündet
am 4. Mai 1959
Woltscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

I n d e m R e c h t s s t r e i t

des Kaufmanns Franz D [REDACTED], Du [REDACTED], Ra [REDACTED]
[REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Adolf H [REDACTED], K [REDACTED]-Th [REDACTED],
B [REDACTED]-G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. Mai 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Scheffler, Rietschel, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 19. Mai 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kreissparkasse K[REDACTED] hatte der Möbelfabrik U[REDACTED] u. Co. GmbH. in B[REDACTED]-G[REDACTED], deren Notgeschäftsführer der Beklagte war, einen durch Forderungsabtretungen gesicherten laufenden Kredit von 15.000,-- DM eingeräumt. Der mit der Familie U[REDACTED] befreundete Kläger hatte gleichfalls der Firma U[REDACTED] im Jahre 1952 mehrmals Kredite gewährt.

Am 2. September 1952 übernahmen der Kläger und seine Ehefrau gegenüber der Sparkasse die selbstschuldnerische Bürgschaft für eine der Firma U[REDACTED] zugesagte Krediterhöhung um 20.000,-- DM auf 35.000,-- DM. Als Sicherheit für alle Ansprüche, einschließlich der dem Kläger und seiner Ehefrau aus der Bürgschaft zustehenden, übereignete die Firma U[REDACTED] durch Vertrag vom 6. September 1952 dem Kläger und seiner Ehefrau Fabrikeinrichtungsgegenstände, Waren und dergleichen und trat sie ihnen Forderungen ab.

Im Verlaufe von Verhandlungen zur Erhöhung des Kredits der Firma U[REDACTED] auf 50.000,-- DM verlangte die Sparkasse eine dingliche Sicherung des Kredits. Es war davon die Rede, daß dem Beklagten an dem von der Firma U[REDACTED] benutzten, der Schwester des Beklagten gehörenden Fabrikgrundstück eine Grundschuld von 50.000,-- oder 55.000,-- DM bestellt werden und der Beklagte alsdann diese Grundschuld der Sparkasse zur Sicherheit abtreten sollte. Der Kläger schrieb am 19. September 1952 der Sparkasse:

"Sobald die von Herrn Adolf H[REDACTED] (= Beklagten) zugestandene Hypothek auf dem Fabrikgrundstück in Höhe von 50.000,-- DM zu Ihren Gun-

- 3 -

sten eingetragen ist, soll der Kredit bis zu 50.000,— DM in Anspruch genommen werden können. Erst von diesem Zeitpunkt ab tritt unsere Bürgschaft in voller Höhe, d. h. für 35.000,— DM in Kraft, so daß wir bis dahin nur für 20.000,— DM haften."

Am 28. Oktober 1952 ließ der Beklagte eine ihm zustehende, auf dem Fabrikgrundstück lastende Grundschuld über 20.000,— RM auf 20.000,— DM umstellen. Außerdem bestellte ihm seine Schwester auf diesem Grundstück zwei weitere Grundschulden von 20.000,— DM und 35.000,— DM.

Als die Sparkasse am 13. November 1952 der Firma U. über den laufenden Kredit von 35.000,— DM hinaus einen Überziehungskredit von 5.000,— DM gewährte, trat der Beklagte die umgestellte Grundschuld von 20.000,— DM an die Sparkasse ab. Im Schreiben vom 13. November 1952 brachte er der Sparkasse gegenüber zum Ausdruck, daß die Abtretung einstweilen nur in Höhe von 5.000,— DM gelte, da er seine Rechte aus der Abtretung noch mit den Gesellschafterinnen der Firma U. aushandeln müsse. Am 21. November 1952 schrieb er der Sparkasse, die abgetretene Grundschuld könne auch zur Sicherung gegen einen etwaigen Ausfall der selbstschuldnerischen Bürgschaft des Klägers und seiner Ehefrau verwandt werden.

Die Sparkasse teilte dem Kläger am 1. Dezember 1952 mit, die abgetretene Grundschuld von 20.000,— DM stelle noch keine Sicherheit dar, da sie laut Schreiben des Beklagten nur bis zum Betrage von 5.000,— DM gültig sein solle, sie, die Sparkasse, müsse deshalb den Kläger gegebenenfalls aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen.



