

Nachschlagewerk: ja zu III

BGHZ: nein

BGB § 426; ZPO § 100 Abs. 4

Sind mehrere für eine unerlaubte Handlung Verantwortliche in e i n e m Rechtsstreit zu Schadensersatz verurteilt worden, dann bleibt in der Regel bei der Ausgleichung der ihnen gesamtschuldnerisch auferlegten Gerichtskosten eine Haftungseinheit, die bezüglich des Hauptanspruchs bestand, außer Betracht.

ZPO §§ 91, 788, 710

Die Kosten einer Avalbürgschaft, die geleistet wurde, um die Zwangsvollstreckung aus einem noch nicht rechtskräftigen Urteil zu ermöglichen, sind als Verfahrenskosten im weiteren Sinne von dem unterlegenen Prozeßgegner zu tragen (Abweichung von RGZ 145, 296). Ob sie im Kostenfestsetzungsverfahren angesetzt werden können, bleibt dahingestellt.

BGH, Urt. v. 18. Dezember 1973 - VI ZR 158/72 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 158/72

URTEIL

Verkündet am
18. Dezember 1973

_____,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Inhaberin des Maklerbüros S _____
Edith von R _____,
2. des kaufmännischen Angestellten
Gustav Adolf von R _____,
beide in S _____, F _____ str. _____,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -

gegen

den Stadtbaumeister a.D. Friedrich S _____,
P _____, W _____-S _____-Str. _____,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr.Dr. _____
und Prof. Dr. _____ -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Prof. Dr. Nüßgens, Dunz, Dr. Steffen und Dr. Kullmann

für R e c h t erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 10. Juli 1972 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen den Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger, ein ehemaliger Stadtbaumeister, betätigt sich als Grundstücksschätzer. Die Erstbeklagte betreibt ein Maklerbüro, in dem der Zweitbeklagte, ihr Ehemann, tätig ist. Auch bei den dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Vorgängen ist ausschließlich er tätig geworden. Die Parteien sind in einem Vorprozeß gegenüber dem inzwischen verstorbenen Kaufmann Volbracht ("V.") als Gesamtschuldner zu Schadensersatz verurteilt worden. Der Kläger, der V. zu einem wesentlichen Teil befriedigt hat, erhebt nunmehr gegen beide Beklagte Ausgleichungsansprüche.



Die Makler Wörtz und Schefbuch in Pforzheim, die in wirtschaftlichen Schwierigkeiten waren, wollten sich auf betrügerische Weise Geld verschaffen. Sie beauftragten den Kläger mit der Schätzung eines zum Verkauf stehenden Landgasthauses in Niebelsbach, Kreis Calw. Die daraufhin vom Kläger erstellte "Wertschätzung" vom 26. Januar 1963 wies einen Endbetrag von DM 168.000 aus. Sie bezeichnete fälschlich das fast 200 jährige reparaturbedürftige Gebäude als um die Jahrhundertwende erbaut und in gutem Zustand befindlich. Außerdem lagen der Wertschätzung Umbauten zugrunde, die erst geplant waren, was aber aus dem Gutachten nicht ersichtlich war.

Im Februar 1963 erwarb Schefbuch das Anwesen für DM 56.000 auf den Namen seines Schwagers B., von dem er eine Generalvollmacht besaß, und belastete es zugleich mit mehreren Eigentümergrundschulden über insgesamt DM 145.000. Zur "Finanzierung des Kaufpreises" nahm er ein Darlehen von DM 80.000 auf. Anschließend ging er den Zweitbeklagten um die Vermittlung von Darlehen an. Dieser war in die geschilderten Machenschaften nicht eingeweiht. Er bot V., der insgesamt einen größeren Geldbetrag "unter der Bedingung einwandfreier Kapitalabsicherung" anlegen wollte, das Gasthaus als Beleihungsobjekt an. In der Folgezeit besichtigte er das Anwesen. Er holte ferner eine Auskunft über B. ein, die auf nur bescheidene wirtschaftliche Verhältnisse hinwies.

