

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 138; BGB § 276 Fa

Hatte der auf Lieferung verklagte Verkäufer schon vor Klagerhebung eindeutig das Zustandekommen des Kaufvertrags bestritten, dann braucht er im Rechtsstreit nicht ungefragt zu offenbaren, daß er wegen einer anderweiten Veräußerung schon bei Klagerhebung nicht mehr zur Lieferung in der Lage war. Dies berührt nicht die evtl. Offenbarungspflicht des Verkäufers aus einem tatsächlich zustandegewonnenen Kaufvertrag.

BGH, Urt. v. 7. Juli 1970 - VI ZR 189/68 OLG München
in Augsburg
LG Augsburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 189/68

URTEIL

Verkündet am

7. Juli 1970
K r i e g l ,
Justizhauptschrotür

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

In dem Rechtsstreit

Josef Z [REDACTED] , Baukaufmann, K [REDACTED] ,
M [REDACTED] platz [REDACTED] ,

Beklagter, Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Lorenz W [REDACTED] , Viehkaufmann, M [REDACTED] ,
K [REDACTED] straße [REDACTED] ,

Kläger, Revisionsbeklagten und
Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Pehle und der Bundesrichter Dr. Weber, Professor Dr. Nüßgens, Dunz und Scheffen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 28. Mai 1968 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte bot dem Kläger, der ein solches Fahrzeug suchte, einen gebrauchten Mercedes-Kraftwagen 180 D an. Bei einer Verhandlung am 6. April 1964 einigten sie sich über einen Kaufpreis von DM 6.000, den der Kläger dem Beklagten sofort aushändigte, zur Hälfte in bar und zur Hälfte in Form eines Schecks, den der Beklagte entgegen einer Bitte des Klägers auch alsbald einlöste.



Der Beklagte hatte dem Kläger indessen erklärt, daß er den bei einer Bank hinterlegten Kraftfahrzeugbrief erst auslösen müsse. Dies versuchte er am selben Tage, aber ohne Erfolg, weil er nicht bereit war, den Erlös des Wagens der Bank zur Verfügung zu stellen. Er gab deshalb dem ihn begleitenden Schwager des Klägers die DM 6.000 zurück, versprach aber mündlich, sich weiter um den Brief zu bemühen und wiederholte dieses Versprechen in einem Brief vom 9. April an den Kläger. Gleichzeitig teilte er mit, der Wagen stehe jetzt stillgelegt in der Garage, damit ja nichts passiere. Mit Postkarte vom 13. April erklärte er indessen, daß ihm die Auslösung des Briefs nicht gelinge und er den Wagen nun eben behalten müsse.

Damit war der Kläger nicht einverstanden, bestand vielmehr auf der Auslieferung des Wagens, während sich der Beklagte auf den Standpunkt stellte, ein Kaufvertrag sei noch nicht zustandegekommen, weil die Parteien Schriftform vereinbart hätten.

Mit am 1. Juni 1964 eingereichter erster Klage 3 O 230/64 LG Augsburg (künftig: Vorprozeß) begehrte der Kläger Herausgabe, hilfsweise Übereignung des Fahrzeugs Zug um Zug gegen Zahlung von DM 6.000. Das Landgericht wies nach Beweiserhebung diese Klage ab, weil es sich vom Zustandekommen eines Kaufvertrags nicht zu überzeugen vermochte. Hiergegen legte der Kläger Berufung ein. In der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht eröffnete indessen der Beklagte

auf Frage des Gerichts, daß er das streitige Fahrzeug schon vor Klagerhebung anderweitig veräußert habe. Er hatte diesen Umstand bislang nicht vorgetragen und auch seinem Prozeßbevollmächtigten nicht mitgeteilt.