Am folgenden Tag, dem 2. Dezember 1952, schrieb der Beklagte der Sparkasse, er sei nach wie vor bereit, die abgetretene Grundschuld, solange mit den Gesellschafterinnen noch keine Verständigung erzielt sei, als Deckung für den den gegenwärtigen Kredit übersteigenden Betrag gelten zu lassen.

Am 5. Dezember 1952 gewährte der Kläger der Firma U ein Darlehen von 3.000,— DM, damit diese ihren Angestellten und Arbeitern die Gehälter und Löhne zahlen konnte. Aus diesem Anlaß vereinbarten die Parteien, und zwar der Beklagte im eigenen Namen und als Geschäftsführer der Firma U:

"Für die heute von (Kläger) erhaltenen DM 3.000,—, die für die Zahlung von Lohn- und Gehaltsrückständen bestimmt sind, gilt als vereinbart, daß (Kläger) an der von RM 20.000,— auf DM 20.000,— umgestellten und von (Beklagten) an die Kreissparkasse sicherheitshalber abgetretenen Grundschuld ein Anrecht in Höhe von DM 3.000,— besitzt und der Grundschuldbrief, sobald er von der Kreissparkasse an (Beklagten) wieder zurückgegeben worden ist, (dem Kläger) als Sicherheit zu treuen Händen eines von ihm zu bestimmenden Notars auszuhändigen ist. Rechte aus diesem Grundschuldbrief kann (Kläger) jedoch nur bis zur Höhe von DM 3.000,— herleiten....."

Weitere Darlehen für Lohn- und Gehaltszahlungen im Gesamtbetrage von 10.000,— DM gewährte der Kläger der Firma U am 11., 18. und 23. Dezember 1952. Hierzu ver-

einbarten die Parteien am 23. Dezember 1952 schriftlich, daß die Regelung vom 5. Dezember 1952 auch für die neuen Darlehen gelten sollte.

Am 27. Februar 1953 wurde über das Vermögen der Firma U [REDACTED] das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter hat den Sicherungs- und Übereignungsvertrag vom 6. September 1952 mit dem Kläger und dessen Ehefrau angefochten. In dem hierüber geführten Rechtsstreit gab der Kläger vergleichsweise einen erheblichen Teil der ihm gewährten Sicherheiten frei.

Die Sparkasse hat den Kläger bisher nicht aus der Bürgschaft in Anspruch genommen. Den Grundschuldbrief über 20.000,— DM besitzt sie noch. Ihre Forderung gegen die Firma U [REDACTED] beläuft sich auf etwa 18.000,— DM.

Der Kläger verlangt vom Beklagten Schadensersatz wegen Verstosses gegen die Vereinbarungen vom 5. und 23. Dezember 1952 sowie wegen unerlaubter Handlung. Er behauptet, der Beklagte habe sich ihm und der Sparkasse gegenüber verpflichtet, die der Sparkasse abgetretene Grundschuld sowie seine und seiner Ehefrau Bürgschaft über 20.000,— DM durch Gestellung dinglicher Sicherheiten in einer Gesamthöhe von 55.000,— DM auszulösen. Außerdem habe ihm der Beklagte am 5. Dezember 1952 und in der Folge vorgespiegelt, die der Sparkasse abgetretene Grundschuld sei in Höhe von 15.000,— DM für ihn noch frei. Im Vertrauen hierauf habe er der Firma U [REDACTED] die Darlehen von zusammen 13.000,— DM gegeben. Schon jetzt stehe fest, daß er im Konkursverfahren der Firma U [REDACTED] mit mindestens 8.000,— DM ausfallen werde. Ein weiterer Schaden sei wahrscheinlich. Er hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 8.000,—

DM. nebst Zinsen zu verurteilen, ferner festzustellen, daß dieser verpflichtet sei, ihm allen weiteren Schaden zu ersetzen, der aus der Nichtübertragung der im Vertrag vom 5. und 23. Dezember 1952 genannten Grundschuld entstehen werde.

Der Beklagte hat aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen um Klageabweisung gebeten.

— Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat der Kläger zusätzlich behauptet, der Beklagte habe sich anlässlich der Vereinbarung vom 5. Dezember 1952 ihm auch persönlich zur Rückzahlung der der Firma U. gegebenen Darlehen verpflichtet. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Daß sich der Beklagte anlässlich der Vereinbarungen vom 5. und 23. Dezember 1952 persönlich dem Kläger gegenüber verpflichtet habe, die der Firma U. gewährten Darlehen zurückzuzahlen, hält das Berufungsgericht nicht für erwiesen. Die beiden schriftlichen Vereinbarungen enthielten, so führt es aus, nichts dergleichen. Der Kläger habe auch in seinem eingehenden Schreiben vom 9. Dezember 1952 an den Beklagten nichts von einer persönlichen Verpflichtung des Beklagten erwähnt. Die dahingehende Behauptung

tung habe der Kläger auch erst in der vorletzten mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren aufgestellt.

2.) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe unberücksichtigt gelassen, daß der Beklagte nicht nur für die Firma U■■■■, sondern auch persönlich die Vereinbarung vom 5. Dezember 1952 unterschrieben habe (§ 286 ZPO), ist unbegründet. Diese Tatsache ist im Tatbestand des angefochtenen Urteils erwähnt. Das Berufungsgericht hat zwar in den Entscheidungsgründen hierzu nichts gesagt. Das hat es aber offensichtlich nicht für erforderlich gehalten, weil der Beklagte persönlich in der genannten Vereinbarung dem Kläger ein "Anrecht" an seiner Grundschuld auf dem Grundstück seiner Schwester eingeräumt hat. Hierzu bedurfte es seiner persönlichen Mitwirkung. Die Auslegung der schriftlichen Vereinbarung vom 5. Dezember 1952 durch das Berufungsgericht ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Mit der Aussage des Zeugen B■■■■ hat sich das Berufungsgericht eingehend befaßt. Auch diese Aussage, zusammen mit der schriftlichen Vereinbarung vom 5. Dezember 1952 zwang das Berufungsgericht nicht, eine persönliche Verpflichtung des Beklagten zur Rückzahlung der der Firma U■■■■ gewährten Darlehen zu bejahen.

II.

1.) Das Berufungsgericht hält auch nicht für erwiesen, daß sich der Beklagte verpflichtet hat, bei der Sparkasse die Grundschuld von 20.000,- DM zu Gunsten des Klä-

gers auszulösen und dem Kläger und dessen Ehefrau von ihrer zu Gunsten der Firma U[REDACTED] übernommenen Bürgschaft freizustellen.

2.) Die hierzu von der Revision erhobenen Rügen greifen ebenfalls nicht durch.

a) Daß die Schwester des Beklagten zwei Grundschulden über zusammen 55.000,— DM auf dem ihr gehörenden Fabrikgrundstück zu Gunsten des Beklagten bestellt hat, ist im Urteilstatbestand erwähnt. Daraus brauchte das Berufungsgericht nicht zu folgern, der Beklagte habe sich dem Kläger verpflichtet, diese Grundschulden auf die Sparkasse zu übertragen und dadurch den Kläger und dessen Ehefrau von der zu Gunsten der Firma U[REDACTED] übernommenen Bürgschaft zu befreien sowie zu deren Gunsten die im Range vorgehende Grundschuld von 20.000,— DM auszulösen. Der Kläger hat auch nicht behauptet, daß sich die Sparkasse hierauf würde eingelassen haben.

b) Die Bekundung des Zeugen B[REDACTED] hat das Berufungsgericht eingehend gewürdigt. Es hat ihr nicht entnommen, daß sich der Beklagte verpflichtet hat, durch Grundschulden über 55.000,— DM die Grundschuld von 20.000,— DM und die Bürgschaft des Klägers und seiner Ehefrau auszulösen. Dabei hat es sich im Rahmen der ihm zustehenden tatrichterlichen Erwägungen gehalten.

c) Einen Anlaß, nach § 139 ZPO den durch einen Rechtsanwalt vertretenen Kläger zu befragen, welche Zusagen der Beklagte ihm in dieser Richtung gemacht habe, hatte das Berufungsgericht nicht. Diesbezügliche Fragen an den Zeugen B[REDACTED] zu stellen, hatte der Kläger im Beweistermin Gelegenheit.

