

VI ZR 290/62

2183 095

Verkündet am 2. Juli 1963
Kriegl
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Frau Anna K., verw. W. geb. L., H.
P.,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Rechtsanwalt und Notar Dr. Hans S., H.
W., W., K.

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1963 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels sowie der Bundes-
richter Dr. K.E. Meyer, Hanebeck, Dr. Hauß und Dr. Pfretzschner
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu
Hamburg vom 26. September 1962 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden der Klägerin aufer-
legt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war in erster Ehe mit dem Gärtner Walter W. verheiratet, der am 7. April 1958 verstorben ist. Über die Frage, ob die Klägerin Erbin zur Hälfte neben der Mutter des Verstorbenen oder nur zu einem Viertel neben dieser und zwei Kindern aus einer geschiedenen Ehe geworden ist, schwebt ein Rechtsstreit.

Der Erblasser war Eigentümer eines 4 753 qm grossen Grundstücks in H. Er schloß hierüber am 22. Oktober 1952 mit dem B. B. und A. e.V. (BBE) einen privatschriftlichen Parzellierungsvertrag. Am 24. Oktober 1952 bevollmächtigte er den BBE in beglaubigter Form, die Parzellen in seinem Namen zu verkaufen. Der BBE machte hiervon Gebrauch und leitete Kaufpreiseraten, welche die Erwerber an ihn gezahlt hatten, in Höhe von insgesamt 10.932 DM an den Erblasser weiter. Dieser räumte dem BBE im Mai 1953 als Sicherheit eine Höchstbetragshypothek von 11.000 DM an dem Grundstück ein. Am 25. März 1955 sagte sich der Erblasser vom BBE mit einem Schreiben los, in welchem er die Nichtigkeit des Vertrages vom 22. Oktober 1952 geltend machte und ihn vorsorglich auch fristlos kündigte, weil er vom BBE nicht durchgeführt und durch die Zurückbehaltung weiterer Kaufpreiseraten verletzt worden sei. Der Erblasser erhob gegen den BBE Klage auf Auskunftserteilung und Zahlung von rund 5.000 DM, doch wurde der Rechtsstreit am 3. März 1956 durch den Konkurs des BBE unterbrochen.

Der Erblasser beauftragte nunmehr im März 1956 den Makler A. mit dem Verkauf des Grundstücks, dem er hierzu eine umfassende, schriftliche Vollmacht erteilte. A. meldete bei dem Konkursgericht unter dem 24. März 1956 eine mit 10.300 DM schließende "Verlustaufrechnung" als Konkursforderung an mit dem Bemerken, er sei bereit, gegen die Valuta

der Sicherheitshypothek abzurechnen. Sodann vermittelte er den Verkauf des Grundstücks an die Ge[REDACTED] D[REDACTED] Wo[REDACTED]gesellschaft m.b.H. (GeWoBau), der am 15. Juni 1956 vor dem Notar Dr. H[REDACTED] in H[REDACTED] beurkundet wurde. Die Käuferin hatte nach diesem Vertrag insgesamt 35.000 DM zu zahlen. Hiervon sollten 11.000 DM zur Ablösung der Sicherheitshypothek auf einem Anderkonto des Notars hinterlegt werden, der angewiesen wurde, Zahlung entsprechend einer Weisung des Konkursverwalters des BBE "nach gerichtlicher Klärung der gegenseitigen Ansprüche wegen der dieser Sicherungshypothek zu Grunde liegenden Forderung" vorzunehmen. A[REDACTED] bat den Konkursverwalter um eine Löschungsbewilligung mit dem Hinweis, daß nunmehr der zu hinterlegende Betrag die Sicherungshypothek ersetzen könne. Inzwischen scheiterte der Kaufvertrag jedoch daran, daß die Preisbehörde Bedenken gegen die Höhe des Entgelts äußerte.

Nunmehr suchten A[REDACTED], der Erblasser, die Klägerin und ein Bevollmächtigter der GeWoBau am 30. August 1956 den beklagten Notar auf, dem sie die vor Notar Dr. H[REDACTED] errichtete Urkunde vorlegten. Sie ließen von ihm insgesamt drei Verträge beurkunden.

In UR. Nr. [REDACTED]/56 verkaufte der Erblasser das Grundstück lastenfrei für 20.000 DM an die GeWoBau; er verpflichtete sich, die Löschung der Sicherungshypothek zu bewirken.