V. ging zunächst auf das Objekt nicht ein, so daß das "Darlehen für Umbauzwecke" von dritter Seite

gegeben und durch zwei der Eigentümergrundschulden vorrangig abgesichert wurde. Auf ein erneutes Angebot des Zweitbeklagten beauftragte ihn V., der das Objekt nicht selbst besichtigen konnte, mit zuverlässigen Ermittlungen hinsichtlich der Sicherheit der Geldanlage. Der Zweitbeklagte legte ihm daraufhin eine Reihe von Unterlagen vor, die zum Teil objektiv unrichtig oder irreführend waren, darunter auch die Schätzung des Klägers und eine Bescheinigung der Gemeinde Niebelsbach, die den Bodenwert um das Doppelte zu hoch auswies; daß die Beklagten dies wußten, ist jedoch nicht festgestellt. Schließlich übernahm V. im August 1963 zwei der Grundschulden über zusammen DM 43.000.

Als später die Betrugereien von Schefbuch und Wörtz bekannt wurden, kam es zur Zwangsversteigerung des Anwesens. Sie brachte nur einen Erlös von DM 27.000. V. fiel mit seinen ganzen Ansprüchen aus.

Nach Einleitung eines Strafverfahrens gegen Wörtz und Schefbuch nahm sich Wörtz das Leben, während Schefbuch wegen umfangreicher Betrugereien zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Ein Strafverfahren gegen den Kläger, der des Betruges angeklagt war, wurde im Jahre 1971 nach § 153 Abs. 3 StPO eingestellt; der Zweitbeklagte wurde zunächst wegen Betruges verurteilt, dann aber freigesprochen.

Im Vorprozeß, in dem V. beide Parteien des jetzigen Rechtsstreits mit Erfolg auf Zahlung von DM 43.000 nebst 8 % Zinsen in Anspruch genommen hat, wurde festgestellt, daß nicht nur der Kläger wissentlich ein

falsches Gutachten erstattet, sondern daß auch der Zweitbeklagte den V. durch Verschweigen wesentlicher Umstände vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt habe (§ 826 BGB), wofür auch die Erstbeklagte gemäß § 831 BGB hafte.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit stellen sich die Beklagten gegenüber den Ausgleichungsansprüchen des Klägers auf den Standpunkt, daß sie selbst dem V. nicht hafteten, jedenfalls aber ihre Haftung gegenüber der des Klägers zurücktreten müsse; hilfsweise haben sie mit Gegenforderungen aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage zum größeren Teil stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb im wesentlichen ohne Erfolg; ihre Revision erstrebt weiterhin die volle Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I

Das Berufungsgericht führt aus: Der Kläger könne gemäß § 426 Abs. 2 BGB den auf ihn übergegangenen Anspruch des Gläubigers V. geltend machen, soweit er von den Beklagten Ausgleich verlangen könne. Dabei müßten diese gegen sich gelten lassen, daß sie im Verhältnis zum Gläubiger V. gesamtschuldnerisch mit dem Kläger zum Schadensersatz verurteilt worden seien.

1. Die Revision meint, daß die Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreit jedenfalls noch ein eigenes Mitverschulden des V. geltend machen könnten. Das ist rechtsirrig.

Die Beklagten sind V. gegenüber rechtskräftig in vollem Umfange verurteilt worden. Das müssen sie gegen sich gelten lassen, soweit der Kläger, der den Gläubiger V. befriedigt hat, nur den gemäß § 426 Abs. 2 BGB auf ihn übergegangenen Anspruch geltend macht. Das ergibt sich aus der im Grundsatz von der Revision selbst nicht verkannten Vorschrift des § 325 Abs. 1 ZPO (RGZ 69, 422, 424; 146, 97, 101; Larenz Schuldrecht I 10. Aufl. § 37 III S. 442; vgl. auch Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse Bem. 4 e zu § 426 BGB).

2. Die Revision macht ferner geltend: An der Schädigung des V. hätten außer den Parteien auch die Makler W. und S., möglicherweise auch der Grundstückseigentümer B. sowie der Bürgermeister oder ein Angestellter der Gemeinde Niebelsbach mitgewirkt, die eine unrichtige Bescheinigung über den Bodenwert ausgestellt habe. Diese weiteren Mitschuldner hätten bei der Berechnung der Ausgleichsforderung berücksichtigt werden müssen.