d) Den Kläger oder Beklagten gemäß § 448 ZPO über die Behauptung des Klägers zu vernehmen, hat der Kläger nicht angeregt. Ein ausreichender Anlaß zu einer dahingehenden Anordnung ist angesichts der schriftlichen Vereinbarungen nicht ersichtlich. Dafür, daß sich das Berufungsgericht der gesetzlichen Möglichkeit aus § 448 ZPO nicht bewußt gewesen sei und sie nicht erwogen habe, hat die Revision nichts dargelegt. In den Urteilsgründen auf § 448 ZPO ausdrücklich einzugehen, war das Berufungsgericht nicht verpflichtet (IM (Nr. 2) ZPO § 448).

e) Die Bestellung der beiden weiteren Grundschulden von zusammen 55.000,— DM auf dem Fabrikgrundstück ist zwischen den Parteien unstreitig. Hierüber eine Auskunft des Amtsgerichts in Bensberg einzuholen, erübrigte sich. Daß aus der Bestellung der beiden Grundschulden noch nicht die vom Kläger behauptete Verpflichtung des Beklagten folgt, ist ausgeführt.

f) Das Berufungsgericht hat die Abrede vom 5. Dezember 1952, der Kläger solle ein "Anrecht" an der Grundschuld von 20.000,— DM besitzen, als Verpflichtung des Beklagten ausgelegt, dem Kläger an der Grundschuld - nach Freigabe durch die Sparkasse - ein Pfandrecht im Betrage seiner Darlehensforderung gegen die Firma U. einzuräumen. Darin, daß in der Vereinbarung vom 5. Dezember 1952 die vom Kläger behauptete Verpflichtung des Beklagten, die Grundschuld über 20.000,— DM und die Bürgschaft des Klägers und seiner Ehefrau auszulösen, nicht erwähnt ist, sieht es ein Anzeichen dafür, daß der Beklagte eine solche Verpflichtung nicht eingegangen ist. Die Revision will dem Satz, daß der Grundschuldbrief, so bald er von der Sparkasse an den Beklagten wieder zurückgegeben wird, dem Kläger als Sicherheit zu treuen Händen eines Notars auszuhändigen ist, die

Verpflichtung des Beklagten entnehmen, die Grundschuld über 20.000,— DM und die Bürgschaft des Klägers und seiner Ehefrau alsbald auszulösen. Dagegen hat das Berufungsgericht aus dem Fehlen einer dahingehenden Verpflichtungserklärung des Beklagten gefolgert, daß sich dieser nicht in dem vom Kläger behaupteten Sinne verpflichtet hat. Diese Auslegung ist möglich und bindet das Revisionsgericht. Sie wird gestützt durch den vom Berufungsgericht angeführten Umstand, daß auch in dem Schreiben des Klägers an den Beklagten vom 9. Dezember 1952 eine Verpflichtung des Beklagten, die Grundschuld und die Bürgschaft auszulösen, nicht erwähnt ist, obwohl der Kläger darin auf die Gefahr, von der Sparkasse als Bürge in Anspruch genommen zu werden, hingewiesen hat.

III.

1.) Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß sich der Beklagte nicht zur Auslösung der Grundschuld über 20.000,— DM verpflichtet hat. Demgemäß verneint es daraus hergeleitete Ansprüche des Klägers aus den rechtlichen Gesichtspunkten der Unmöglichkeit der Leistung, des Verzugs und der positiven Vertragsverletzung. Letztere hält es schon deshalb nicht für gegeben, weil eine Verletzung der vom Kläger behaupteten Verpflichtung des Beklagten eine Hauptpflicht und keine Nebenpflicht betreffen würde. Ob diese von der Revision angegriffene Rechtsansicht richtig ist, kann unerörtert bleiben. Entscheidend ist, daß das Berufungsgericht die vom Kläger behauptete Verpflichtung des Beklagten nicht für gegeben hält.

2.) Das Berufungsgericht erörtert den Fall, daß der Beklagte dem Kläger erklärt haben sollte, die Grundschuld

von 20.000,-- DM diene nur in Höhe des Überziehungskredits von 5.000,-- DM der Sparkasse als Sicherheit, während sie in Wirklichkeit der Sparkasse in voller Höhe zur Sicherung des ganzen der Firma U [REDACTED] eingeräumten Kredits abgetreten war, und den weiteren Fall, daß der Beklagte dem Kläger die alsbaldige Auslösung der Grundsuld durch andere dingliche Sicherheiten in Aussicht gestellt haben sollte, ohne diese Absicht zu haben. Für beide Fälle verneint es einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß.