Der Vertrag UR. Nr. [REDACTED]/56 wurde nur zwischen A[REDACTED] und der GeWoBau ("Gesellschaft") geschlossen. § 2 bestimmte:

"Die Gesellschaft verpflichtet sich, bis zu einer Höhe von 11.000 DM den Erschienenen zu 2), Herrn Werner A[REDACTED] von allen Verpflichtungen freizuhalten, die dieser hinsichtlich der Bereinigung des Grundbuches Wandsbek Blatt 1140 übernommen hat.

Die Gesellschaft zahlt zu diesem Zweck einen Betrag von 11.000 DM (elftausend Deutsche Mark) auf das Anderkonto



des beurkundenden Notars und wird damit aus der genannten Verpflichtung frei.

Der Notar wird angewiesen, aus dem hinterlegten Betrage die im Grundbuch W [REDACTED] Blatt [REDACTED] 0 zugunsten des eingetragenen Vereins "B [REDACTED] B [REDACTED] und E [REDACTED] e.V." - jetzt im Konkurs - eingetragene Sicherheitshypothek von 11.000 DM abzulösen.

Dem Notar sind die Löschungsunterlagen für diese Hypothek zur Verfügung zu stellen, sobald er dem Konkursverwalter, Herrn Wirtschaftsprüfer Arthur We [REDACTED], H [REDACTED], E [REDACTED] str. [REDACTED] mitgeteilt hat, daß die genannte Hinterlegung bei ihm erfolgt ist.

Die Zahlung durch den Notar soll alsdann entsprechend der Stellungnahme des Konkursverwalters nach gerichtlicher Klärung der gegenseitigen Ansprüche wegen der Sicherungshypothek erfolgen.

Die Gesellschaft ritt ihre Ansprüche auf Löschung dieser Hypothek an Herrn Werner A [REDACTED] ab.

Der sich etwa ergebende Spitzenbetrag ist zur Verfügung des Herrn Werner A [REDACTED] zu halten.

Mit der Zahlung der genannten 11.000 DM sind die Forderungen des Herrn Werner A [REDACTED] der Gesellschaft gegenüber aus § 5 Abs. 2 des Vertrages vom 30. August 1956

- Urkundenrolle Nr. [REDACTED] Jahr 1956 des jetzt beurkundenden Notars - abgegolten."

In § 4 verpflichtete sich die GeWoBau außerdem, weitere 4.000 DM an A [REDACTED] zum Ausgleich gewisser früherer Leistungen eines Architekten R [REDACTED] zu zahlen.

In dem dritten Vertrag UR. Nr. [REDACTED] 2/56 trat der Erblasser seine gegen den BBE erhobenen Ansprüche in Höhe von 10.500 DM an A [REDACTED] ab.

Alfert, der die Erwirkung der erforderlichen Genehmigungen übernommen hatte, legte der Preisbehörde nur den Vertrag UR. Nr. [REDACTED] /56 vor. Diese genehmigte ihn am 13. September 1956.

Der Konkursverwalter des BBE übersandte die erbetene Löschungsbewilligung am 10. November 1956 dem beklagten Notar mit der Bestimmung, daß dieser sie nur gegen Überweisung des Betrages von DM 11.000.-- verwenden dürfe. Der Beklagte, der diese Summe inzwischen vertragsgemäß von der GeWoBau erhalten hatte, zahlte sie daraufhin an den Konkursverwalter aus und leitete die Löschungsbewilligung Alfert zu, der damit die Löschung der Sicherungshypothek bewirkte. Die GeWoBau wurde als neue Eigentümerin des nunmehr unbelasteten Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

In einem späteren Rechtsstreit kam es zu einem Vergleich zwischen der Klägerin und A [REDACTED], in welchem dieser der Erbgemeinschaft nach Walter W [REDACTED] die Rückabtretung der mit der Urkunde Nr. [REDACTED] 2/56 erworbenen Ansprüche gegen den BBE unwiderruflich anbot und die Klägerin diese Zession als Mitglied der Erbgemeinschaft annahm.