Daraufhin begehrte der Kläger im Vorprozeß nur noch Zahlung eines Betrags von DM 370,--. Er stützte diesen Anspruch in erster Linie auf die Auffassung, daß er vom Beklagten durch das Verschweigen der Veräußerung im Prozeß widerrechtlich mit Kosten belastet worden sei, hilfsweise auf Aufwendungen, die ihm durch die Kaufverhandlungen und die Vorenthaltung des ihm nach seiner Behauptung verkauften Fahrzeugs entstanden seien. Das Berufungsgericht gab mit Urteil vom 17. Mai 1966 diesem Anspruch unter dem ersteren Gesichtspunkt statt und legte dem Beklagten 1/15, dem Kläger 14/15 der Kosten auf, wobei der Streitwert für das ursprüngliche Klagebegehren auf DM 6.000 festgesetzt wurde. Dieses Urteil ist rechtskräftig.

Der Kläger ist der Auffassung, daß ihm wegen des Verhaltens des Beklagten im Vorprozeß, durch das er mit Kosten belastet worden sei, noch weitere Schadensersatzansprüche zustehen. Er hat mit einem Teil dieser Ansprüche gegen den rechtskräftig festgesetzten Kostenersatzungsanspruch des Beklagten aus dem Vorprozeß aufgerechnet, soweit dieser nicht unstreitig durch Zahlung und durch Verrechnung des dem Kläger im Vorprozeß zugesprochenen Schadensersatzbetrages getilgt ist.

Der Kläger beantragt demgemäß, die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschuß des Landgerichts Augsburg vom 20. Oktober 1966 (3 0 230/64) für unzulässig zu erklären. Daneben begehrt er Zahlung eines Geldbetrages, den er im zweiten Rechtszuge hilfsweise auf DM 2.632,74 beziffert hat.

Während die Klage im ersten Rechtszug ohne Erfolg blieb, hat das Berufungsgericht die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt und dem Zahlungsanspruch unter Abweisung im übrigen zu einem Teilbetrag von DM 1.360,79 nebst Zinsen stattgegeben. Die zugelassene Revision des Beklagten erstrebt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, die Anschlußprovision des Klägers den vollen Erfolg der Klage.

Entscheidungsgründe:

A..

I. In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügt die Revision des Beklagten, der Kläger habe in erster Linie unzulässig die Höhe seines Zahlungsanspruches in richterliches Ermessen gestellt und erst hilfsweise später einen bezifferten Betrag gefordert. Daher hätte das Berufungsgericht richtigerweise den auch nach seiner Auffassung unzulässigen Erstantrag abweisen müssen.

Die Rüge bleibt ohne Erfolg. Trotz der mißverständlichen Begründung, es liege zwischen den beiden Anträgen kein echtes Eventualverhältnis vor, ist das Berufungsgericht richtig vorgegangen. In Wirklichkeit liegen nicht zwei verschiedene Anträge vor, sondern nur ein Zahlungsantrag, der vom Kläger zunächst unbeziffert gestellt, und sodann in der berechtigten Besorgnis, daß seine Zulässigkeit so nicht anerkannt werden könnte, vorsorglich doch noch beziffert worden ist.

II. Für unzulässig hält die Revision auch das Klagbogohren, die Zwangsvollstreckung aus dem rechtskräftigen Kostenfestsetzungsbeschuß des Vorprozesses für unzulässig zu erklären, und verweist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung BGHZ 26, 391.

Auch diese Rüge geht fehl. In dem von der Revision herangezogenen Fall war die Klage auf Beseitigung der Verurteilung gerichtet. Hier dagegen stützt sich der Kläger unmittelbar auf § 767 ZPO. Er behauptet weder, daß der Vorprozeß zur Hauptsache oder im Kostenpunkt falsch entschieden sei, noch daß die Kosten unrichtig festgesetzt worden seien. Vielmehr wirft er dem Beklagten vor, daß er ihn veranlaßt habe, einen aussichtslosen Rechtsstreit durchzuführen, und hat mit seinem daraus hergeleiteten Schadensersatzanspruch gegen die festgesetzten Kosten aufgerechnet. Die aufrechnungsweise Tilgung des Erstattungsanspruches macht er mit der Klage aus § 767 ZPO geltend, was trotz

Abs. 2 das. zulässig ist (BGHZ 3, 381).

