

Verkündet  
am 30. April 1964  
Woitscheck, Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

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

des Rechtsanwalts Hans H a [REDACTED], H [REDACTED]-A [REDACTED],  
P [REDACTED]-K [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und  
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Fritz He [REDACTED], H [REDACTED] [REDACTED],  
Br [REDACTED] [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und  
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und  
Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 30. April 1964 unter Mitwir-  
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundes-  
richter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und  
Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil  
des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-  
landesgerichts zu Hamburg vom 31. Juli 1962  
wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revi-  
sion zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der aus anwaltlicher Tätigkeit Honorarforderungen gegen die Eigenheim- und Wohnungsbaugesellschaft Kr[REDACTED] & Co Freies Wohnungsunternehmen (im folgenden: Firma Kr[REDACTED]) hatte, ließ sich von dieser in den Jahren 1952/53 auf seinem Grundstück Bo[REDACTED] ein Einfamilienhaus errichten. Er leistete als Vergütung für die Bauarbeiten verschiedene Barzahlungen und trat Honorarforderungen, die er gegen eine andere Firma hatte, an die Firma Kr[REDACTED] ab.

Auf dem Grundstück Bo[REDACTED] waren für eine Bausparkasse Grundpfandrechte im Betrage von 24.244,25 DM eingetragen. Die Firma Kr[REDACTED] verpflichtete sich durch ihren Gesellschafter, den Kaufmann Kr[REDACTED], dem Kläger gegenüber, diese Belastungen zu tilgen und löschen zu lassen; nach der Löschung sollten die Honoraransprüche des Klägers gegen die Firma Kr[REDACTED] als erfüllt gelten. Um die Bausparkasse zur Bewilligung der Löschung zu veranlassen, sollte Kr[REDACTED] ihr als Ersatz ein Grundpfandrecht an dem ihm gehörenden Grundstück N[REDACTED]weg [REDACTED] verschaffen.

Hierfür schaltete er den Beklagten ein, der damals Generalbevollmächtigter für Kr[REDACTED] und die Gesellschaften war, an denen dieser beteiligt war. Kr[REDACTED] hatte dem Beklagten an dem Grundstück N[REDACTED]weg [REDACTED] und an einem Grundstück Bre[REDACTED] Buchgrundschulden bestellt. Der Beklagte verwaltete diese Grundschulden treuhänderisch für Kr[REDACTED], der ihn beauftragt hatte, mit seinen und der Firma Kr[REDACTED] Gläubigern ein "Arrangement" zu treffen.

- 3 -

Kr [REDACTED] wies nunmehr den Beklagten an, die Grundschuld auf dem Grundstück N [REDACTED] weg [REDACTED] (im folgenden: "Grundschuld N [REDACTED] weg") für den Kläger "als Sicherheit zu halten", damit dessen Grundstück von den Belastungen freigemacht werden könne.

Am 12. Dezember 1955 schrieb der Beklagte an den Kläger:

"In der Zessionssache Kr [REDACTED] & Co. - Ihr Grundstück in Bo [REDACTED] - bestätige ich Ihnen hiermit, daß ich der Bausparkasse an dem Grundstück N [REDACTED] weg [REDACTED] - wie bereits seinerzeit mitgeteilt - den Rang hinter DM 25.000,- auslaufend mit annähernd DM 50.000,- zur Verfügung halte. Sollte aus irgendeinem Grunde die Angelegenheit mit der Bausparkasse nicht zur Erledigung kommen, halte ich diesen Rang für Sie persönlich zur Verfügung...."

Die zwischen dem Kläger und Kr [REDACTED] getroffenen Abreden wurden in einem Schriftstück vom 2. Januar 1956 niedergelegt. Hierin heißt es u.a.:

"Die Firma Kr [REDACTED] und Co. ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die löschungsfähigen Quittungen für die auf dem Haus Bo [REDACTED] eingetragenen Grundschulden unverzüglich an Herrn Dr. He [REDACTED] ausgehändigt werden.

