

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 67/71

URTEIL

Verkündet am
10. Juli 1973

in dem Rechtsstreit

_____,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Inez Freifrau v _____ N _____, B _____,
S _____ str. _____,

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -

g e g e n

die Witwe Daisy L _____, B _____, H _____ str. _____,

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte _____ und _____ -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1973
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die
Richter Prof. Dr. Nüßgens, Sonnabend, Scheffen
und Dr. Kullmann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen
das Urteil des 5. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Bamberg vom 12. Januar 1971
wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen der
Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist die Witwe und Alleinerbin des
während des Revisionsverfahrens verstorbenen Rechtsan-
walts Dr. Fritz L. (demnächst: der Kläger). Dieser
hatte in einem Rückerstattungsverfahren die Eltern der
Beklagten, nach dem Tode ihres Vaters auch die Beklagte
selbst anwaltlich vertreten. Aus dieser Tätigkeit
steht ihm unstreitig eine Gebührenforderung in Höhe
von insgesamt 21.252,91 DM zu, die er nebst Zinsen
mit der Klage geltend macht. Die Beklagte ist der Mei-

- 3 -

nung, der Kläger habe das Rückerstattungsverfahren fehlerhaft geführt und ihr dadurch erheblichen Schaden zugefügt. Mit ihren hieraus hergeleiteten Ersatzensprüchen hat sie gegen die Klagforderung aufgerechnet. Ihre darüberhinausgehenden Ansprüche macht sie mit der Widerklage geltend.

Der Vater der Beklagten war Alleininhaber der Firma F. & F. - Sägewerk und Holzwarenfabrik - in B. Im Zuge der nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen mußte er, weil er Jude war, Ende 1938/Anfang 1939 seinen Betrieb an die Brüder Friedrich und Franz M., Holzkaufleute aus W., zum Preis von 112.000 RM veräußern. Die Betriebsgrundstücke übertrug er schenkungsweise seiner Ehefrau, der Mutter der Beklagten. Diese vermietete die Grundstücke sodann an die Brüder M. Ein Teilbetrag des Kaufpreises für den Betrieb in Höhe von 25.000 RM wurde vereinbarungsgemäß dadurch beglichen, daß die Erwerber der Ehefrau des Verfolgten eine stille Beteiligung in gleicher Höhe mit einer Gewinnbeteiligung von 21,5 % an dem von ihnen als offene Handelsgesellschaft fortgeführten Unternehmen einräumten. Unter dem Druck weiterer Verfolgungsmaßnahmen mußte sie jedoch zum 1. Juli 1943 ihre stille Beteiligung aufgeben. Auch die Betriebsgrundstücke mußte sie im Zuge dieser Maßnahmen an die neuen Inhaber der Firma F. & F. veräußern.

Nach dem Ende des Krieges betrieben die Eltern der Beklagten die Rückerstattung des ihnen entzogenen Vermögens. In diesem Verfahren wurden sie von dem Kläger



vertreten. Durch Teilentscheidung vom 29. November 1950 ordnete die Wiedergutmachungskammer vorab die Rückgabe des Betriebes F. & F. an den Verfolgten und die Rückgabe der Betriebsgrundstücke an seine Ehefrau an. Weiter wurde festgestellt, daß die im Jahre 1943 geschehene Entziehung der Betriebsgrundstücke und der stillen Beteiligung gegenüber der Ehefrau eine schwere Entziehung im Sinne von Art. 30 US-REG gewesen war, während gegenüber ihrem Ehemann nur der Tatbestand der einfachen Entziehung als gegeben erachtet wurde. Die Nutzungsabrechnung und die Regelung der sonstigen gegenseitigen finanziellen Ansprüche zwischen den Rückerstattungsberechtigten einerseits und den Rückerstattungsverpflichteten andererseits wurde dem weiteren Verfahren vorbehalten.