III. Die Revision meint ferner, der Schadenersatzanspruch der Klage richte sich auf Beseitigung des rechtskräftig festgesetzten Kostenersatzungsanspruchs des Beklagten und mittelbar auf Änderung der Kostenentscheidung des rechtskräftigen Urteils.

Das Berufungsurteil führt insoweit aus: Die prozeßrechtliche Kostenentscheidung im Vorprozeß sei eine Folge der (für den Kläger dort gebotenen) Klagrücknahme gewesen; dem auf materiellrechtliche Gründe gestützten Begehren auf Ersatz dieses prozessualen Kostennachteils stehe die Rechtskraft der früheren Entscheidung nicht entgegen.

Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß die prozessuale Kostenregelung für ergänzende sachlich-rechtliche Ansprüche auf Kostenersatzung, etwa aus Vertrag oder unerlaubter Handlung, Raum läßt. Dies gilt jedenfalls, soweit zusätzliche Umstände hinzukommen, die bei der prozessualen Kostenentscheidung nicht berücksichtigt werden konnten (BGHZ 45, 251, 256/7 mit weiteren Nachweisen). Das Berufungsurteil wird durch diese Grundsätze insoweit gestützt, denn die im wesentlichen auf der starren Regelung des § 271 Abs. 3 S. 2 beruhende Kostenentscheidung des Vorprozesses bot keine Möglichkeit, die

sachlich-rechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen, aus denen der Kläger einen Ausgleich der Kostenbelastung erstrebt. Damit steht die Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß und des von ihm abhängigen Kostenfestsetzungsbeschlusses der mit der jetzigen Klage erstrebten Entscheidung nicht entgegen.

B.

I. 1. In sachlich-rechtlicher Beziehung rügt die Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, daß das dem Beklagten zur Last gelegte Verhalten für die Kostenbelastung des Klägers ursächlich geworden sei. Sie meint, wenn der Kläger seinen Klaganspruch nicht zurückgenommen hätte, hätte der Beklagte mit seiner neuen Behauptung gemäß § 529 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen werden können. Jedenfalls aber wäre es dann möglich gewesen, in Anwendung der Vorschriften der §§ 278 Abs. 2 und 97 Abs. 2 ZPO die Kosten dem Beklagten ganz oder teilweise aufzuerlegen.

2. Auch hiermit kann die Revision keinen Erfolg haben.

a) Entgegen der Meinung der Revision handelt es sich hier nicht um die Frage der Ursächlichkeit. Die Erwägungen der Revision stellen nicht in Frage, daß ohne das Schweigen des Beklagten der Kläger die Herausgabe- und Übereignungsklage entweder nicht erhoben oder

doch nicht weiter durchgeführt haben würde.

b) Damit kann sich nur fragen, ob ein Mitverschulden des Klägers darin liegt, daß er nicht nach Aufdeckung des wahren Sachverhaltes seine Kostenbelastung durch geeignetes prozessuales Vorgehen ganz oder teilweise vermieden hat. Aber auch unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB bleibt die Sachrüge erfolglos.

Eine Zurückweisung des Verteidigungsvorbringens über die anderweite Veräußerung des Kraftwagens als verspätet hätte vorausgesetzt, daß es vom Kläger (wahrheitswidrig) bestritten worden wäre; denn ein Vorbringen, das alsbald unstreitig wird, ist jedenfalls dann nicht geeignet, den Rechtsstreit zu verzögern, wenn es wie hier zur Entscheidungsreife führt. Der Beklagte kann aber jetzt dem Kläger nicht ohne unstatthaften Selbstwiderspruch vorwerfen, daß er damals sein, des Beklagten, zutreffendes Vorbringen nicht bestritten habe.