Herr Kr [REDACTED] persönlich und die Firma Kr [REDACTED] & Co. verpflichten sich, Herrn Dr. He [REDACTED] von allen etwaigen Inanspruchnahmen aus den auf den Bo [REDACTED] eingetragenen dinglichen Belastungen freizuhalten. Die Bestätigungen des Herrn Rechtsanwalts Hans Ha [REDACTED] vom 12.12.1955 bleibt bis zur Aushändigung der löschungsfähigen Quittungen in Gültigkeit."

Der Beklagte verpflichtete sich später, die Grundschuld N [REDACTED] weg als Sicherheit für Forderungen des Klägers in Höhe von 30.000 DM zu halten, und vereinbar-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



te mit ihm, daß er sich auch der für ihn am Grundstück B[REDACTED] eingetragenen Grundschuld (im folgenden: "Grundschuld B[REDACTED]") zur Sicherung des Klägers bzw. zur Entschuldung des Grundstücks Bo[REDACTED] bedienen könne.

Der Beklagte veräußerte das Grundstück N[REDACTED]weg und begab sich der an diesem Grundstück für ihn bestellten Grundschuld. Von dem Erlös aus der Verwertung des Grundstücks und der Grundschuld erhielt der Kläger nichts. Der Beklagte verwandte den Erlös nach seiner Behauptung vielmehr dazu, eine Haftkaution für Kr[REDACTED] zu stellen und Pfändungen abzuwehren.

Auch das Grundstück B[REDACTED] verkaufte der Beklagte und verwertete die daran für ihn bestellte Grundschuld.

Am 25. November 1957 wurde über das Vermögen der Firma Kr[REDACTED] das Konkursverfahren eröffnet.

Der Beklagte gab den Erlös der Grundschuld B[REDACTED] im November 1959 an den Konkursverwalter heraus.

Die für die Bausparkasse auf dem Grundstück des Klägers Bo[REDACTED] eingetragenen Belastungen wurden nicht gelöscht. Der Kläger mußte die laufenden Zinsen und Tilgungsraten für diese Grundpfandrechte aus seinem eigenen Vermögen zahlen.

Er ist der Meinung, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihm die für die Verzinsung und Tilgung aufgewandten Beträge zu ersetzen. Zwischen ihm und dem Beklagten sei ein Treuhandverhältnis begründet worden, kraft dessen der Beklagte verpflichtet gewesen sei, die Grundschulden, die er als Treuhänder des Klägers zu dessen Sicherung innegehabt habe, auch zu

dessen Gunsten zu verwerten. Da er diese Pflicht nicht erfüllt habe, müsse er Schadensersatz leisten.

Der Kläger beruft sich ferner darauf, daß der Beklagte seine Ersatzpflicht anerkannt und versprochen habe, ab 1. Februar 1960 monatlich 250 DM und ab 1. Juli 1960 monatlich 750 DM zu zahlen. Der Beklagte hat mehrere Monatsraten zu 250 DM gezahlt. Mit Schreiben vom 27. August 1960 teilte er dem Kläger mit, er halte sich an seine Zahlungszusage nicht mehr für gebunden; die Geschäftsgrundlage für sie sei weggefallen, vorsorglich fechte er seine Zusage an.

Im Rechtsstreit 5 O 252/60 hat der Kläger gegen den Beklagten ein rechtskräftiges Urteil auf Zahlung von 1.500 DM erwirkt.

Imvorliegenden Prozeß hat der Kläger beantragt, den Beklagten zur Zahlung (weiterer) 5.900 DM zu verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er macht geltend, er sei nur Treuhänder des Kaufmanns Kr., nicht aber des Klägers gewesen. Daß der Kläger aus der Grundschuld N. weg nicht befriedigt worden sei, beruhe nicht auf seinem Verschulden. Mit dem Erlös dieser Grundschuld habe er eine Haftkaution für Kr. stellen und Pfändungen abwenden müssen. Zudem habe der Kläger sich am 16. Januar 1957 damit einverstanden erklärt, daß er nicht aus der Grundschuld N. weg, sondern erst aus dem Verkauf des Grundstücks B. befriedigt werde.