Die Klägerin leitet aus diesem Sachverhalt Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten wegen Verletzung seiner Amtspflichten her. Sie hat geltend gemacht, der Beklagte habe den hinterlegten Betrag von 11.000 DM eigenmächtig an den Konkursverwalter des BBE ausgekehrt, ohne der Anweisung entsprechend die gerichtliche Klärung des Abrechnungsverhältnisses zwischen dem Erblasser und dem BBE abzuwarten. Dadurch sei die Erbgemeinschaft um jene 11.000 DM geschädigt worden; denn der Konkursverwalter habe nichts zu fordern gehabt. In Höhe von 608 DM sei die Sicherungshypothek niemals valutigewesen, und den Anspruch auf Rückgewähr der Kaufpreistraten von 10.392 DM habe A [REDACTED] namens des Erblassers durch Aufrechnung mit der im Schreiben vom 24. März 1956 geltend gemachte Forderung getilgt.

Überdies habe der Beklagte auch schon durch die Vornahme der Beurkundungen pflichtwidrig gehandelt. Er habe es im Gegensatz zu dem unerfahrenen Erblasser durchschaut, daß A [REDACTED]

die Aufspaltung des Geschäfts in drei Verträge nur betrieb, um der Preisbehörde gegenüber verschleiern zu können, daß die Gesamtleistung der GeWoBau unverändert - wie in der vorgelegten, einheitlichen Urkunde des Notars Dr. H. - 35.000 DM betrug. Ferner sei es für den Beklagten ersichtlich gewesen, daß die drei Urkunden mit dem gewünschten Inhalt insgesamt ein Vertragswerk voller Widersprüche, Lücken und Unklarheiten ergaben; tatsächlich seien dem Erblasser hieraus später Prozesse und Einbussen erwachsen. Aus beiden Gründen, so hat die Klägerin ausgeführt, hätte der Beklagte die verlangten Beurkundungen ablehnen müssen. Zum Abschluß der Verträge wäre es schon dann nicht gekommen, wenn der Beklagte wenigstens pflichtgemäß darauf hingewiesen hätte, es sei für den naheliegenden und dann auch eingetretenen Fall nichts bestimmt, daß der Konkursverwalter des BBE sich mit der Hinterlegung von 11.000 DM nicht begnügen und die Löschung nur gegen Zahlung bewilligen könnte. Denn darüber sei eine Einigung der Kaufparteien nicht zu erzielen gewesen; der Erblasser habe einen Rechtsstreit gegen den Konkursverwalter führen, die GeWoBau ihn aber nicht abwarten wollen. Aus diesem Grunde wäre sogar der bereits abgeschlossene Vertrag gescheitert, wenn der Beklagte die Vertragsparteien pflichtgemäß um weitere Weisung ersucht hätte, nachdem der Konkursverwalter auf Zahlung statt bloßer Hinterlegung bestanden hatte. Hätte aber die GeWoBau das Grundstück im Jahre 1956 nicht erlangt, so wäre es dem Nachlaß erhalten geblieben, aus dem es nach dem Wegfall der Preisbindung weit günstiger - zumindest mit 11.000 DM Mehrerlös - verkauft werden könnte.

Der Konkursverwalter des BBE hat nach Klageerhebung 608 DM (den nicht valutierte Betrag der Sicherungshypothek) zugunsten der Erben nach Walter Wnuk und des Maklers A. hinterlegt. Die Klägerin hat ihren Anspruch insoweit für erledigt erklärt. Danach hat sie beantragt, den Beklagten zu

verurteilen, 10.392 DM nebst Zinsen zugunsten der Klägerin und ihrer noch unbekannten Miterben sowie des Konkursverwalters des BBE bei dem Amtsgericht Hamburg, eventuell bei sich selbst zu hinterlegen; hilfsweise diesen Betrag an die Klägerin und ihre noch unbekannten Miterben zu zahlen. Im zweiten Rechtszug hat die Klägerin Haupt- und Hilfsantrag ausgetauscht.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten.

Er hat die Sachbefugnis der Klägerin bestritten, weil sie weder ihr eigenes Erbrecht nachzuweisen vermöge noch auf Leistung an eine unbekannte Erbengemeinschaft klagen könne. Zudem sei der Vertrag UR. Nr. 1/56, dessen Weisungen der Beklagte angeblich mißachtet habe, nur zwischen A und der GeWoBau geschlossen worden. A habe aber erklärt, keine Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu haben. Er könne solche Ansprüche auch nicht wirksam abgetreten haben, weil es an der Möglichkeit einer Annahme durch die nicht feststehende Erbengemeinschaft fehle. Zudem habe die Klägerin trotz Aufforderung keine Abtretungsurkunde vorgelegt.