In der Folge wurde die zurückgegebene Firma zunächst von dem Vater der Beklagten, nach dessen Tode im Jahre 1953 von der Beklagten und ihrer Mutter als seinen Erben fortgeführt. Zusammen mit der Firma betrieben die Beklagte und ihre Mutter das Rückerstattungsverfahren weiter. Durch Beschluß vom 12. August 1964 verurteilte die Wiedergutmachungskammer die Beklagte, ihre Mutter und die Firma F. & F., zur Abgeltung aller gegenseitigen Ansprüche bezüglich des Unternehmens, gesamtschuldnerisch 34.508,30 DM an die Brüder Müller zu zahlen. Darüber hinaus sollte die Mutter zur Abgeltung aller gegenseitigen Ansprüche bezüglich der Betriebsgrundstücke weitere 9.165,11 DM an die Brüder M. zahlen. Ferner wurde u.a. festgestellt, daß die Ver-

schuldungsgrenze des Holzunternehmens (Art. 41 Abs. 3 US-REG) sich auf 308.119 RM belaufe und daß die Beklagte und ihre Mutter für außerhalb dieser Verschuldungsgrenze liegende Verbindlichkeiten in Höhe von 184.055 DM, - darunter ein Teilbetrag von 79.000 DM der Kreditgewinnabgabe in Höhe von insgesamt 304.100 DM - nicht hafteten. Die von der Mutter der Beklagten erhobenen Schadensersatzansprüche wegen Entzugs ihrer stillen Beteiligung und wegen entgangenen Gewinns aus dieser Beteiligung wies die Wiedergutmachungskammer zurück. Gemäß Art. 68 US-REG erklärte sie den Beschluß für vorläufig vollstreckbar. Vollstreckungsschutz nach § 713 Abs. 2 ZPO wurde der Beklagten und ihrer Mutter nicht gewährt, da der Kläger es versäumt hatte, den erforderlichen Antrag zu stellen. Zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung mußte daher die Firma am 6. November 1964 die vorstehend angeführten Beträge an die Brüder M. zahlen. Sie belastete dafür die Kapitalkonten der Beklagten und ihrer Mutter entsprechend.

Im Auftrag der Beklagten und ihrer Mutter legte der Kläger Beschwerde gegen den Beschluß der Kammer ein, beendete dann aber im Januar 1965 im Einvernehmen mit der Beklagten und ihrer Mutter durch Mandatsniederlegung seine Tätigkeit in dieser Sache.

Durch Beschluß vom 30. Dezember 1969 setzte der Wiedergutmachungssenat bei dem Oberlandesgericht u.a. die von der Beklagten und ihrer Mutter zu zahlenden Beträge auf 21.860,93 DM und 6.691,85 DM herab und

ordnete gemäß § 717 Abs. 2 ZPO die Erstattung der zuviel gezahlten Beträge in Höhe von 12.647,37 DM und 2.473,26 DM (jeweils nebst Zinsen) an. Er stellte die Verschuldungsgrenze der Firma anderweitig mit 398,176 RM fest, wobei er im Gegensatz zur Entscheidung der Wiedergutmachungskammer die Kreditgewinnabgabe in voller Höhe unberücksichtigt ließ.

Über den von der Beklagten, ihrer Mutter und der Firma F. & F. beim Obersten Rückerstattungsgericht in Herford gestellten Nachprüfungsantrag ist während des Revisionsverfahrens durch Beschluß vom 27. März 1973 entschieden worden. Danach ist die Kreditgewinnabgabe in die Verschuldungsgrenze, die demgemäß 580.697 DM beträgt, einzuberechnen.

Die Mutter der Beklagten ist 1970 verstorben; sie wurde von der Beklagten als Alleinerbin beerbt.

In der vorliegenden Rechtssache streiten die Parteien - wie eingangs bereits erwähnt - darüber, ob der Kläger das Rückerstattungsverfahren fehlerhaft geführt und sich dadurch gegenüber der Beklagten ersatzpflichtig gemacht hat. Schuldhaftige Pflichtverstöße erblickt die Beklagte zunächst darin, daß der Kläger es unterlassen hatte, in dem Verfahren vor der Wiedergutmachungskammer einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 713 Abs. 2 ZPO zu stellen; das habe zu einer vermeidbaren Zinsbelastung geführt. Sie wirft ihm weiter vor, nicht auch die Wiederherstellung der stillen Beteiligung ihrer Mutter gefördert zu haben,

so daß diese samt den Ansprüchen auf Gewinnbeteiligung jetzt nicht mehr geltend gemacht werden könnten. Schließlich sieht sie einen Fehler des Klägers darin, daß er es unterlassen habe, die Gläubiger der Firma Franke & Fickenwirth zu dem Rückerstattungsverfahren beizuladen. Dieses Versäumnis habe bewirkt, daß die Haftungsfreistellung für außerhalb der Verschuldungsgrenze liegende Verbindlichkeiten nicht realisierbar sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und den Kläger auf die Widerklage wie folgt zu verurteilen:

1. Der Kläger hat an sie, die Beklagte, 3.910,88 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit Klagezustellung und an die Beklagte zu 2) - die inzwischen verstorbene Mutter der Beklagten - weitere 1.038,70 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit Klagezustellung zu bezahlen.
2. Es wird festgestellt, daß der Kläger verpflichtet ist, weitere 8,5 % Zinsen aus 34.508,30 DM seit 7. September 1967 bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Wiedergutmachungssache an die Beklagte und aus 9.165,11 DM an die (damalige) Beklagte zu 2) zu bezahlen.
3. Der Kläger hat der (damaligen) Beklagten zu 2) 25.000 DM als Wert ihrer stillen Beteiligung an der Firma Franke & Fickenwirth, abzüglich der aufgerechneten Forderung in Höhe von 15.685,21 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit Klagezustellung zu bezahlen.

4. Es wird festgestellt, daß der Kläger verpflichtet ist, der (damaligen) Beklagten zu 2) für den entgangenen Gewinn aus ihrer stillen Beteiligung an der Firma ab dem Zeitpunkt der schweren Entziehung - Ende Juni 1943 bis 30. Juli 1951 21,5 % aus dem Firmengewinn nebst 4 % Zinsen hieraus seit Klagezustellung Ersatz zu leisten.
5. Es wird festgestellt, daß der Kläger den Beklagten zum Ersatz verpflichtet ist für den Betrag, für welchen im Wiedergutmachungsverfahren rechtskräftig festgestellt wird, daß dieser außerhalb der Verschuldensgrenze der Firma liegende Verbindlichkeiten beinhaltet, für den die Beklagten nicht haften, soweit die Gläubiger "als Inhaber dieser seinerzeitigen Forderungen" mangels Antrags in der ersten Instanz zum Wiedergutmachungsverfahren nicht hinzugezogen worden sind.

Der Kläger hat um Abweisung der Widerklage gebeten.

Er hat bestritten, daß der Beklagten und ihrer Mutter dadurch, daß er in dem Verfahren vor der Wiedergutmachungskammer keinen Vollstreckungsschutzantrag gestellt habe, ein Schaden entstanden sei. Alle übrigen gegen seine Prozeßführung erhobenen Vorwürfe seien nicht berechtigt.

Das Landgericht hat der Klage - von einer Kürzung der Zinsen abgesehen - stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Die Berufung der Beklagten und ihrer Mutter blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag und die Widerklage weiter. Im Hinblick auf die von den Rückerstattungsverpflichteten zwischenzeitlich geleistete Rückzahlung der nach dem Beschluß des Wiedergutmachungssenats zuviel gezahlten Beträge hat sie die Widerklageanträge Ziff. 1 und 2 neu berechnet und wie folgt gefaßt:

1. Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte 3.235,98 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit Klagezustellung zu bezahlen.
2. Es wird festgestellt, daß der Kläger verpflichtet ist, weitere 8,5 % Zinsen aus 28.552,78 DM seit 7. September 1967 bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Wiedergutmachungssache an die Beklagte zu bezahlen.

Im übrigen hat sie die Widerklageanträge Ziff 1 und 2 für erledigt erklärt.

Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision erweist sich als unbegründet.

I.

1. Das Berufungsgericht hält es ersichtlich für möglich, daß ein Rechtsanwalt gegen die ihm aufgrund des Geschäftsbesorgungsvertrags mit seinem Mandanten obliegenden Pflichten verstößt, wenn er es in einem Rechtsstreit versäumt, vorsorglich einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 713 Abs. 2 ZPO zu stellen, und daß dieser Pflichtverstoß bei einem Verschulden des Anwalts unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zur Schadensersatzpflicht gegenüber seinem Mandanten führen kann. Gegen diese Auffassung ist rechtlich nichts einzuwenden; sie entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung (RGZ 167, 79).