Auch eine Anwendung der Kostenvorschriften der §§ 278 Abs. 2 und 97 Abs. 2 ZPO hätte vorausgesetzt, daß der Kläger auf einer Entscheidung über seinen von ihm selbst als aussichtslos angesehenen Anspruch bestanden hätte. Ein solches mit weiteren nutzlosen Kosten verbundenes Vorgehen hätte den Beklagten in keiner Weise entlastet.

II. Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß der Beklagte für die erhöhte Belastung des

Klägers mit Verfahrenskosten nach § 826 BGB hafte.

1. Das Berufungsgericht stellt dahin, ob ein Kaufvertrag zustande gekommen war; es meint, daß das Vorgehen des Beklagten unter Berücksichtigung der Gesamtumstände gegen die guten Sitten verstoßen habe. Dazu führt es im wesentlichen aus:

Schon allein aufgrund des Prozeßrechtsverhältnisses und mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 138 Abs. 1 ZPO sei der Beklagte verpflichtet gewesen, spätestens vor Stellung der Anträge im ersten Rechtszug die anderweite Veräußerung bekanntzugeben, da schon dadurch der Anspruch auf Herausgabe bzw. Übereignung gegenstandslos gewesen sei. Den fernerem Besitz des Beklagten an dem Fahrzeug habe der Kläger zwar nicht ausdrücklich, aber sinngemäß und dem Beklagten erkennbar behauptet. Einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Erklärung des Beklagten im Rechtsstreit würde daher die Bekanntgabe entsprochen haben, daß er den Wagen inzwischen verkauft und nicht mehr im Besitz habe. Da er selbst nicht behauptete, daß er dem Kläger das Eigentum auch jetzt noch verschaffen könnte, habe der Umstand der Veräußerung, den nur der Beklagte habe aufdecken können, zur Sinnlosigkeit der Klaganträge geführt.

Bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit dieses Verhaltens des Beklagten seien auch die früheren Vorgänge zu berücksichtigen. Nach dem gesamten Hergang

habe der Kläger mit Recht der Meinung sein können, daß die Auslösung des Kraftfahrzeugbriefes und die Ausfertigung des schriftlichen Vertrages nur eine Formsache seien, mindestens der Kauf mit Sicherheit noch abgeschlossen werde. Daß der Beklagte das Fahrzeug allgemein durch Zeitungsinsorat und insbesondere dem Kläger persönlich zum Kauf angeboten habe, obwohl es sicherungsübereignet gewesen sei und er selbst nicht gewillt, den Erlös für die Auslösung des Briefes zu verwenden, der Beklagte sich vielmehr trotz allem zu nichts verpflichtet gefühlt habe, sei so ungewöhnlich gewesen und habe so sehr Treu und Glauben bei Anbahnung von Vertragsverhandlungen widersprochen, daß dies auch bei der Frage der Sittenwidrigkeit des Gesamtverhaltens nicht unberücksichtigt bleiben könne. Das Berufungsgericht zieht ferner in Betracht, daß der Beklagte den Kläger zunächst noch von der angeblichen Stilllegung des Fahrzeugs im Hinblick auf den Verkauf an ihn, den Kläger, benachrichtigt hatte, und daß er ihm dann schließlich mitgeteilt hat, er müsse den Wagen nun oben selbst behalten.

Aus allem entnimmt das Berufungsgericht, daß der Beklagte gegen die guten Sitten verstieß, wenn er den Kläger von dem trotzdem kurz darauf erfolgten andorweiten Verlauf selbst dann nicht benachrichtigte, als dieser nach vorheriger Annahmung Klage erhob, um in den Besitz des Wagens zu gelangen.