Der Beklagte ist ferner dem Vorwurf der Amtspflichtverletzung entgegengetreten. Er hat behauptet: Nachdem der Konkursverwalter entgegen der Hoffnung der Vertragsschließenden auf die bloße Hinterlegung von 11.000 DM als Ablösung der Sicherheitshypothek nicht eingegangen sei, habe die Auskehrung des Betrages an ihn nicht nur dem mutmaßlichen, sondern auch dem tatsächlichen Willen der Beteiligten entsprochen. Der Erblasser habe sich im Vertrag mit der GeWoBau vorbehaltlos verpflichtet gehabt, die Belastung im Grundbuch zu beseitigen. Ihm wie allen Beteiligten sei klar gewesen, daß die GeWoBau weder hiervon abgehen noch einen Rechtsstreit zwischen dem Konkursverwalter und dem Erblasser abwarten würde. Der Erblasser habe auf baldige Beschaffung der Löschungsbewilligung gedrängt. A habe sie dann in der Kenntnis verwandt, daß der Beklagte sie nur durch die Auskehrung des hinterlegten Betrages hatte erlangen können. Im übrigen wäre es zur Auszahlung an den Konkursverwalter ebenso gekommen, wenn der

Streit zwischen ihm und dem Erblasser zuvor gerichtlich ausgetragen worden wäre. Die aus entgangener Nutzung in den Jahren 1952 - 1956 hergeleitete Gegenforderung des Erblassers sei unbegründet gewesen, weil der BBE das Grundstück in dieser Zeit rechtmäßig besessen habe. Davon abgesehen sei eine Aufrechnung mit der vermeintlichen Forderung bis zu ihrer Abtretung an Alfert (UR.Nr. [REDACTED] 2/56) nicht erfolgt und danach mangels Gegenseitigkeit nicht mehr möglich gewesen. Endlich müsse der Schadensersatzanspruch auch daran scheitern, daß die Klägerin auf diesem Wege mehr als den preisrechtlich höchstzulässigen Erlös von 20.911,92 DM zu erzielen suche, den schon der Erblasser wesentlich überschritten habe.

Der Beklagte hat auch bestritten, daß er schon durch die Vornahme der Beurkundungen pflichtwidrig gehandelt habe. Er hat behauptet, die Beteiligten seien unangemeldet und in großer Eile bei ihm erschienen. Zunächst sei er ohne Angabe von Gründen um die Aufhebung des vor Notar Dr. H. [REDACTED] geschlossenen Vertrages und seine Ersetzung durch die Urkunde Nr. [REDACTED] 56 gebeten worden. Erst danach, und zwar wiederum einzeln, seien die Beteiligten mit dem Wunsch nach Beurkundung der beiden weiteren Verträge hervorgetreten. Eine Überprüfung des ganzen Vertragswerkes auf das Ineinandergreifen der Bestimmungen und die erstrebten Ziele sei damit nicht möglich gewesen. Desgleichen habe sich eine Beratung erübrigt, weil die Beteiligten - zu denen die GeWoBau als halböffentliches Organ der städtlichen Wohnungspolitik gehört habe - nur festumrissene, offenbar vorher ausgehandelte Vereinbarungen zu beurkunden wünschten.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihr Begehren in der Fassung des zweiten Rechtszuges weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I.

1. Nach der zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichts lassen sich Schadensersatzansprüche des Erblassers nicht schon daraus herleiten, daß der Beklagte die Beurkundung der Verträge nicht abgelehnt hat. Pflichtgemäß hätte er dies allerdings tun müssen. Der Patrichter hat festgestellt, daß der Makler A [REDACTED] die Aufspaltung des einheitlichen Geschäfts in drei Urkunden betrieb, um die Preisbehörde darüber täuschen zu können, daß sich wirtschaftlich gegenüber dem beanstandeten, von Notar Dr. H [REDACTED] zusammenhängend beurkundeten Vertrag nichts geändert hatte. Das Berufungsgericht hat es nicht als erwiesen angesehen, daß der Beklagte hierbei vorsätzlich mitgewirkt habe, hält es jedoch für grob fahrlässig, daß er die auf der Hand liegende Absicht nicht durchschaut und dadurch zu ihrer Verwirklichung beigetragen hat. Gleichwohl verneint es einen Schadensersatzanspruch des Erblassers, weil dieser nichts daraus herleiten könne, daß es seinem bevollmächtigten A [REDACTED] gelungen ist, den Beklagten zu einer Amtspflichtverletzung zu bestimmen.