2. Das Berufungsgericht hat indes im vorliegenden Fall Schadensersatzansprüche in erster Linie deshalb verneint, weil die Ursächlichkeit jener Unterlassung für den behaupteten Zinsschaden nicht schlüssig dargetan, geschweige denn erwiesen sei. Es hat darauf hingewiesen, daß die Rückerstattungspflichtigen einen Vollstreckungsschutzantrag der Rückerstattungsberechtigten, also hier des Klägers, nach § 713 Abs. 2 ZPO ohne weiteres dadurch hätten lahm legen können, daß sie sich ihrerseits zur Sicherheitsleistung erboten, und meint, die Beklagte habe somit behaupten und erforderlichenfalls beweisen müssen, daß die Rückerstattungspflichtigen einen solchen Antrag nicht gestellt hätten, zumindest aber die sodann von ihnen beizu-

bringende Sicherheit nicht geleistet hätten oder nicht hätten leisten können. Hierbei hat das Berufungsgericht ausdrücklich gestützt auf die ihm durch die Vorschrift des § 287 ZPO eingeräumte freie Stellung geprüft, ob eine Wahrscheinlichkeit für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden festgestellt werden könne; es hat dies verneint.

Gegen diese Ausführungen, die im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegen, wendet sich die Revision ohne Erfolg. Zu Unrecht meint sie, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Der Tatrichter ist von der Erfahrung ausgegangen, daß der Vollstreckungsgläubiger bestrebt sein wird, einen Vollstreckungsschutzantrag des Schuldners dadurch wirkungslos zu machen, daß er selbst die erforderliche Sicherheit leistet (vgl. Halbsatz 2 des nach Art. 68 US-REG auch hier anwendbaren § 713 Abs. 2 ZPO). Die Parteien des Rückerstattungsverfahrens hatten 14 Jahre lang um den Betrag gestritten, der den Rückerstattungspflichtigen zustand. Im Hinblick auf die erfahrungsgemäß lange Dauer der Rückerstattungsverfahren und den Zeitraum, den das Beschwerdeverfahren beanspruchen würde, entsprach es wirtschaftlich vernünftigem Denken, daß die Rückerstattungspflichtigen auf jeden Fall zu vollstrecken trachteten. Die Überlegungen des Berufungsgerichts tragen diesen wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung. Jedenfalls hielt sich der Tatrichter im Streitfall im Rahmen des § 287 ZPO, wenn er von der Beklagten verlangte, daß sie darlegte und unter Beweis stellte, die Rücker-

statungspflichtigen würden sich zur Sicherheitsleistung nicht haben er bieten können oder wollen. Inso weit kann die Würdigung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

II.

1. Die Beklagte hat ihre Schadensersatzansprüche ferner darauf gestützt, daß der Kläger es versäumt habe, rechtzeitig die Wiederherstellung der stillen Beteiligung ihrer Mutter an der Firma F. & F. zu beantragen. Dem steht nach Auffassung des Berufungsgerichts in erster Linie entgegen, daß die Mutter die stille Beteiligung nur als Treuhänderin ihres verfolgten Ehemannes inne gehabt habe und die Beteiligung deshalb an diesen, nicht aber an die Ehefrau zurückzuerstatten gewesen sei. Dies aber sei bereits dadurch geschehen, daß das Unternehmen im vollen Umfang, d.h. ohne Belastung durch eine stille Beteiligung an den Vater der Beklagten zurückgegeben worden sei. Da der Wert der stillen Beteiligung in dem rückerstatteten Unternehmen stecke, würde die Zubilligung von Schadensersatzansprüchen an die Mutter der Beklagten wegen Entziehung der stillen Beteiligung im Ergebnis eine nicht gerechtfertigte doppelte Wiedergutmachung bedeuten.

Darüber hinaus fehlt es nach Ansicht des Berufungsgerichts jedenfalls an einem Verschulden des Klägers, Ihm könne nämlich, unabhängig von der Richtigkeit der

vorstehend wiedergegebenen Auffassung, schon deshalb kein Schuldvorwurf gemacht werden, weil seine Auffassung die Billigung der Wiedergutmachungsgerichte gefunden habe. Klüger als ein Kollegialgericht brauche auch ein Rechtsanwalt nicht zu sein.

Weiter meint das Berufungsgericht schließlich, daß die aus der unterbliebenen Wiederherstellung der stillen Beteiligung der Mutter hergeleiteten Schadensersatzansprüche auch an deren überwiegendem Mitverschulden scheitern müßten. Denn sie habe es versäumt, dem Kläger von Anfang an einen ausdrücklichen, eindeutigen Auftrag, auch die Wiederherstellung ihrer stillen Beteiligung zu beantragen, zu erteilen.