2. Die Revision rügt insoweit:

Das Berufungsgericht gehe zu Unrecht von einer Pflicht des Beklagten aus, die anderweite Veräußerung im Rechtsstreit zu offenbaren. Dem Beklagten könne nicht vorgeworfen werden, daß er es unterlassen habe, eine von mehreren klagbegründenden Behauptungen zu bestreiten bzw. ein selbständiges Verteidigungsmittel, nämlich die Einrede der befreienden Unmöglichkeit, vorzubringen. Überdies lasse sich die Meinung des Berufungsgerichts nicht auf die Vorschrift des § 138 Abs. 1 ZPO stützen. Diese sei nur gegen die bewußte Prozeßlüge gerichtet. Sie bedeute nicht, daß sich der Beklagte auf sämtliche Klagbehauptungen einlassen müsse oder gegenüber der Gegenpartei verpflichtet sei, selbständige Verteidigungsmittel vorzubringen.

Diese Rügen haben im Ergebnis Erfolg.

a) Den Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß lehnt das Berufungsgericht - als Anspruchsgrundlage - ab. Es erwägt: Schon weil der Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 13. April 1964 mitgeteilt habe, daß er den Wagon behalten müsse, und dadurch jedenfalls klar zum Ausdruck gebracht habe, daß er die Vertragsverhandlungen damit als beendet ansehe, komme ein Anspruch aus culpa in contrahendo nicht mehr in Betracht.

Diese Auffassung läßt im Ergebnis keinen Rechtsirrtum erkennen. Zwar gibt es keinen Satz des Inhalts, daß Pflichten aus dem durch die Vertragsverhandlungen begründeten Vertrauensverhältnis nicht über den Abbruch

der Vertragsverhandlungen hinaus bestehen und daher nach diesem Zeitpunkt auch nicht mehr verletzt werden könnten. Es ist vielmehr denkbar, daß der Verhandlungsgegner im Zuge der Verhandlungen erkennbar zu einer irrigen Vorstellung gelangt ist und es im Einzelfall Treu und Glauben gebieten können, ihn durch Aufklärung seines Irrtums vor Schaden zu bewahren.

Soweit es sich indessen nur um die irrige Erwartung handelt, daß das Geschäft doch noch zustandekommen werde, hat der andere Teil das ihm insoweit Zumutbare getan, wenn er den Abschluß des Vertrages und die Erfüllung des entgegen der irrigen Ansicht des Verhandlungspartners nicht zustandegekommenen Vertrags eindeutig und bedingungslos ablehnt. Dies hat hier der Beklagte auch noch mit seinem weiteren Schreiben vom 28. April und einem Anwaltsbrief vom 6. Mai 1964 getan, ohne den Kläger dadurch von der Klageerhebung abhalten zu können.

Eine Erläuterung des Grundes, aus dem er zum Vertragsschluß nicht mehr bereit sei, schuldete der Beklagte nicht. Dies setzt allerdings voraus, daß - wie für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist - in der Tat weder ein Vertrag noch ein bindender Vorvertrag zustandegeworben war.

b) Mit diesen, eine Offenbarungspflicht aus § 276 IGB zutreffend verneinenden Erwägungen ist es indessen nicht vereinbar, wenn das Berufungsgericht dann doch wieder den Verlauf der abgebrochenen Vertragsverhandlungen

heranzieht, soweit es eine Haftung aus § 826 BGB und aus einer Verletzung der sich aus dem Prozeßrechtsverhältnis ergebenden Offenbarungspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO bejaht. Der Beginn eines Rechtsstreits ist nicht geeignet, etwaige Treupflichten aus den früheren sachlich-rechtlichen Beziehungen der Parteien zu verstärken oder ins Leben zu rufen; eher gilt es gerade von diesem Zeitpunkt ab, in dem sich die Beteiligten nicht mehr als Partner, sondern als Gegner gegenüberstehen, einen gewissen Spielraum für erlaubte prozeßtaktische Entscheidungen freizuhalten. Kann demnach von fortwirkenden Pflichten des Beklagten aus der Zeit vor Prozeßbeginn nicht ausgegangen werden, dann fragt sich nur, ob sich eine Erklärungspflicht des Beklagten ohnehin aus den Regeln einer redlichen Prozeßführung ergab. Dies gilt sowohl für einen Anspruch aus § 826 BGB als auch für den Fall, daß man im Prozeßrechtsverhältnis eine selbständige Anspruchsgrundlage erblicken wollte.