Dieser Ansicht ist beizutreten. Der Erblasser hat es A [REDACTED] überlassen, wie der gewünschte Verkauf nach dem gescheiterten ersten Versuch doch noch zu verwirklichen sei. Unstreitig hat dann A [REDACTED] den beschrittenen Weg ersonnen und zur Durchführung dem Beklagten in Gegenwart des Erblassers erklärt, was die Erschienenen beurkundet haben wollten, und in welcher Weise dies geschehen solle. Diese Erklärungen hat er unwidersprochen auf Grund der ihm erteilten Vollmacht abgegeben, den Erblasser in dessen Grundstücksangelegenheiten zu vertreten. Nach § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB muß sich der Erblasser so be-

handeln lassen, als habe er die Erklärungen selbst abgegeben. Ob er das von A [REDACTED] eingeschlagene Verfahren im einzelnen durchschaute, ist unerheblich. Er wollte auf jeden Fall, wie die Klägerin hervorhebt, aus dem Verkauf des Grundstücks 35.000 DM Erlösen. Nachdem dies mit der ersten, von Notar Dr. H [REDACTED] errichteten Urkunde nicht gelungen war, die auch schon die Höhe des tatsächlich zu zahlenden Entgelts bemäntelte, konnte nur eine noch geschicktere Verschleierung zum Ziel führen. Solche Versuche der Grundstücksverkäufer waren derzeit weithin üblich. Unter diesen Umständen läßt sich nicht sagen, daß das Ansinnen A [REDACTED]s, wie er es dem Beklagten unterbreitet hat, völlig außerhalb des Rahmens der ihm erteilten Vollmacht gelegen hätte.

Wirkten demnach die Erklärungen A [REDACTED]s für und gegen den Erblasser, so konnte dieser dem Beklagten nicht vorwerfen, daß er die Beurkundung den geäußerten Wünschen entsprechend vorgenommen und dabei fahrlässig nicht erkannt hat, daß mit ihnen ein unerlaubtes Ziel verfolgt wurde. Die aus diesem Sachverhalt hergeleiteten Schadensersatzansprüche scheitern an der Einrede der allgemeinen Arglist, § 242 BGB. Ob das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß es sich insoweit um eine unzulässige Rechtsausübung handle, auch über §§ 278, 831, 254 BGB zu gelangen vermochte, kann dahinstehen.

2. Daß dem Erblasser ungeachtet der wunschgemäß vorgenommenen Beurkundungen schließlich doch weniger als die von der GeWoBau tatsächlich gezahlten 35.000 DM zugeflossen sind, ist nur eine Folge der Ausgestaltung seiner Rechtsbeziehungen zu A [REDACTED]. Diese waren nicht Gegenstand der beurkundeten Verträge. Der Beklagte brauchte auch nicht darauf hinzuwirken, daß sie hierin einbezogen wurden. Eine solche Amtspflicht ergab sich entgegen der Meinung der Revision insbesondere nicht daraus, daß die Rechte A [REDACTED]s, wie sie in dem beurkundeten Vertragswerk festgelegt wurden, offenbar nur ein Ausschnitt aus einem größeren Zusammenhang waren. Wenn die

Beteiligten über diesen nichts zu erklären wünschten, durfte der Beklagte es hierbei bewenden lassen, sofern nur das, was er zu beurkunden hatte, klar und aus sich heraus verständlich war. Das traf, jedenfalls soweit die Bestimmungen hier interessieren, ohne Frage zu.

II.

Das Berufungsgericht hat, der Klägerin folgend, eine weitere Amtspflichtverletzung des Beklagten darin gesehen, daß er den hinterlegten Betrag von 11.000 DM an den Konkursverwalter ausgekehrt hat, ohne bestimmungsgemäß die gerichtliche Klärung der Ansprüche des BBE abzuwarten oder abweichende Weisungen der Beteiligten einzuholen. Es hat jedoch, wie im Ergebnis auch das Landgericht, einen hieraus erwachsenen Schaden des Erblassers verneint. Die insoweit von der Revision erhobenen Rügen greifen ebenfalls nicht durch.