Diese Rüge bleibt ohne Erfolg.

a) Die Revision geht zwar zutreffend davon aus, daß an sich Gesamtschuldner untereinander nur nach

Kopfteilen auf Ausgleichung haften. Wenn sie dann aber im Ergebnis meint, daß es Sache des Ausgleichungsfordernden Klägers sei, das Nicht-Vorhandensein dritter Mitschuldner darzulegen und zu beweisen, dann gibt dies bereits zu Zweifeln Anlaß. Gerade dann, wenn, wie im Streitfall, das Gesamtschuldverhältnis auf § 840 Abs. 1 BGB beruht, ist sehr oft nicht endgültig festzustellen oder doch noch nicht zu überblicken, ob auch weitere Personen für den Schaden mitverantwortlich sind. Diese Ungewißheit, ob noch weitere Mithaftende vorhanden sind, ginge dann immer zulasten dessen, der den Gläubiger befriedigt hat - dies oft nur deshalb, weil sich (mehr oder weniger zufällig) der Gläubiger an ihn gehalten hat - und der sich durch die Quote seines Ausgleichsanspruches ohnehin mit einem eigenen Haftungsanteil abfinden will, diesen nun aber nicht weiter vermindert sehen will.

b) Die von der Revision aufgeworfene Frage muß indessen hier nicht abschließend entschieden werden.

aa) Daß die Betrüger W. und S. dem Gläubiger V. in erster Linie für seinen Schaden hafteten, war allerdings offensichtlich und zwischen den Parteien nie streitig. Auch das Berufungsgericht geht davon aus. Insoweit wäre also ein ausdrücklicher Einwand der Beklagten entbehrlich gewesen. Unstreitig war aber ferner, daß die beiden die durch ihren Betrug erlangten Mittel zur Abdeckung anderer Verbindlichkeiten benötigt hatten und daß nach Aufdeckung ihrer Straftaten der eine freiwillig aus dem Leben schied, während der andere eine mehrjährige Freiheitsstrafe antreten mußte. Nimmt man hinzu, daß auch der Gläubiger V. nicht in erster Linie

bei den Betrügern (bei Schefbuch bzw. den Erben des Wörtz) Befriedigung gesucht hat, obwohl dort in rechtlicher Hinsicht keinerlei Schwierigkeiten bestanden, dann kann der Umstand, daß die Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreit den Kläger nie auf diese Mitschuldner verwiesen haben, nur als Einräumung der Tatsache verstanden werden, daß dort (mindestens derzeit) nichts zu holen sei (Satz 2 des § 426 Abs. 1 BGB). Es kommt also schon deshalb nicht mehr auf die Beweislast an, die die Revision dem Kläger zuschieben will. Bei dieser Sachlage ist es unschädlich, daß das Berufungsgericht die grundsätzliche Haftung der Betrüger einerseits und andererseits das stillschweigende aber eindeutige Einverständnis der Parteien über die Fruchtlosigkeit eines Zugriffs in dieser Richtung nicht ausdrücklich erwähnt hat.

bb) Nichts anderes gilt aber im Ergebnis, soweit die Revision erstmals zu erwägen geben will, ob nicht der Bürgermeister der Gemeinde Niebelsbach oder ein näher nicht bezeichneter Gemeindebediensteter durch die Angabe eines unrichtigen Bodenpreises eine weitere gesamtschuldnerische Haftung begründet hat, oder ob sich vielleicht auch der (jedenfalls formelle) Grundstückseigentümer B. dem V. gegenüber haftbar gemacht hat.

Damit versucht die Revision unzulässigerweise neues tatsächliches Vorbringen in den Rechtsstreit einzuführen. Es konnte nicht Aufgabe des Tatrichters sein, Umstände, die von den Parteien nur in anderem Zusammenhang vorgetragen oder sonst im Rechtsstreit

bekannt geworden sind, daraufhin zu durchforschen, ob sich nicht noch eine Ausdehnung der Ausgleichungspflicht auf andere Mithaftende feststellen ließ. Vielmehr entsprach es dem Grundsatz der Parteiherrschaft, wenn der Tatrichter von der vom Kläger jedenfalls sinngemäß vorgetragenen und von dem Beklagten nie in Frage gezogenen Sachlage ausging, daß die Parteien die einzigen - zumindest die einzigen zahlungsfähigen - Mitschuldner seien. Nur ergänzend sei bemerkt, daß im Falle der Gemeinde Niebelsbach und der für sie handelnden Personen (nur hier konnte sich nach dem festgestellten Sachverhalt der Gedanke an eine Haftung überhaupt ergeben) der übereinstimmende Vortrag der Parteien vor dem Tatrichter in der subsidiären Haftung gemäß § 839 Abs. 1 S. 2 BGB seine Erklärung finden dürfte.