2. Ob den beiden letzteren Erwägungen des Berufungsgerichts zugestimmt werden könnte, kann dahinstehen, da bereits die erstgenannte Überlegung die Verneinung von Schadensersatzansprüchen wegen der unterbliebenen Wiederherstellung der stillen Beteiligung der Mutter der Beklagten trägt.

Vergeblich greift die Revision die Feststellung des Berufungsgerichts an, die Mutter habe die stille Beteiligung an der Firma Franke & Fickenwirth nur als Treuhänderin ihres Mannes gehalten. Für sie streitet die gesetzliche Vermutung des Art. 5 Satz 1 US-REG. Nach dieser Vorschrift wird, wenn ein Verfolgter in der Zeit vom 30. Januar 1933 bis zum 8. Mai 1945 einem anderen Vermögensgegenstände unentgeltlich überlassen hat, vermutet, daß keine Schenkung, sondern nur eine

Verwaltung oder ein Treuhandverhältnis vorliegt. Der Anwendung dieser Vorschrift im Streitfall steht nicht entgegen, daß die Mutter niemals am Unternehmen ihres Ehemannes beteiligt war, sondern nur an der von den Rückerstattungspflichtigen nach der Entziehung 1938 gebildeten offenen Handelsgesellschaft. ~~Denn~~ durch die Einräumung der stillen Beteiligung an dem Unternehmen sollte vereinbarungsgemäß ein Teil des dem Berechtigten geschuldeten Kaufpreises für das Unternehmen beglichen werden. Seine Ehefrau wurde nur deshalb eingeschaltet, weil nach den damaligen "Gesetzen" ein Jude an seinem Unternehmen nicht mehr - auch nicht als stiller Gesellschafter - beteiligt sein durfte. Die Mutter erlangte die Beteiligung zwar unmittelbar von den Rückerstattungspflichtigen, aber als mittelbare Zuwendung ihres Ehemannes. Daß diese Zuwendung nicht lediglich treuhänderisch gemeint war, sondern endgültig sein sollte, hat die Beklagte nie näher dargetan, geschweige denn Beweis hierfür angeboten, obwohl hierzu angesichts der Vermutung des Art. 5 Satz 1 US-REG und der bisher in dem Rückerstattungsverfahren erfolgten Beurteilung der Vorgänge aller Anlaß bestanden hätte. In der Berufungsbegründung ist zwar die Annahme eines Treuhandverhältnisses beanstandet worden, gleichwohl aber nichts vorgetragen worden, was die Vermutung des Art. 5 Satz 1 US-REG entkräften könnte. Auch in der an das Oberste Rückerstattungsgericht gerichteten Nachprüfungsschrift, auf die in der Berufungsbegründung Bezug genommen wird, ist kein entsprechender Sachvortrag enthalten. Soweit nunmehr in der Revisionsbe-

gründung hierzu Ausführungen tatsächlicher Art gemacht werden, kann die Beklagte in der Revisionsinstanz damit nicht mehr gehört werden.

War aber die Mutter hinsichtlich der stillen Beteiligung an der offenen Handelsgesellschaft unter der Firma F. & F. nur Treuhänderin ihres Ehemannes, so lassen sich nicht daraus Schadensersatzansprüche zugunsten der Mutter herleiten, daß die stille Beteiligung nicht wiederhergestellt, sondern das Unternehmen insgesamt an ihren Ehemann zurückerstattet wurde. Wäre die formale Rechtsposition der Mutter wiederhergestellt worden, so wäre sie aufgrund des bestehenden Treuhandverhältnisses verpflichtet gewesen, zugunsten ihres Ehemannes auf diese Beteiligung zu verzichten, damit dieser sein Unternehmen wieder in vollem Umfang zurückerhielt. Dem Umstand, daß die Entziehung des Unternehmens im Jahre 1938 nur den Tatbestand der einfachen Entziehung erfüllte, während die im Jahre 1943 erzwungene Entziehung der stillen Beteiligung der Mutter gegenüber eine schwere Entziehung darstellte, kommt hier Bedeutung nur für die Nebenansprüche wegen der Nutzungen zu (vgl. Art. 30 US-REG). Für die Rückerstattung der stillen Beteiligung selbst spielt dieser Unterschied keine Rolle: Sowohl im einen wie im anderen Fall hatten die Rückerstattungspflichtigen die stille Beteiligung zurückzugeben. Dieser Verpflichtung sind sie dadurch nachgekommen, daß sie das Unternehmen in vollem Umfang auf