1. Unzutreffend ist die Meinung der Revision, daß das Berufungsgericht zumindest dem Hilfsantrag auf Verurteilung des Beklagten zur erneuten Hinterlegung der Summe hätte stattgeben müssen, weil der Schaden, daß der Betrag infolge der pflichtwidrigen Veräußerung des Beklagten jetzt nicht mehr hinterlegt sei, auf der Hand liege und auf jeden Fall wiedergutmacht werden müsse. Dieses Begehren - der Hauptantrag im ersten Rechtszug - war von vornherein unbegründet. Es zielt nur scheinbar auf die Wiederherstellung des Zustandes ab, wie er vor dem haftungsbegründenden Ereignis bestanden hat. Tatsächlich ist eine solche Wiederherstellung nicht möglich. Der ursprüngliche Zustand war der, daß der Erblasser eine bestrittene, der Konkursverwalter eine unstreitige und hypothekarisch gesicherte Forderung geltend machte. Der Erblasser hatte für die Hinterlegung einer Summe gesorgt, die nach seinem Vorschlag an die Stelle des Grundpfandrechts treten und dem Konkursverwalter Befriedigung gewähren sollte,

falls und soweit eine gerichtliche Entscheidung den Bestand seines Anspruchs bestätigte. Dieser mit der Hinterlegung verfolgte Zweck war schon dadurch hinfällig geworden, daß der Konkursverwalter den angebotenen Austausch gegen die Sicherungshypothek abgelehnt hatte. Aber auch der danach bestehende Zustand ließe sich nicht durch eine erneute Hinterlegung aus Mitteln des Beklagten wiederherstellen, weil durch sie nicht ungeschehen gemacht werden könnte, daß der Beklagte den Anspruch des Konkursverwalters auf Zahlung gegen Hergabe der Löschungsbewilligung erfüllt hat. Da damit zugleich das Interesse der GeWoBau an der Hinterlegung entfallen war, müßte der erneut eingezahlte Betrag mangels anderer Prätendenten alsbald - möglicherweise über Alfort - an die Rechtsnachfolger des Erblassers ausgekehrt werden. Bei der geforderten Leistung des Beklagten handelt es sich damit der Sache nach nicht um eine Naturalrestitution, sondern um eine Ersatzleistung in Geld, wie sie hier auch allein in Betracht kommen kann.

2. Zur Begründung eines solchen Schadensersatzanspruchs müßte die Klägerin - abgesehen von ihrer Sachbefugnis - dar- tun, daß der Erblasser der Auszahlung des hinterlegten Betrages nicht zugestimmt hätte, daß er vielmehr selbst oder durch A. einen Rechtsstreit um die Durchsetzung seiner Gegenforderung geführt und darin mit der Folge abge- sichtigt hätte, daß der Konkursverwalter die Löschungsbewilligung ohne Zahlung erteilen mußte und die hinterlegte Summe im Ergebnis dem Erblasser zufließt.

a) Schon die erste Voraussetzung begegnet erheblichen Zweifeln. Das Berufungsgericht hat sich mit der Darlegung begnügt, daß der Erblasser nicht vertraglich verpflichtet gewesen wäre, der Auskehrung des hinterlegten Betrages an den Konkursverwalter zuzustimmen, wenn ihn der Beklagte deshalb befragt hätte. Ob diese Auslegung des (individuellen) Vertragswerks zutrifft, entzieht sich der Nachprüfung durch

das Revisionsgericht. Offen ist jedoch geblieben, ob nicht schon die Umstände den Erblasser genötigt hätten, sich dem Verlangen des Konkursverwalters zu fügen. Diesem ist die Hinterlegung in der Hoffnung angedient worden, er werde sie als eine der Höchstbetragshypothek gleichwertige Sicherheit gelten lassen und daher im Austausch auf das Grundpfandrecht verzichten. Nach der so erlangten Löschungsbewilligung hätte der Übergang des Eigentums an dem lastenfreien Grundstück alsbald bewirkt und dann der Streit zwischen dem Erblasser und dem Konkursverwalter um die hinterlegte Summe gerichtlich ausgetragen werden können, ohne daß dies die GeWoBau noch berührte. Nachdem sich der Konkursverwalter aber nicht auf dieses Verfahren eingelassen hatte, hätte das ganze Geschäft bis zur rechtskräftigen Erledigung des fraglichen Rechtsstreits in der Schwebe bleiben müssen, sofern der Erblasser auf seinen Standpunkt beharrte. Gewiß würde die unstreitig auf baldigen Baubeginn bedachte Käuferin sich dem widersetzt oder andernfalls danach getrachtet haben, sich vom Vertrage zu lösen. Daß der Erblasser, dem auch selbst an der baldigen Vertragsdurchführung gelegen war, es gleichwohl hierauf hätte ankommen lassen, nur um die Aussichten der von A. [REDACTED] erkennbar zweckbedingt aufgestellten "Verlustaufrechnung" nicht zu schmälern, läßt sich schwerlich annehmen und hätte jedenfalls von der Klägerin bewiesen werden müssen.