II.

Bei der Ermittlung des für den Umfang des Forderungsübergangs auf den Kläger maßgebenden Ausgleichungsverhältnisses (§ 426 Abs. 2 S. 1 i.V. mit Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BGB) stellt das Berufungsgericht die beklagten Eheleute dem Kläger als Haftungseinheit gegenüber, weil die Erstbeklagte lediglich nach §§ 278, 831 für den Zweitbeklagten einzustehen hat. Das entspricht der Rechtslage, der sich auch der Kläger, der nicht nur ein Drittel, sondern die Hälfte auf sich nimmt, nicht mehr verschließt (vgl. BGHZ 6, 3, 27). Dabei kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Parteien, d.h. der Kläger auf der einen Seite und die Beklagten auf der anderen Seite, den Schaden unter sich zu gleichen Teilen auszugleichen haben. Hierzu führt das Berufungsgericht aus:

Der Umfang der Ausgleichungspflicht bestimme sich in entsprechender Anwendung von § 254 BGB danach, wie weit der Schaden vorwiegend vom einen oder anderen verursacht worden sei. Eine Abweichung von dem in § 426 Abs. 1 als "Hilfsregel" aufgestellten Ausgleichungsmaßstab sei hier - abgesehen von der Berücksichtigung der Haftungseinheit - nicht angezeigt. Die Verursachungsbeiträge des Klägers und des Zweitbeklagten seien untereinander gleichwertig. Umstände, welche eine andere Verteilung rechtfertigen würden, seien nicht festzustellen. Dieses Abwägungsergebnis begründet das Berufungsgericht anhand einer ins Einzelne gehenden Würdigung des von ihm festgestellten Sachverhalts.

1. Die Revision hält dies für schon im Ausgangspunkt verfehlt. Sie meint, der Grundsatz der gleichen Anteile in § 426 Abs. 1 BGB gelte nur, "soweit nicht ein anderes bestimmt sei". Die gebotene entsprechende Anwendung des § 254 BGB komme aber einer solchen anderweitigen Bestimmung gleich. Damit sei für die Anwendung des Grundsatzes der gleichen Anteile - auch als "Hilfsregel" - kein Raum mehr.

Dem ist zwar an sich zuzustimmen; im Ergebnis aber hat die Revision mit dieser Rüge keinen Erfolg. Das ergibt sich schon daraus, daß hier das Berufungsgericht die Gleichwertigkeit der Verursachungsbeiträge positiv festgestellt hat. Die Ausgleichung zu gleichen Kopfteilen beruht also gerade auf der entsprechenden Anwendung der Vorschrift des § 254 Abs. 1 BGB. Damit stellt sich vor allem auch nicht die Frage, ob es gerecht wäre, mit etwaigen tatsächlichen Ungewisheiten

über das Beteiligungsverhältnis immer den Täter zu belasten, der zunächst den Gläubiger befriedigt hat (vgl. oben II 1).

2. Die Abwägung entsprechend den Grundsätzen des § 254 BGB ist als solche Sache des Tatrichters (ständige Rspr. des erkennenden Senats; vgl. auch BGHZ 51, 275, 279). Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob dabei rechtsirrtümliche Erwägungen angestellt oder wesentliche Gesichtspunkte verfahrenswidrig übergangen worden sind.

Im vorliegenden Fall lassen die sorgfältigen Ausführungen des Berufungsgerichts zur Abwägung sachlich-rechtliche Fehler nicht erkennen. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat im Einzelnen geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (Art. 1 Nr. 4 BGH EntlG).

III

Im Vorprozeß des Gläubigers V. waren die Parteien des jetzigen Rechtsstreits als Beklagte im ersten Rechtszug gesamtschuldnerisch zur Zahlung und in die Kosten verurteilt worden. Dieses Urteil war gegen den jetzigen Kläger durch Rücknahme seiner Berufung, gegen die beiden jetzigen Beklagten durch Zurückweisung ihrer Berufungen rechtskräftig geworden. Auch die Kosten des Berufungsverfahrens sind dem jetzigen Kläger durch Beschluß, den jetzigen Beklagten durch das damalige Berufungsurteil auferlegt worden.