Hiergegen bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Wegen eines Verschuldens des Beklagten bei Vertragsschluß könnte der Kläger höchstens verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn die behaupteten Zusicherungen des Beklagten zugetroffen hätten, wenn also die Grundsuld von 20.000,-- DM der Sparkasse nur zur Sicherung des von ihr der Firma U [REDACTED] gewährten Überziehungskredits von 5.000,-- DM übertragen worden wäre (RGZ 159, 33, 56 ff). Der Kläger hat jedoch nicht vorgetragen, daß dieser Betrag bereits an die Sparkasse zurückgezahlt ist. Dann aber brauchte die Sparkasse die Grundsuld dem Beklagten noch nicht freizugeben, auch wenn die Zusicherungen des Beklagten, auf die der Kläger vertraut haben will, wahr gewesen wären, und der Beklagte brauchte die Grundsuld noch nicht gemäß den Vereinbarungen vom 5./23. Dezember 1952 dem Kläger zu verpfänden. Der Kläger könnte sie daher zur Zeit noch nicht verwerten, und dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß der Kläger deshalb nicht verlangen kann, so gestellt zu werden, als habe er bereits die Grundsuld zur Deckung seines Ausfalls im Konkurs der Firma U [REDACTED] verwertet. Hierauf aber läuft seine Zahlungsklage hinaus.

3.) Der Kläger hat seine Klage jedoch auch auf uner-

laubte Handlung gestützt. Seine Behauptung geht dahin, der Beklagte habe ihm vor der Auszahlung der im Dezember 1952 der Firma U[REDACTED] gewährten Darlehen von insgesamt 13.000,— DM wissentlich der Wahrheit zuwider erklärt, die auf 20.000,— DM umgestellte Grundschuld stehe der Sparkasse nur als Sicherheit für den Überziehungskredit von 5.000,— DM zu. In der Tat hatte der Beklagte, soviel ersichtlich, der Sparkasse in den Schreiben vom 21. November und 2. Dezember 1952 das Recht eingeräumt, die Grundschuld in voller Höhe zur Sicherung weiterer Überziehungskredite und als Sicherheit für den Fall, daß die Sparkasse trotz der Bürgschaft des Klägers und seiner Ehefrau einen Ausfall erleide, zu verwerten. Das Berufungsgericht hält dieses Vorbringen des Klägers für unerheblich, weil dieser einen durch das Verhalten des Beklagten entstandenen Schaden nicht dargetan habe.

Diese Auffassung ist nicht frei von Rechtsirrtum. Wenn der Beklagte den Kläger in dieser Weise getäuscht und dadurch zur Hergabe der 13.000,— DM an die Firma U[REDACTED] veranlaßt hat, so steht dem Kläger ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten aus unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB (oder auch nach § 826 BGB) zu. Aus diesem Gesichtspunkt kann aber der Kläger im Wege des Schadensersatzanspruchs vom Beklagten gemäß § 249 BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Beklagte ihn nicht getäuscht hätte. Wenn also der Kläger ohne die von ihm behauptete Täuschungshandlung des Beklagten der Firma U[REDACTED] den Betrag von insgesamt 13.000,— DM nicht gegeben haben würde, so muß der Beklagte ihm den durch die Hergabe der 13.000,— DM entstandenen Schaden ersetzen. Dieser Schaden besteht darin, daß sich die 13.000,— DM nicht mehr im Vermögen des Klägers befinden. Dies hat das Berufungsgericht erkannt. Der Schaden wird nicht, wie das Berufungsgericht meint,

dadurch ausgeschlossen, daß der Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch erworben hat, wonach ihm die Grundschule nach Freigabe durch die Sparkasse zu verpfänden war. Dieser Anspruch stellt insbesondere unter dem Gesichtspunkt des § 263 StGB keinen Ausgleich für die Hergabe der 13.000,— DM dar. Ob der Beklagte diese Schädigung des Klägers in seine Vorstellung einbezogen hat, hat das Berufungsgericht ebenfalls noch nicht geprüft.

Das angefochtene Urteil war somit auf die Revision— des Klägers aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Scheffler

Rietschel

Dr. Winkelmann

Erbel