b) Das Berufungsgericht mußte jedoch nicht notwendig hierauf eingehen, weil es zu der Überzeugung gelangt ist, daß der Erblasser in einem Rechtsstreit gegen den Konkursverwalter unterlegen wäre mit der Folge, daß diesem dann die hinterlegte Summe (von dem geringen Spitzenbetrag abgesehen) ebenfalls - nunmehr vertragsgemäß - zugeflossen wäre. Auch diese Darlegungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

Zu Unrecht meint die Klägerin, daß die Gerichte des vorliegenden Rechtsstreits über diesen Punkt nicht hätten entscheiden dürfen. Daß der Erblasser in dem vorbehaltenen Prozeß gegen den Konkursverwalter obgesiegt hätte, gehörte zu

den anspruchsbegründenden Behauptungen. In dem die Klägerin hieraus ihren Hauptantrag auf Schadenersatz durch Zahlung herleitete, hat sie die Frage zwangsläufig den angerufenen Gerichten zur Entscheidung mit unterbreitet. Es bestand nicht einmal die Möglichkeit der Aussetzung wegen Vorgeiflichkeit nach § 148 ZPO, weil die noch bei dem Landgericht Hamburg anhängige Klage des Erblassers gegen den BBE (4 O 243/55) Ansprüche ganz anderer Art betraf, als sie mit der "Verlust-Aufrechnung" vom 24. März 1956 verfolgt wurden. Andererseits schafft die Beurteilung dieser Ansprüche im vorliegenden Verfahren keine Rechtskraft im Verhältnis zwischen der Erbgemeinschaft und dem Konkursverwalter. Es ist deshalb richtig, daß dieserhalb noch gegen den Konkursverwalter geklagt werden könnte (von möglichen sonstigen Hindernissen abgesehen). Daraus läßt sich jedoch nichts dagegen herleiten, daß das Berufungsgericht die fraglichen Ansprüche im Zusammenhang mit der Schadensersatzklage beurteilt und als unbegründet erachtet hat.

Diese Würdigung ist auch sachlich frei von Rechtsirrtum. Mit der "Verlust-Aufrechnung" hat A. [REDACTED] Ansprüche des Erblassers wegen entgangener Nutzung des Grundstücks in den Jahren 1952-1956 geltend gemacht. Wie diese Forderung begründet werden sollte, hat die Klägerin an der von der Revision als Übergangen gerügten Stelle (Schriftsatz vom 14. Juni 1962, Seite 3) zusammengefaßt. Sie hat vorgetragen, der BBE sei während der fraglichen Zeit unmittelbarer Besitzer des Grundstücks gewesen und habe den Erblasser an der Fruchtziehung gehindert. Tatsächlich habe er kein Recht zum Besitz gehabt, weil der "Parzellierungsvertrag" wegen Formmangels (§ 313 BGB) nichtig gewesen sei. Der BBE habe die Lage benutzt, um seine jahrelangen Betrugsmanöver gegenüber den Siedlern durchzuführen; er sei von Anfang an auf Unredlichkeiten zumindest ausgerichtet gewesen.

Eben diesen Vortrag hat das Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrundegelegt. Es hat festgestellt, daß der BBE