Der Kläger hat die damals der Beklagtenseite zufallenden Kosten zum größten Teil an V. bezahlt. Er nimmt deshalb die Beklagten auch insoweit als Gesamtschuldner, hilfsweise je einzeln, auf Ausgleichung in Anspruch. Auch hinsichtlich dieses Anspruchs hat das Berufungsgericht der Klage im wesentlichen stattgegeben.

1. Bei seiner Berechnung teilt das Berufungsgericht mit Recht vorweg die Kosten, die nach Rücknahme der Berufung durch den Kläger als Mitbeklagter im Vorprozeß entstanden sind, den Beklagten allein zu. Auch die Revision hat insoweit nichts erinnert. Im übrigen geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Kläger und die beiden Beklagten (je einzeln) die Kosten des Vorprozesses zu gleichen Teilen auszugleichen haben. Es führt aus:

Der Ausgleichungsanspruch des Klägers ergebe sich hier aus § 426 BGB i.V. mit der aus § 100 Abs. 4 ZPO folgenden Kostenentscheidung des Vorprozesses. Diese Ausgleichung folge nicht der für den Hauptanspruch maßgebenden Quotierung. Es gelte mangels abweichender vertraglicher oder gesetzlicher Regelung die "Hilfsregel" des § 426 Abs. 1 BGB, wobei die Beklagten insoweit aber nicht zu einer Haftungseinheit zusammenzufassen seien. Die Kosten des Vorprozesses seien entstanden, weil keiner der damaligen drei Beklagten freiwillig gezahlt, es vielmehr auf eine gerichtliche Entscheidung habe ankommen lassen. Das habe jeder von ihnen ebenso allein in der Hand gehabt, wie wenn er allein von V. in Anspruch genommen worden wäre. Die

selbständige Stellung aller drei Beklagten im Vorprozeß lasse es nicht gerechtfertigt erscheinen, dem Kläger die Hälfte der damaligen Kosten aufzuerlegen.

Diese Auffassung stimmt im Ausgangspunkt mit der schon auf das Reichsgericht zurückgehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überein.

a) Grundsätzlich gehören die Kosten, die einem Gesamtschuldner im Rechtsstreit gegenüber dem Gläubiger entstanden sind, nicht zum Gegenstand des Ausgleichs. Sie sind von dem jeweiligen Gesamtschuldner deshalb zu tragen, weil er den Gläubiger nicht streitlos befriedigt hat und dann im Prozeß unterlegen ist (RGZ 92, 143, 148; Senatsurteil vom 18. Oktober 1957 - VI ZR 209/56 - VersR 1957, 800 sowie vom 16. Februar 1971 - VI ZR 150/69 - VersR 1971, 478 m.w.Nachw.). An diesem Grundsatz kann sich auch dann nichts ändern, wenn wie hier die Gesamtschuldner gemeinsam verklagt und deshalb auch gesamtschuldnerisch in die Kosten des Rechtsstreits verurteilt worden sind (§ 100 Abs. 4 ZPO). Die Vorschrift hat ersichtlich in erster Linie das Interesse des Gläubigers im Auge, der sich auch hinsichtlich seines Aufwandes für die Rechtsdurchsetzung immer im Zweifel an den zugriffsgeeignetsten Schuldner soll halten können. Er wäre sonst hinsichtlich der Prozeßkosten dann schlechter gestellt, wenn ihm zusätzlich noch ein Zweitschuldner von zweifelhafterer Zahlungsfähigkeit haftet und er diesen vorsorglich mitverklagt hat, was aber im Hinblick auf die Durchsetzung des sachlichen Anspruchs meist geboten ist, daher nicht zu seinen Lasten gehen kann.