Das zwischen dem Beklagten und Kr[REDACTED] bestehende Treuhandverhältnis sei durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen Kr[REDACTED] erloschen. Er sei gehalten gewesen, den Erlös aus der Grundsuld B[REDACTED] an den Konkursverwalter herauszugeben. Er habe den Kläger vom Herausgabeverlangen des Konkursverwalters unterrichtet und ihm Gelegenheit gegeben, seine Rechte gegenüber dem Konkursverwalter geltend zu machen. Der Kläger habe jedoch verlangt, der Beklagte solle selbst auf eigene Kosten mit dem Konkursverwalter prozessieren.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im zweiten Rechtszug hat der Beklagte, nachdem der Kläger inzwischen eine weitere Teilklage (5 O 280/61 Landgericht Hamburg) erhoben hatte, Widerklage erhoben und mit dieser die Feststellung begehrt,

daß dem Kläger über den geforderten Betrag von 5.900 DM hinaus auch weitere, bisher nicht rechtshängig gewordene 1.100 DM nicht zustehen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und seine Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision beantragt der Beklagte, die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

1. Das Berufungsgericht führt aus:

Zwischen den Parteien sei ein Treuhandvertrag zustande gekommen. Die treuhänderische Verpflichtung des Beklagten habe die Abtretung eines Teils der ihm von Kr [REDACTED] bestellten Grundschuld an den Kläger entbehrlich machen und ersetzen sollen. Auf diese Weise habe sichergestellt werden sollen, daß die Grundpfandrechte der Bausparkasse an dem Grundstück des Klägers abgelöst werden könnten.

Die Treuhandverpflichtung des Beklagten sei, wie sich aus seinem Schreiben vom 12. Dezember 1955 ergebe, dahin gegangen, die Grundschuld N [REDACTED] weg zu dem zwischen 25.000 und "annähernd 50.000 DM" liegenden Betrage so zu halten, daß die vorgesehenen Verfügungen getroffen werden konnten, um das Grundstück des Klägers zu entschulden. Die Verpflichtung des Beklagten sei später auf 30.000 DM erhöht und in der Weise auf das Grundstück B [REDACTED] erstreckt worden, daß der Beklagte seine Verpflichtung auch durch Verwertung der ihm an diesem Grundstück von Kr [REDACTED] bestellten Grundschuld habe erfüllen können.

Allerdings sei der Beklagte durch die Begründung treuhänderischer Rechtsbeziehungen zum Kläger nicht aus seiner Treuhänderstellung gegenüber Kr [REDACTED] (und dessen Gesellschaften) entlassen worden. Der Beklagte sei nunmehr Treuhänder sowohl Kr [REDACTED] wie auch des Klägers gewesen, es sei also eine doppelseitige Treuhand begründet worden, was rechtlich zulässig sei.

Jedoch habe das Treugut, wirtschaftlich betrachtet, mit Vorrang zum Vermögen des Klägers und nur nachrangig zum Vermögen Kr [REDACTED] gehört.

2. Die Revision ist der Meinung, ein Treuhandverhältnis zwischen den Parteien habe überhaupt nicht bestanden, vielmehr habe der Beklagte treuhänderische Verpflichtungen nur gegenüber Kr[REDACTED] gehabt. Die Rügen, die sie insoweit erhebt, hat der Senat geprüft. Er ist zum Ergebnis gelangt, daß sie sich gegen die Auslegung der getroffenen Vereinbarungen durch den Tatrichter wenden, daß jedoch diese Auslegung nicht von Rechtsfehlern oder Verfahrensverstößen beeinflußt ist. Von einer Erörterung der Rügen im einzelnen sieht der Senat ab.

3. Die Revision wendet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, das Treugut habe vorrangig zum Vermögen des Klägers gehört.

Hierzu ist vorweg zu bemerken: Soweit es sich um die Grundschuld N[REDACTED]weg handelt, kommt es nicht darauf an, welche Wirkung der vom Berufungsgericht angenommene Vorrang in dem späteren Konkurs Kr[REDACTED] hatte. Denn dieser Grundschuld hatte sich der Beklagte schon vor der Konkurseröffnung begeben (vgl. S. 20 BU) und sich damit die Erfüllung seiner Verpflichtung unmöglich gemacht (vgl. unten unter II).