in der Tat wegen der Nichtigkeit des Vertrages vom 22. Oktober 1952 unrechtmäßiger Besitzer des Grundstücks war, und daß er diesen Besitz zu betrügerischen Verkäufen an die Siedler mißbraucht hat. Das Berufungsgericht hat jedoch zutreffend ausgeführt, daß die unstreitige Unredlichkeit des BBE gegenüber den Käufern keine Bösgläubigkeit im Sinne von § 990 BGB begründe, weil es insoweit ausschließlich auf die Vorstellungen über das Recht zum Besitz ankomme. In dieser Hinsicht konnte der BBE sehr wohl gutgläubig sein, auch wenn er beabsichtigte, seine Rechtsstellung zu unerlaubten Handlungen gegenüber Dritten zu benutzen. Entscheidend war allein, ob er bei dem Erwerb des Besitzes wußte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß der zugrundeliegende Vertrag nichtig war und deshalb nicht zum Besitz berechtigte. Eine grobe Fahrlässigkeit des BBE hat der Tatrichter ohne Rechtsirrtum verneint. Auch wenn der BBE sich ständig mit Grundstücksgeschäften befaßte, konnte ihm doch ohne grobe Sorgfaltsverletzung der Irrtum unterlaufen, daß formbedürftig nur Grundstückskauf und Auflassung seien, nicht aber schon der lediglich vorbereitende Parzellierungsvertrag. Damit schied § 990 BGB als Anspruchsgrundlage aus. § 988 BGB kam nicht in Betracht, weil der BBE nach dem Begehren des Erblassers die diesem entgangenen Nutzungen ersetzen, nicht etwa selbst gezogene Nutzungen herausgeben sollte. Endlich sind auch die Darlegungen des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden, daß der Schadensersatzanspruch nicht aus einer Verletzung des Parzellierungsvertrages hätte hergeleitet werden können, selbst wenn dieser gültig gewesen wäre, weil der Erblasser nicht nach § 323 BGB vorgegangen ist, sondern sich sogleich vom Vertrage losgesagt hat. Ob es dem BBE versagt gewesen wäre, sich auf die Nichtigkeit des Vertrages zu berufen, war unter diesen Umständen bedeutungslos.

Entgegen der Rüge der Revision hat die Klägerin nirgend behauptet und Tatsachen dafür vorgetragen, daß der BBE sich

auch dem Erblasser gegenüber unerlaubter Handlungen schuldig gemacht, insbesondere etwa den Besitz am Grundstück auf solche Weise erlangt habe. Alle hierfür in Bezug genommenen Stellen betreffen lediglich das betrügerische Verhalten gegenüber den Siedlern. Der ständige Hinweis hierauf enthielt keineswegs die Behauptung, daß auch der Erblasser betrogen worden sei. Das eine war sehr wohl ohne das andere möglich. Der Erblasser selbst hatte in der Klage gegen den BBE nur Vertragserfüllung, hilfsweise (für den Fall der Nichtigkeit) Abrechnung und Herausgabe nach Bereicherungs- oder Geschäftsführungsgrundsätzen verlangt. Die "Verlust-Aufrechnung" A [REDACTED] stellte darauf ab, daß der BBE seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei, enthielt jedoch ebenfalls keinen Vorwurf unerlaubter Handlungsweise. Wenn die Klägerin behaupten wollte, daß dieser Vorwurf in dem vorbehaltenen Prozeß gegen den Konkursverwalter gleichwohl erhoben worden wäre, hätte sie dies zum Ausdruck bringen und die Tatsachen angeben müssen, aus denen er ihrer Meinung nach herzuleiten gewesen wäre. Das Berufungsgericht mußte zwar den Tatsachenstoff, wie er nach dem Vortrag zur Führung des Rechtsstreits gegen den Konkursverwalter zur Verfügung gestanden hätte, unter jedem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt auf die Erfolgsaussicht prüfen. Es hätte jedoch seine Befugnisse nach § 139 ZPO überschritten, wenn es auf die Behauptung von Tatsachen hingewirkt hätte, die den angeblichen Anspruch des Erblassers auf eine ganz neue, bislang nirgends erörterte Grundlage gestellt hätten.

Ist aber die Überzeugung des Berufungsgerichts, daß der Erblasser in einem Rechtsstreit gegen den Konkursverwalter unterlegen wäre, aus Rechtsgründen nicht angreifbar, so gilt das auch für die Folgerung, daß der Betrag von 10.392 DM auf jeden Fall in die Konkursmasse zu zahlen war, so daß seine weisungswidrige, vorzeitige Auskehrung durch den Beklagten keinen Schaden verursacht hat. Ebenso wenig kann dann davon die Rede sein, daß der Beklagte die Möglichkeit hätte, die

Summe von den Konkursgläubigern als nicht geschuldet zurückzufordern.

III.

Nach alledem mußte die Revision der Klägerin als unbegründet zurückgewiesen werden. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 ZPO.

Dr. Engels Dr.K.E. Meyer Hanebeck

Dr. Hauß Dr. Pfretzschner