Jedoch muß im Innenverhältnis der Gesamtschuldner die Erwägung Vorrang behalten, daß ihr Zusammenschluß zu einer (einfachen) Streitgenossenschaft zufällig ist. Diese Zusammenfassung kann deshalb an dem Grundsatz nichts ändern, daß die Kosten der (erfolglosen) Abwehr des Gläubigerzugriffs den Betroffenen allein angehen und jedenfalls nicht Gegenstand der für den Hauptanspruch geltenden gesamtschuldnerischen Haftung sind. Infolgedessen kann sich eine Ausgleichungspflicht hier regelmäßig nur aus dem prozessualen Gesamtschuldverhältnis des § 100 Abs. 4 ZPO ergeben. Abweichungen von der Ausgangsregel gleicher Kopfteile (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB) können sich hier demnach ebenfalls nur aus der prozessualen Gestaltung ergeben. Ihnen ist im wesentlichen durch die Verweisung auf Absatz 3 des § 100 ZPO Rechnung getragen, die das Berufungsgericht, wie eingangs bemerkt, beachtet hat. Nach allem ist für die Prozeßkosten, die der Kläger vorgelegt hat, eine Ausgleichung geboten, die die im Ausgangsverhältnis gegebene Haftungseinheit zwischen den beklagten Eheleuten nicht berücksichtigt.

b) Bei alledem können sich Besonderheiten für den inneren Ausgleich ergeben, wenn einem Mitschuldner daraus besondere Ansprüche gegen den anderen erwachsen, daß dieser seine Mitwirkungspflicht bei der Abwicklung der gemeinsamen Verbindlichkeit schuldhaft verletzt hat (vgl. schon RGZ 160, 148, 151; BGH Urt. v. 17. Dezember 1955 - VI ZR 190/54 - VersR 1956, 160, 161 und vom 22. September 1969 - VII ZR 116/67 - VersR 1969, 1039). Solch besondere Sachlage kann

vor allem dann gegeben sein, wenn im Innenverhältnis ein Mitschuldner kraft besonderer Gestaltung zur Freistellung des anderen gehalten war - (obiges Urt. des BGH vom 22. September 1969). Im vorliegenden Fall sind vergleichbare Umstände nicht behauptet; die Tatsache allein, daß bezüglich der ursprünglichen Gesamtschuld Abweichungen von der Ausgangsregel der gleichen Kopfteile geboten sind (s. oben zu III), kann nicht ausreichen.

2. Den auszugleichenden Kosten rechnet das Berufungsgericht auch die Kosten einer Avalbürgschaft in Höhe von DM 1.250,65 zu, die V. mit Rücksicht darauf aufgewandt hatte, daß im Vorprozeß das Urteil des ersten Rechtszuges nur gegen (auch durch Bankbürgschaft zu erbringende) Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt war (§ 710 ZPO). Der Kläger hat auch diese Kosten dem V. erstattet.

Die Revision meint, V. habe diese Kosten im Vorprozeß deshalb aufgewandt, um gegen den Kläger (damaligen Mitbeklagten) zu vollstrecken; sie gehörten deshalb nicht zu den von den Beklagten des Vorprozesses solidarisch geschuldeten Kosten. Damit könne offenbleiben, ob sie unter die Kosten der Zwangsvollstreckung i.S. von § 788 Abs. 1 ZPO fallen.

Auch damit hat die Revision keinen Erfolg.

a) Vorweg ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß die dem Gläubiger V. erstatteten Aufwendungen nicht von vorneherein auf eine Zwangsvollstreckung gegen

den Kläger gerichtet waren. Sie waren vielmehr allgemein erforderlich, wenn der Gläubiger von seinem Recht (§ 710 S. 1 ZPO) Gebrauch machen wollte, den ihn begünstigenden Spruch schon vor Rechtskraft durchzusetzen. Daß bei den Beklagten etwa von vorneherein ungünstigere Zugriffsmöglichkeiten bestanden hätten, behaupten diese selbst nicht; es kann also dahinstehen, welche rechtliche Bedeutung dem hätte beigelegt werden können.

b) Im übrigen hat das Berufungsgericht mit Recht die Kosten für die Avalbürgschaft den Verfahrenskosten im weitesten Sinne zugeordnet.