Es handelt sich demnach hinsichtlich der Grundschuld N[REDACTED]weg bei den Ausführungen des Berufungsgerichts über den Vorrang des Klägers lediglich darum, ob der Beklagte schuldrechtlich verpflichtet war, diese Grundschuld in erster Linie zur Entschuldung des Grundstücks des Klägers und erst in zweiter Linie im Interesse Kr[REDACTED] zu verwerten. Das Berufungsgericht bejaht diese Frage, und zwar wiederum auf Grund tatrichterlicher Auslegung der Vereinbarungen der Beteiligten. Diese Auslegung bindet das Revisionsgericht.

Auch die hierzu erhobenen Revisionsrügen stellen unzulässige Angriffe auf die tatrichterlichen Feststellungen dar und bedürfen im einzelnen nicht der Erörterung.

4. Der Beklagte hatte geltend gemacht, er sei seiner Verpflichtung gegenüber dem Kläger ledig geworden, weil dessen Forderungen gegen Kr. [REDACTED] ausgeglichen oder in 7c-Darlehen umgewandelt worden seien und weil sie aus späteren Geschäftsvorgängen herrührten. Das Berufungsgericht hält diese Behauptungen für nicht genügend substantiiert. Es sagt, der Beklagte hätte im einzelnen vortragen müssen, auf welche Weise die Forderungen des Klägers ausgeglichen worden sein sollten. Darauf hatte es auch schon im Urteil des Vorprozesses hingewiesen, und im vorliegenden Rechtsstreit hat es den Beklagten durch Beschluß vom 29. Mai 1962 aufgefordert, seine Einwendungen unter Berücksichtigung des Urteils des Vorprozesses durch Angabe von Einzeltatsachen zu substantiieren.

a) Dieses Verlangen des Berufungsgerichts ist im Hinblick auf den von ihm erörterten Brief Kr. [REDACTED] vom 14. August 1957 berechtigt. In diesem Brief hat Kr. [REDACTED] geäußert, die Rechte des Klägers aus der Treuhandschaft des Beklagten sollten voll bestehen bleiben. Das Berufungsgericht legt rechtsfehlerfrei dar, diese Erklärung Kr. [REDACTED] wäre nicht verständlich, wenn zwischenzeitlich sämtliche Ansprüche des Klägers ihre Erledigung gefunden haben sollten.

b) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß dem Beklagten sämtliche Unterlagen durch das gegen Kr. [REDACTED] eingeleitete Strafverfahren entzogen worden seien. Sie rügt, daß das Berufungsgericht nicht die Beweise erhoben habe, die der Beklagte im Schriftsatz vom 9. Juli 1962 (S. 4) und

und in der darin in Bezug genommenen Berufungsbegründung (S. 4) in der Sache 5 O 280/61 angeboten habe.

c) Die Rügen sind nicht begründet.

aa) Es ist nicht ersichtlich, warum der Beklagte auch ohne Einsichtnahme in seine eigenen Handakten und Unterlagen nicht näher hätte angeben können, was die für die angebliche Begleichung der Forderung des Klägers benannten Zeugen im einzelnen wissen sollten.

bb) Die Behauptungen in den angeführten Schriftsätzen sind zum Teil nicht schlüssig.

Daß die vom Beklagten erklärte Abtretung eines Grundschuldteils nicht im Grundbuch eingetragen worden ist, läßt keinen Schluß darauf zu, daß der Kläger keine Forderungen mehr hatte. In der Berufungsbegründung vom 5. Januar 1962 hat er behauptet, zwischen dem Kläger und Kr. [REDACTED] seien "Vereinbarungen getroffen worden, die den Vollzug der Abtretung hinfällig machten". Er verweist an dieser Stelle auf die Berufungsbegründung im Vorprozeß. Der in dieser (S. 2) enthaltene Vortrag geht aber nur dahin, der Beklagte habe daraus, daß die Grundbucheintragung nicht vollzogen worden sei, entnehmen müssen, zwischen dem Kläger und Kr. [REDACTED] seien Vereinbarung, die den Vollzug der Abtretung hinfällig machten, getroffen worden. Demnach hat der Beklagte insoweit nur eine Vermutung geäußert, der das Berufungsgericht nicht nachzugehen brauchte.