Allgemein stellt sich die Frage dahin, ob der zu Unrecht oder nach seiner Ansicht zu Unrecht auf Lieferung einer Sache Verklagte von sich aus vortragen muß, daß er übrigens zur Lieferung auch nicht mehr in der Lage sei. Diese Frage ist für den Regelfall und auch hier zu verneinen.

Nach dem zutreffenden Hinweis der Revision ist ein Beklagter an sich nicht verpflichtet, alle ihm bekannten Verteidigungstatsachen vorzubringen. Er ist auch

dem Kläger gegenüber nicht verpflichtet, tatsächliche Irrtümer richtigzustellen, die in dessen Vortrag erkennbar werden. Dies gilt mindestens dann, wenn er sich damit nicht die Unkenntnis des Klägers von einem seinem Anspruch günstigen Umstand zunutze macht, was je nach Sachlage unredlich sein mag. Damit hat sich der Beklagte keiner Verletzung der prozessualen Wahrheitspflichten (§ 138 Abs. 1 ZPO) schuldig gemacht. Er hätte dies selbst dann nicht getan, wenn er auf ausdrückliche Frage eine Erklärung verweigert hätte, hätte sich dann vielmehr nach dem Zusammenhang der Abs. 3 und 4 nur der verfahrensrechtlichen Folge ausgesetzt, daß der gegnerische Vortrag als zugestanden galt.

Besondere Umstände, die hier das Verhalten des Beklagten gleichwohl als sittenwidrig erscheinen lassen könnten, sind nicht festgestellt, wobei sich, wie gezeigt, aus den Vorfällen bis zur Klagerhebung keine zusätzlichen Gründe für eine Offenbarungspflicht ergeben können.

Grundsätzlich treffen nun einen Kläger nach § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits, wenn er unterliegt, weil das Gericht die Klage für von Anfang an nicht begründet hält, im vorliegenden Falle also, soweit sich im Vorprozeß das Gericht nicht von Zustandekommen eines Kaufvertrags zu überzeugen vermocht hätte. Eine gewisse Unbilligkeit kann sich für den klagenden Käufer nur dann ergeben, wenn sein zunächst begründet

gewesener Lieferungsanspruch ohne sein Wissen schon vor Klagerhebung untergegangen war. Er kann sich der verfahrensrechtlichen Kostenfolge auch dann, wenn er im Wege der solchenfalls zuzulassenden Klagänderung das Interesse fordert, höchstens teilweise entziehen; soweit dieses, wie meist, hinter dem früheren, durch den Wert der Sache bestimmten Streitwert (§ 6 ZPO) zurückbleibt, verbleiben ihm gleichwohl die Kosten entsprechend § 271 Abs. 3 S. 2 ZPO.

In diesen Fällen erfordert es die Billigkeit häufig, dem Kläger die prozessuale Kostenlast durch einen gegenläufigen sachlich-rechtlichen Freistellungsanspruch (vgl. oben zu A III) wieder abzunehmen. Dieser sachlich-rechtliche Anspruch ergibt sich, wenn der Verkäufer Unmöglichkeit oder Unvermögen zu vertreten hat, aus § 325 Abs. 1 BGB; hat er sie nicht zu vertreten, dann kann sich, soweit der Verkäufer eine rechtzeitige Unterrichtung des Käufers versäumt hat, ein Anspruch auf Befreiung von der prozessualen Kostenlast aus den Grundsätzen über den Schadensersatz bei positiver Vertragsverletzung ergeben.