Die rechtliche Qualifikation der Aufwendungen für die Beschaffung und auch die Festlegung einer Sicherheit, um alsbaldige Vollstreckbarkeit eines Urteils zu erreichen, ist zwar sehr umstritten. Das Reichsgericht hat noch in seiner Entscheidung RGZ 145, 296, 300 ihre Zurechnung zu den Kosten der Zwangsvollstreckung verneint, obwohl es nicht verkannte, daß schon damals überwiegend eine gegenteilige Meinung vertreten wurde. Es hielt nur "außerhalb des Rechtsstreits bestehende" Ersatzansprüche für möglich. Die Rechtsprechung der Obergerichte ist gespalten, während der Bundesgerichtshof, soweit ersichtlich, noch nicht Stellung genommen hat (Hinweise auf grundlegende Entscheidungen mit weiteren Nachweisungen bei Baumbach/Lauterbach 31. Aufl. Anm. 5 zu § 788 ZPO; vgl. auch die Nachweisungen bei Lange VersR 1972, 713).

Indessen entzündet sich der Streit um die prozessuale Natur des Anspruchs auf Erstattung der Kosten der Sicherheitsleistung vor allem an der Frage, ob dieser Anspruch für die schlichte Beitreibung (§ 788 Abs. 1 1. Halbs. ZPO)

oder doch für Kostenfestsetzungsverfahren (§§ 91, 104 ff ZPO) geeignet ist. Diese rein formale Frage braucht der Senat auch jetzt nicht zu entscheiden, zumal im Streitfall der Kläger dem Gläubiger V. die Avalprovision ohne Festsetzung oder Beitreibung erstattet hat. Dagegen muß - insoweit entgegen RGZ aaO - die prozessuale Natur des Erstattungsanspruchs in dem Sinne bejaht werden, daß er seinen Sachgrund unmittelbar in dem zugrundeliegenden Prozeßrechtsverhältnis hat und nicht im Einzelfall einer Rechtfertigung aus Normen des allgemeinen sachlichen Rechts (etwa § 286 Abs. 1 BGB) bedarf. Den Vorschriften der §§ 91 und 788 ZPO liegt die allgemeine gesetzgeberische Entscheidung zugrunde, daß die obsiegende Partei die notwendigen Kosten der ihr durch das Urteil eröffneten Maßnahmen zur Verfolgung und Durchsetzung ihres Anspruchs von dem Unterlegenen zurückfordern kann; soweit der Gesetzgeber gleichzeitig für die Verwirklichung dieser Erstattungsansprüche besondere vereinfachte Verfahren geschaffen hat, kann sich aus deren eingeschränkten Möglichkeiten nicht wiederum eine Einschränkung der zugrundeliegenden Sachregel ergeben. Die Kosten für die Beschaffung einer Sicherheit, mit deren Einsatz eine Partei die ihr gesetzlich eingeräumte Möglichkeit zur teilweisen Vorwegnahme der Rechtskraft einer Entscheidung nutzt, fallen aber, soweit sie notwendig sind (die Notwendigkeit ist im Streitfall nicht umstritten) unter diesen auf das Prozeßverhältnis gestützten Sachgrundsatz.

Damit ist dem Berufungsgericht im Ergebnis zuzustimmen, soweit es die Erstattung der Avalprovision durch den Kläger als ausgleichsfähige Leistung behandelt,

und auch darin, daß es diese Ausgleichung nicht im Rahmen des ursprünglichen sachlichrechtlichen Gesamt-schuldverhältnisses vornimmt, sondern innerhalb des streitgenössischen Gesamtschuldverhältnisses im Sinne des § 100 Abs. 4 ZPO.

IV.

Zur Begründung ihrer Hilfsaufrechnung haben die Beklagten vorgetragen:

Durch das falsche Gutachten des Klägers habe die Erstbeklagte den finanzstarken V. als Kunden verloren, wodurch ihr Provisionen in Höhe von DM 60.000 entgangen seien. Auch in zwei anderen Fällen habe der Kläger unrichtige Gutachten erstattet, wodurch zwei weitere Kunden verprellt worden, daher auch hier Provisionsverluste entstanden seien. Daraus leiten die Beklagten Gegenansprüche aus dem Rechtsgrund des § 826 BGB her.

1. Das Berufungsgericht hält diese Gegenansprüche, die ohnehin nur der Erstbeklagten zustehen könnten, für nicht begründet. Im Falle V. entfalle eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, weil die Beklagten keine schädigende Vermögensverfügung vorgenommen hätten. Für einen Anspruch aus § 826 BGB fehle es an einer vorsätzlichen Schadenszufügung. Es liege kein Anhalt dafür vor, daß der Kläger bei der falschen Schätzung Überlegungen darüber angestellt habe, einem Finanzmakler könnten dadurch künftige Geschäfte entgehen.

2. Auch hier bleibt der Revisionsangriff ohne Erfolg. Zwar würde es, auch soweit die Beklagten gesamtschuldnerisch auf Ausgleichung haften, genügen, daß eine von der Erstbeklagten zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung dieser allein zusteht (§ 422 Abs. 1 S. 2 BGB). Das Berufungsgericht hat aber das Bestehen solcher Gegenforderungen ohne Rechtsfehler verneint.

Dies ergibt sich, soweit durch das Abspringen des V. als Kunden ein Schaden entstanden sein soll, schon daraus, daß nach der für die Revision unangreifbaren Feststellung des Berufungsgerichts der für die Erstbeklagte handelnde Zweitbeklagte sich über die objektive Unrichtigkeit der vom Kläger erstellten Wertschätzung nicht im Unklaren war; hat er sie trotzdem ohne Vorbehalt an den Kunden weitergegeben, dann kann der daraus für das Maklerunternehmen der Beklagten entstandene Schaden dem Kläger nicht im Rechtssinne zugerechnet werden.

In den beiden anderen behaupteten Fällen (Dr. Hartmann und Buschulte) fehlt allerdings eine solche Feststellung. Hier stehen indessen jedenfalls die rechtsfehlerfreien Erwägungen des Berufungsgerichts einem Anspruch der Beklagten entgegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 5. Dezember 1972 - VI ZR 120/71 - VersR 1973, 247 m.w.Nachw.) begründet das Inverkehrbringen von unrichtigen Gutachten und Bescheinigungen, soweit, wie dies hier der Fall ist, vertragliche oder vertragsähnliche Verbindungen nicht vorliegen, Schadensersatzansprüche dessen,

der auf ihre Richtigkeit vertraut, nur unter den Voraussetzungen des § 826 BGB. Voraussetzung eines Ersatzanspruchs ist daher, daß der Schädiger die Schädigung mindestens in der Form des bedingten Vorsatzes in seinen Willen billigend aufgenommen hat. Das aber setzt begrifflich eine konkrete Vorstellung von dem in Kauf genommenen Schaden voraus, während eine nur allgemeine Vorstellung über etwa mögliche Schädigungen nicht genügt (BGHZ 8, 387, 393; RGRK 11. Aufl. Anm. 5 zu § 826 BGB). Insofern kann bei dem Verfasser einer unrichtigen oder gar willkürlichen Grundstücksschätzung, jedenfalls wenn sie im Auftrag eines Maklers erfolgt, regelmäßig das Bewußtsein vorausgesetzt werden, daß eine zu hohe Schätzung zur Schädigung von Käufern und Geldgebern führen kann. Daß sich indessen aus der Unrichtigkeit auch noch ein Schaden für einen anderen Makler durch das Abspringen eines enttäuschten Kunden ergeben kann, entspricht einer kaum typischen und jedenfalls so wenig naheliegenden Entwicklung, daß ohne besondere Umstände, die hier nicht festgestellt sind, nicht davon ausgegangen werden kann, der Täter habe auch eine solche Schädigung bedacht und billigend in seinen Willen aufgenommen. Die gegenteilige Meinung müßte die Grenzen sprengen, die auch der Rechtsfigur des nur bedingten Vorsatzes gezogen sind.

An diesem Ergebnis vermögen auch die Ausführungen der Revision, die in den Gutachten des Klägers eine Erklärung "an den den es angeht" sehen will, nichts zu ändern. Sie könnten rechtliche Bedeutung allenfalls im Rahmen einer über § 826 BGB hinausgehenden, vertragsähnlichen Haftung gewinnen, wenn sich trotz der hier

gebotenen Zurückhaltung feststellen ließe, daß der Verfasser der Erklärung die Bereitschaft zum Ausdruck gebracht hat, jedem "den es angeht", für die Richtigkeit zu haften (obiges Senatsurteil VersR S. 249). Zu solchen Feststellungen hatte aber das Berufungsgericht hier keinen Anlaß

Dr. Weber

Nüßgens

Dunz

Dr. Steffen

Dr. Kullmann