Es ist auch nicht ersichtlich, daß eine etwaige Umwandlung der Forderung des Klägers in Ansprüche aus 7c-Darlehen einen Untergang seiner Ansprüche und der ihm eingeräumten Sicherheit bewirkt haben müßte und

weshalb durch eine solche Umwandlung der Zweck der Grundschuldbestellung, das Grundstück des Klägers zu entschulden, sich erledigt haben sollte.

cc) Die Behauptung, die Forderungen, die der Kläger noch gegen Kr. [REDACTED] habe, stammten aus späteren Geschäftsvorgängen, ist in der Tat so unsubstantiiert vorgebracht, daß das Berufungsgericht über sie keinen Beweis zu erheben brauchte.

## II.

1. Das Berufungsgericht legt dar, der Beklagte habe seine Hauptverpflichtung, die Grundschuld N. [REDACTED] weg zur Befriedigung der Ansprüche des Klägers zur Verfügung zu stellen, nicht erfüllt und habe sein Unvermögen zu vertreten. Er habe diese Grundschuld aufgegeben und dem Kläger auch vom Erlös der Grundschuld nichts ausgehändigt. Die hinsichtlich dieser Grundschuld eingegangene Verpflichtung habe sich daher nach § 280 BGB in eine Schadensersatzpflicht verwandelt. Für den Eintritt dieser Schadensersatzpflicht sei es nicht von Bedeutung, ob den Beklagten auch daran ein Verschulden treffe, daß die Verwertung der Grundschuld B. [REDACTED] ebenfalls nicht zu einer Befriedigung des Klägers geführt habe. Soweit der Beklagte sich der Grundschuld B. [REDACTED] zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit habe bedienen können, handele es sich rechtlich um eine Ersetzungsbefugnis; wenn diese nicht verwirklicht werden könne, gehe das zu Lasten des Beklagten.

2. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei lediglich befugt gewesen, durch Verwertung der Grundschuld B. [REDACTED] seine eigentlich geschuldete Leistung, die ihm hinsichtlich der Grundschuld N. [REDACTED] [REDACTED] weg oblag, zu ersetzen, beruht auf tatrichterlicher

Auslegung der getroffenen Vereinbarungen. Diese Auslegung ist möglich und bindet grundsätzlich das Revisionsgericht.

Allerdings hat der Beklagte behauptet, der Kläger habe am 16. Januar 1957 auf Sicherung durch die Grundschuld N. [REDACTED] weg verzichtet und sich damit einverstanden erklärt, daß nur noch die Grundschuld B. [REDACTED] seiner Sicherung dienen solle. Er hat dafür den Buchhalter Sp. [REDACTED] als Zeugen benannt und ferner die Vernehmung des Klägers als Partei beantragt.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht diese Beweise nicht erhoben hat. Sie kann damit keinen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht hält die Beweiserhebung aus zwei Gründen für entbehrlich.

a) Es gewinnt aus dem Schriftwechsel die Überzeugung, daß der Kläger nicht auf seine Sicherung durch die Grundschuld N. [REDACTED] weg verzichtet hat. Es verweist insoweit auf den Brief Kr. [REDACTED] an den Kläger vom 17. Januar 1957 und meint, Kr. [REDACTED] würde in diesem Schreiben mit Sicherheit einen Verzicht auf die Sicherung N. [REDACTED] weg erwähnt haben, wenn der Kläger am vorhergehenden Tage, dem 16. Januar 1957, einen solchen Verzicht erklärt hätte.

Ob bereits diese Erwägung das Berufungsgericht berechtigte, von der beantragten Beweisaufnahme abzusehen, mag zweifelhaft sein.

b) Das Berufungsgericht meint ferner, der Beklagte setze sich mit der Erhebung des Verzichtseinwands in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise in Widerspruch zu seinem Verhalten vor dem Prozeß. Er habe sich in dem nach dem 16. Januar 1957 geführten Schriftwechsel nicht auf den angeblichen Verzicht des Klägers berufen. Vielmehr habe er im Schreiben vom 18. Oktober 1957 ausdrücklich erklärt, daß auch die Sicherheiten auf dem Grundstück B dem Kläger zur Verfügung ständen.