den Vater der Beklagten als den letztlich Berechtigten zurückübertragen haben. Daneben ist für weitere Ansprüche wegen der Entziehung der stillen Beteiligung, soweit es um den Wert der Beteiligung selbst geht, kein Raum. Zutreffend haben deshalb bereits die Wiedergutmachungsgerichte und ihm folgend das Landgericht und das Berufungsgericht darauf hingewiesen, daß die Zuzubilligung von Schadensersatzansprüchen an die Mutter der Beklagten wegen der Entziehung der stillen Beteiligung neben der vollen Rückerstattung des Unternehmens an ihren Ehemann auf eine doppelte Wiedergutmachung hinauslaufen würde, weil der Wert der stillen Beteiligung in dem rückerstatteten Unternehmen steckte. Wäre auf Antrag der Mutter die stille Beteiligung wiederhergestellt und ihr zurückerstattet worden, hätte ihr Ehemann das Unternehmen nur mit dieser Beteiligung belastet zurückerhalten können.

Daß der Kläger bei dieser Sachlage den einfacheren Weg der unmittelbaren, vollen Rückerstattung des Unternehmens an den letztlich berechtigten Vater der Beklagten wählte, erscheint sachgerecht. Daraus, daß er nicht die Wiederherstellung der stillen Beteiligung der Mutter beantragte, lassen sich deshalb Schadensersatzansprüche gegen ihn nicht herleiten.

III.

1. Die soeben angestellten Erwägungen stehen nach Auffassung des Berufungsgerichts in gleicher Weise Ansprüchen auf Ersatz des Schadens entgegen, den die

Beklagte dadurch erlitten haben will, daß ihre Mutter mit dem Anspruch auf Rückgewähr der stillen Beteiligung zugleich der Anspruch auf Erstattung vorenthaltenen Gewinns, den sie mit 86.314,76 DM angibt, aberkannt worden sei.

2. Auch diese Auffassung des Berufungsgerichts erweist sich jedenfalls im Ergebnis als zutreffend.

Die Entziehung der stillen Beteiligung stellte nach dem rechtskräftigen Beschluß der Wiedergutmachungskammer vom 29. November 1950 eine "schwere Entziehung" i.S. des Art. 30 US-REG dar. Die Rückerstattungspflichtigen hafteten deshalb nach dieser Bestimmung auf Herausgabe der Nutzungen nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung. Sie hatten den Zustand wiederherzustellen, der ohne die Entziehung der stillen Beteiligung bestanden hätte, d.h. sie hatten den Gewinn, der beim Fortbestand der stillen Beteiligung während der Entziehungszeit auf diese entfallen wäre, herauszugeben. Dieser Verpflichtung konnten sie nach den Ausführungen oben unter II dadurch nachkommen, daß sie die Gewinne unmittelbar an den Berechtigten, den früheren Inhaber des Unternehmens, abführten. Das haben sie nach den Feststellungen des Wiedergutmachungssenats (S. 75 d. Beschl. v. 30. Dezember 1969), die sich ersichtlich das Berufungsgericht zu eigen gemacht hat, dadurch getan, daß sie mit dem Unternehmen auch die darin steckenden, im Unternehmen stehen gebliebenen Gewinne dem Berechtigten zurückerstatteten. Da diese mindestens die Höhe der in der fraglichen Zeit auf die stille Beteiligung

entfallenden Gewinne erreichen, war damit auch der Anspruch auf Herausgabe der Gewinne erfüllt.

a) Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß das Netto-Vermögen (Differenz zwischen Aktiva und Passiva) im Zeitpunkt der Rückgabe des Unternehmens das Netto-Vermögen im Zeitpunkt der Entziehung die Verschuldungsgrenze um mindestens den Betrag der begehrten Nutzungen überstieg. Denn nach Art. 41 US-REG haftet der Rückerstattungsberechtigte für Geschäftsschulden nur im Rahmen der sog. Verschuldungsgrenze. Diese Grenze wird im wesentlichen durch die Summe der Verbindlichkeiten im Zeitpunkt der Entziehung (1938) und des etwaigen Mehrwertes der Aktiva im Zeitpunkt der Wiedererlangung des Unternehmens (1951) gebildet. Dadurch wird erreicht, daß der Rückerstattungsberechtigte auf jeden Fall sein eigenes Geschäftsguthaben im Zeitpunkt der Entziehung voll zurückerhält (Godin, Rückerstattungsgesetze, 2. Aufl., Art. 41 US-REG, Anm. 5). Nur soweit das Netto-Vermögen bei der Rückerstattung das Netto-Vermögen bei der Entziehung übersteigt, läßt sich daher sagen, daß die Schadensersatzansprüche des Rückerstattungsberechtigten wegen des Nutzungsentzuges durch die in dem zurückgegebenen Unternehmen steckenden, stehengebliebenen Gewinne abgegolten seien,

Das Netto-Vermögen des Unternehmens im Zeitpunkt der Entziehung wurde im Rückerstattungsverfahren vom Wiedergutmachungssenat mit RM 117.497,00 (Aktiva RM 425.616, Passiva RM 308.119) festgestellt, während

es sich nach den getroffenen Feststellungen im Zeitpunkt der Rückerstattung auf DM 300.018 (Aktiva DM 698.194, Passiva DM 398.176) belief (S. 149 d. Beschl. v. 30. Dezember 1969). Nicht berücksichtigt hatten dabei allerdings die Wiedergutmachungsgerichte die Kreditgewinnabgabe in Höhe von DM 304.100, die ebenfalls als Geschäftsverbindlichkeit im Sinne des Art. 41 US-REG anzusehen ist, wie inzwischen das Oberste Rückerstattungsgericht entschieden hat. Infolgedessen ergibt sich eine erhebliche Überschuldung des Unternehmens im Zeitpunkt der Rückerstattung mit der Folge, daß die Schadensersatzansprüche der Beklagten wegen Nutzungsentzugs nicht als durch die Rückgabe des Unternehmens erfüllt angesehen werden können.

b) Wenn daher die vorstehend erörterten Schadensersatzansprüche nicht schon wegen eines Mangels an objektiven Tatbestand scheitern, so doch jedenfalls am fehlenden Verschulden des Klägers.

Das Verschulden des Klägers bei der Verfolgung der Interessen der Eltern der Beklagten will die Revision darin erblicken, daß der Kläger in seinem Schriftsatz vom 18./19. September 1950 die unter Ziff. 43 d in der Anmeldung der Rückerstattungsansprüche vom 28. Dezember 1948 geltend gemachten Ansprüche der Mutter der Beklagten "aus ihrem Beteiligungsverhältnis" habe fallen lassen. Das habe dazu geführt, daß die Wiedergutmachungskammer in ihrem Beschluß vom 29. November 1950 lediglich die Rückerstattung des Unternehmens an den Ehemann habe anordnen können; an diese Entscheidung

seien die Rückerstattungsgerichte sodann im weiteren Verlauf des Verfahrens gebunden gewesen.

Daß der Kläger den streitigen Anspruch hatte fallen lassen, kann ihm nicht als Verschulden zur Last gelegt werden. Die Revision übersieht bei ihrer Argumentation, daß im Zeitpunkt jener Antragstellung im Jahre 1950 das Lastenausgleichsgesetz noch nicht erlassen war. Der Kläger konnte somit damals die erst durch dieses Gesetz eingeführte Kreditgewinnabgabe noch nicht in seine Überlegungen mit einbeziehen. Läßt man jedoch die oben erörterte Auswirkung der Kreditgewinnabgabe auf den Schadensersatzanspruch wegen des Entzugs der Nutzungen aus der stillen Beteiligung außer Betracht, stellt sich die dem Schriftsatz vom 18./19. September 1950 zugrundeliegende Überlegung des Klägers, daß dieser Anspruch "in dem Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen des Unternehmens (ergänze: an den Vater der Beklagten) bereits enthalten" sei, als zutreffend dar. Die nachträgliche Sicht kann nicht dazu führen den Kläger für schadensersatzpflichtig zu halten.

Daß der Kläger es im weiteren Verlauf des Rückerstattungsverfahrens bei der Verfolgung der Ansprüche der Berechtigten an der erforderlichen Sorgfalt habe fehlen lassen, hat auch die Revision nicht aufzuzeigen vermocht. Entsprechend dem Willen der Beklagten und ihrer Mutter griff er erneut die Anträge auf Entschädigung für die Entziehung der stillen Beteiligung und des auf sie entfallenden Gewinnanteils auf. Wenn dem die

Rückerstattungsgerichte - ob zu Recht oder zu Unrecht, kann hier dahinstehen - die Rechtskraft des Beschlusses vom 29. November 1950 entgegenhielten, kann dafür nach dem Ausgeführten nicht der Kläger verantwortlich gemacht werden. Darüber hinaus haben, worauf bereits das Berufungsgericht mit Recht hingewiesen hat, die Rückerstattungsgerichte die erhobenen Ansprüche auch materiell-rechtlich für unbegründet erachtet. Auch hierfür könnte der Kläger, der von der Richtigkeit der Auffassung der Rückerstattungsgerichte ausgehen durfte, nicht verantwortlich gemacht werden, es sei denn, er hätte es schuldhaft versäumt, seine Anträge in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht hinreichend zu begründen, und auf diese Weise zu einer unrichtigen Entscheidung durch die Rückerstattungsgerichte beigetragen. Dafür ist jedoch weder etwas vorgetragen noch sonst etwas ersichtlich. Aus dem Beschluß der Wiedergutmachungskammer vom 12. August 1964 ergibt sich im Gegenteil, daß der Kläger den Standpunkt der Beklagten und ihrer Mutter hinreichend dargetan hat.

IV.

Auch die auf die Nichtbeiladung der Gläubiger der Firma F. & F. zu dem Rückerstattungsverfahren gestützten Schadensersatzansprüche sind nicht begründet.

Da, wie jetzt das Oberste Rückerstattungsgericht entschieden hat, die Kreditgewinnabgabe eine im Rahmen des Art. 41 Abs. 1 US-REG beachtliche Geschäftsverbindlichkeit darstellt, wäre eine Beiladung der Gläubiger

zwar sinnvoll gewesen. Denn bei Einbeziehung der Kreditgewinnabgabe überschreitet der Gesamtbetrag der Verbindlichkeiten im Zeitpunkt der Rückgabe des Unternehmens die Verschuldungsgrenze mit der Folge, daß die Haftung der Rückerstattungsberechtigten für diese Verbindlichkeiten nach Art. 41 Abs. 3 US-REG auf den innerhalb der Verschuldungsgrenze liegenden Betrag beschränkt wäre. Bei einer Beiladung der Gläubiger wäre dann für jeden einzelnen festzustellen gewesen, in welcher Höhe die Rückerstattungsberechtigten ihm gegenüber haften, wodurch für die Zukunft klare, eindeutige Verhältnisse geschaffen worden wären.

Gleichwohl ist der Umstand, daß der Kläger nicht dafür sorgte, die Gläubiger - von der Beiladung der Bundesrepublik Deutschland (Lastenausgleichsfonds) und der S. [REDACTED] B. [REDACTED] bank AG abgesehen - beiladen zu lassen, nicht geeignet, Schadensersatzansprüche gegen ihn zu begründen. Durch das Unterlassen der Beiladung wurde der Einwand der "beschränkten Haftung" nach Art. 41 Abs. 3 US-REG nicht abgeschnitten. Die Beklagte kann ihn nach wie vor jedem der Gläubiger gegenüber erheben. Auch sind keine Umstände dargetan oder sonst ersichtlich, die Anlaß zu der Befürchtung geben könnten, daß die Beklagte mit diesem Einwand künftig nicht mehr durchdringen könnte. Fehlt es aber für die Annahme, daß es künftig zum Eintritt eines Schadens kommen könnte, an jedem Anhaltspunkt, so ist selbst dann, wenn man in dem Unterlassen des Antrags auf Beiladung der Gläubiger eine Sorgfaltspflichtverletzung

des Klägers erblicken wollte, für eine Schadensersatzklage kein Raum, auch nicht mittels einer Feststellungsklage. Die Klage ist dann vielmehr - wie geschehen - als unbegründet abzuweisen (BGH, Urteil vom 19. November 1971 - I ZR 72/70 - = NJW 1972, 198).

V.

Nach alledem konnte die Revision keinen Erfolg haben. Sie mußte unter Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Weber

Nußgens

Sonnabend

Scheffen

Dr. Kullmann