Für den vorliegenden Fall greifen diese Gesichtspunkte jedoch nicht ein, solange davon ausgegangen werden muß, daß der Wagen dem Kläger weder übereignet noch verkauft war. Ob sich solchenfalls der Beklagte gleichwohl ausnahmsweise aus § 826 BGB hätte haftbar machen können, etwa, indem er ohne jeden berechtigten Grund den Kläger durch sein Schweigen absichtlich in

Kosten trieb, mag dahinstehen. Das Berufungsgericht hat keine Umstände festgestellt, die es erlaubten, das berechnigte Interesse des Beklagten an der Zurückhaltung einer Information zu vernachlässigen, die nach seinem - wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, mindestens subjektiv vertretbaren - Rechtsstandpunkt den Kläger nicht berührte. Einer solchen Feststellung hätte auch die Eigentumsberührung des Klägers entgegengestanden, derotwegen der Beklagte bei Offenbarung des anderweiten Verkaufs weitere, möglicherweise auch strafrechtliche Schritte des Klägers gewärtigen mußte; sich diesen auszusetzen war er, auch wenn sie wenig aussichtsreich gewesen sein mögen, verfahrensrechtlich nicht verpflichtet.

Das Berufungsgericht hat schließlich allerdings festgestellt, daß der Beklagte mit Kostennachteilen für den Kläger gerechnet habe. Damit ist zwar die für die Anwendung des § 826 BGB erforderliche Voraussetzung des Schädigungsvorsatzes erfüllt, nicht aber das zusätzliche Erfordernis der Sittenwidrigkeit, das sich, wie ausgeführt, auch auf keine sonstigen Umstände stützen läßt.

3. Nach allem läßt sich aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts weder ein Anspruch aus § 826 BGB noch ein solcher aus Verletzung von Pflichten aus dem Prozeßrechtsverhältnis bejahen. Ob ein Anspruch der letzteren Art man sich denken wäre, kann ebenso offenbleiben wie die schon vom Berufungsgericht offengelassene, im Schrifttum um-

strittene Frage, ob die Wahrheitspflicht des § 138 ZPO als Schutzgesetz im Zusammenhang mit Ansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB in Frage kommt.

Die angefochtene Entscheidung kann deshalb keinen Bestand haben. Bei seiner anderweiten Entscheidung wird das Berufungsgericht auf die Prüfung nicht verzichten dürfen, ob ein Kaufvertrag zustande gekommen ist, denn nur in diesem Fall kann ein Ersatzanspruch des Klägers wegen der ihm entstandenen Prozeßkosten bestehen.

C.

Auf die Anschlußrevision des Klägers war das angefochtene Urteil auch insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht die Klage wegen eines dem Kläger zur Last gelegten Mitverschuldens teilweise abgewiesen hat. Das Berufungsgericht erblickt dieses Mitverschulden des Klägers darin, daß er auch im zweiten Rechtszuge noch nicht mit der Möglichkeit eines Zwischenverkaufs gerechnet und keine entsprechende Frage gestellt hat.

Die Aufhebung ist geboten, obwohl das von der Anschlußrevision aufgeworfene Bedenken nunmehr entfällt, ob es billig sei, einem sittenwidrig Getäuschten zur Last zu legen, daß er sich habe täuschen lassen. Die Abwägung des Mitverschuldens ist zwar grundsätzlich

Sache des Tatrichters; da aber bei der anderweiten Entscheidung möglicherweise eine bisher vom Berufungsgericht nicht in Betracht gezogene Anspruchsgrundlage zum Tragen kommen wird, erscheint es angezeigt, ihm auch eine volle Neuprüfung der Frage des Mitverschuldens zu ermöglichen.

Pehle

Dr. Weber

Hußgens

Dunz

Scheffen