Diese vom Berufungsgericht festgestellten Umstände rechtfertigen es im Ergebnis, daß es über den angeblichen Verzicht keinen Beweis erhoben hat.

Der erwähnte Brief vom 18. Oktober 1957 beantwortet ein Schreiben des Klägers vom 2. Oktober 1957. Hierin hatte der Kläger dem Beklagten vorgehalten, daß dieser sich verpflichtet habe, die Grundschuld N weg treuhänderisch für ihn zu halten, daß der Beklagte die Grundschuld nunmehr an die Vereinsbank abgetreten habe und daß er nicht berechtigt gewesen sei, ohne den Willen des Klägers die Grundschuld an einen anderen abzutreten oder ihren Erlös an einen anderen auszukehren.

In seiner Antwort vom 18. Oktober 1957 berief sich der Beklagte nicht darauf, daß der Kläger auf die Sicherheit N weg verzichtet habe; vielmehr schrieb er u.a.:

"Im Gegensatz zu dem wiederum in Ihrem Schreiben vom 2. Oktober 1957 vertretenen Standpunkt, daß die Sicherstellung Ihrer Forderung nur aufgrund des Grundstücks N weg erfolgte, habe ich die sichere Erinnerung, daß ich Sie darauf hingewiesen habe, daß auch die Sicherheiten auf dem Grundstück B zur Ihrer Besicherung zur Verfügung stehen."

Diese Antwort zeigt eindeutig und unwiderlegbar, daß der Beklagte die Erklärungen, die der Kläger in der Besprechung vom 16. Januar 1957 abgegeben hat, nicht als dessen Verzicht auf eine Sicherung durch die Grundschuld N. . . . . weg aufgefaßt haben kann, mindestens aber, daß der Beklagte den Kläger nicht an einer möglicherweise als Verzicht deutbaren Erklärung festhalten sollte. Eine andere Würdigung ist nicht möglich.

3. Das Berufungsgericht bejaht rechtlich einwandfrei, daß der Beklagte sich insoweit, als er die Grundschuld N. . . . . weg dem Kläger als Sicherung entzogen und damit die Erfüllung seiner Verpflichtung unmöglich gemacht hat, nicht entlasten kann (§ 282 BGB).

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen greifen nicht durch.

a) Wie unter I 3 ausgeführt, sollte die Sicherheit nach den rechtlich einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts in erster Linie dem Kläger und erst nachrangig Kr. . . . . zugute kommen.

Es besteht auch kein Bedenken gegen die im angefochtenen Urteil zum Ausdruck gebrachte Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte den Vorrang des Klägers erkennen mußte. Die Revision kann deshalb nicht damit gehört werden, es liege kein Verschulden des Beklagten darin, daß er "im Konflikt der Interessen seiner Treuhandverpflichtung gegenüber Kr. . . . . den Vorrang eingeräumt" habe.

b) Die Revision macht geltend, ein Verschulden des Beklagten entfalle, weil er eine Abtretung an den Kläger vorgenommen, der Kläger deren Durchführung aber mit Kr. . . . . verhindert habe.

Damit kann sie schon deshalb nicht durchdringen, weil weder festgestellt ist noch ein schlüssiger Be-  
weisantritt dafür vorliegt, daß der Kläger selbst die  
Eintragung der Abtretung im Grundbuch verhindert hat.  
Die Revision kann hierzu nur auf das bereits oben unter  
I 4 c) bb) erörterte Vorbringen verweisen. Es handelt  
sich, wie dort dargelegt, nur um Vermutungen, nicht um  
konkrete Behauptungen des Beklagten. Zudem heißt es  
in der Berufungsbegründung des Vorprozesses, auf deren  
Seite 4 die Revision in diesem Zusammenhang Bezug nimmt,  
Kr habe - offenbar weil er die Abtretung an den Klä-  
ger nicht anerkannt habe - die Einreichung der Abtretungs-  
urkunde beim Grundbuchamt unterlassen (dort S. 1 f).

c) Im Hinblick auf die vom Berufungsgericht fest-  
gestellte vorrangige Sicherung des Klägers ist die Auf-  
fassung der Revision abzulehnen, in der Verwendung des  
Erlöses der Grundschuld N            weg für eine Haft-  
kaution zugunsten Krappes liege kein Verschulden.

4. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte  
hafte für sein schuldhaft herbeigeführtes Unvermögen,  
die Grundschuld N            weg zugunsten des Klägers zu  
verwerten, ohne Rücksicht darauf, ob er Uningenommen  
habe, auf Grund seiner Ersetzungsbefugnis die Belange  
des Klägers durch Verwertung der Grundschuld B             
wahrnehmen zu können, und ob ihn ein Verschulden daran  
treffe, daß diese Möglichkeit fehlgeschlagen sei.

Diese Ansicht des Berufungsgerichts, die im Einklang  
mit der von ihm angeführten Entscheidung des Reichs-  
gerichts (RGZ 94, 58, 60) steht, ist zu billigen. Das  
Reichsgericht führt dort aus, der Schuldner trage al-  
lein die Gefahr der Verwendbarkeit oder Unverwendbar-  
keit der ihm zugestandenen Ersetzungsbefugnis.

Da bei einer Ersetzungsbefugnis der Schuldner nur das Recht hat, sich durch die Ersatzleistung zu befreien, aber nur die primär zu erbringende Leistung schuldet, beeinflußt ein Unmöglichwerden der Ersatzleistung den wegen der primären Leistung gegebenen Anspruch nicht (Esser, Schuldrecht 2. Aufl. § 42, 4). Unmöglichkeit der Ersatzleistung läßt demnach den Anspruch auf Erfüllung der primären Leistung, sofern diese selbst noch möglich ist, unberührt (Esser aaO). Wird die primäre Leistung unmöglich und hat der Schuldner diese Unmöglichkeit nicht zu vertreten, so wird er nach § 275 BGB ganz frei und braucht auch die Ersatzleistung, zu der er nur berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, nicht zu erbringen. Ist aber die primäre Leistung durch von ihm zu vertretende Umstände unmöglich geworden, so kann wiederum der sich daraus nach § 280 BGB ergebende Schadensersatzanspruch des Gläubigers durch eine etwaige Unmöglichkeit der Ersatzleistung nicht beeinträchtigt werden.

Bei dieser Sachlage ist die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen Kr. [REDACTED] bzw. der Firma Kr. [REDACTED] & Co für die Schadensersatzpflicht des Beklagten ohne Bedeutung. Bei Konkurseröffnung war nur noch die Grundschuld B. [REDACTED] vorhanden (S. 20 BU), also der Gegenstand, den der Beklagte ersatzweise leisten durfte. Die Konkurseröffnung ist auf diese Ersetzungsbefugnis nach dem oben Gesagten ohne Einfluß. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Beklagte den Erlös der Grundschuld B. [REDACTED] dem Konkursverwalter mit Recht oder Unrecht herausgegeben hat. Ebenso ist unerheblich, ob dieser Erlös, wenn ihn nicht der Konkursverwalter beansprucht und erhalten hätte, ausgereicht hätte, um das Grundstück des Klägers zu entschulden.

III.

Der vom Kläger erlittene Schaden besteht nach den Ausführungen des Berufungsgerichts darin, daß er gezwungen ist, Zinsen und Tilgungsbeträge auf die Belastungen seines Grundstücks Bo [REDACTED] an die Bausparkasse zu zahlen.

Die Revision meint, es sei nicht ersichtlich, inwieweit die Zinsen und Tilgungsbeträge einen Schaden darstellten, der auf eine Verletzung der Treuhandverpflichtung des Beklagten zurückzuführen sei.

Das geht aber aus dem Gesamtinhalt des Berufungsurteils klar hervor. Zweck der getroffenen Vereinbarungen sollte es sein, daß die Grundpfandrechte der Bausparkasse auf dem Grundstück des Klägers mit Hilfe des Treuguts, das Kr [REDACTED] dem Beklagten übertragen hatte, abgelöst werden sollten (S. 13 BU) und der Kläger vor der Inanspruchnahme aus den Grundpfandrechten bewahrt bleiben sollte (14 BU). Das hat der Beklagte nach dem Berufungsurteil schuldhaft verhindert. Infolgedessen muß der Kläger die Hypotheken aus seinem eigenen Vermögen verzinsen und tilgen, während er, wenn der Beklagte vertragsgemäß gehandelt hätte, ein von diesen Hypotheken freies Grundstück bekommen hätte. Daß dies erreicht worden wäre, wenn der für den Kläger zur Verfügung gehaltene Teil der Grundschuld N [REDACTED] weg zu seinen Gunsten verwertet worden wäre, hat der Beklagte weder im Vorprozeß noch im vorliegenden Rechtsstreit bestritten.

Zur Höhe des Schadens stellt das Berufungsgericht fest, der Kläger habe - außer dem im Vorprozeß eingeklagten Betrag - unbestritten weitere 5.900 DM an die Bausparkasse gezahlt. Es stellt weiter fest, daß die Ansprüche des Klägers die inzwischen eingeklagten Teil-

beträge übersteigen; ersichtlich soll damit auch gesagt sein, daß die Ansprüche die vom Kläger eingeklagten Beträge mindestens um den Widerklagebetrag von 1.100 DM übersteigen. Die Revision erhebt insoweit keine Rügen.

#### IV.

Das Berufungsgericht verneint ein mitwirkendes Verschulden des Klägers.

1. Die Revision will ein solches darin sehen, daß der Kläger die Abtretung der Grundschuld an ihn verhindert habe. Insoweit sind, wie schon ausgeführt (oben unter II 3 b), nicht einmal schlüssige Behauptungen aufgestellt. Im übrigen weist das Berufungsgericht zutreffend darauf hin, daß der Kläger dem Beklagten als seinem Treuhänder und Kollegen in vollem Umfange vertraut habe und habe vertrauen dürfen; wenn der Kläger es unter diesen Umständen unterlassen habe, auf den Vollzug der behaupteten Abtretung zu drängen, könne daraus ein mitwirkendes Verschulden nicht hergeleitet werden.

2. Das Berufungsgericht führt weiter aus, dem Kläger falle ein mitwirkendes Verschulden auch dann nicht zur Last, wenn er sich geweigert habe, die Kosten eines Rechtsstreites gegen den Konkursverwalter auf Herausgabe einer rechtlosen Bereicherung der Masse zu tragen. Eine solche Bereicherung der Masse könne nur dadurch eingetreten sein, daß der Beklagte den Erlös der Grundschuld B. an den Konkursverwalter herausgegeben habe. Damit habe der Beklagte schuldhaft gehandelt, und der Treugeber brauche nicht die Kosten eines Rechtsstreits zu tragen, die infolge pflichtwidrigen Verhaltens des Treuhänders aufgewendet werden müßten.

Das Berufungsgericht verneint ein mitwirkendes Verschulden des Klägers im Ergebnis mit Recht. Es kommt allerdings nicht auf die Herausgabe des Erlöses der Grundschild B [REDACTED] an den Konkursverwalter an. Maßgebend ist, daß der Beklagte seiner eigentlichen Verpflichtung hinsichtlich der Grundschild N [REDACTED] weg nicht nachgekommen ist (vgl. oben unter II 4). Hätte er das getan, so wäre die Frage, ob mit dem Konkursverwalter ein Prozeß zu führen war, gar nicht erst aufgetaucht. Ein etwa gegen den Konkursverwalter zu führender Prozeß wegen der Grundschild B [REDACTED] ist demnach in jedem Falle erst durch das schuldhaftes Verhalten des Beklagten notwendig geworden, und es wäre seine Sache gewesen, die zur Beseitigung des von ihm angerichteten Schadens nötigen Aufwendungen zu erbringen. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Kläger, wie die Revision behauptet, sich auch schon vor Auszahlung des Erlöses aus der Grundschild B [REDACTED] geweigert hat, die Kosten eines Prozesses gegen den Konkursverwalter zu tragen oder vorzuschießen.

V.

Nach allem ist die Revision unbegründet und mit der  
Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer