

042
14
V. ZR 121/58

Verkündet
am 11. November 1959
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts und Notars Hugo E [REDACTED] in H [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers,
Anschlußberufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Gertrud P [REDACTED] geb. N [REDACTED] in D [REDACTED],
H [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. November 1959 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr.
Rothe, Dr. Freitag und Dr. Mattern

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Celle vom 24. Juni
1958 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die am 20. Mai 1943 verstorbene Mutter der Klägerin (Margarete N. geb. E.), deren befreite Vorerbin die Klägerin ist, und der Beklagte waren Geschwister. Sie wurden von ihrem am 11. September 1940 verstorbenen Vater (Schuhmachermeister Wilhelm E.), der in H. ein Schuhwarengeschäft betrieben hatte, mit Testament vom 2. September 1940 zu Erben eingesetzt. In dem Testament ist weiterhin u.a. bestimmt:

"Zum Ausgleich dafür, daß ich meiner Tochter noch eine Aufbesserung ihrer Aussteuer gewähren möchte und weil ich meinem Sohn schon zu Lebzeiten bares Geld gegeben habe, bestimme ich folgendes:

1. Meine Tochter Margarete N. soll aus meinem Nachlaß voraus einen Betrag von 10 000 RM erhalten.
2. Mein Sohn Hugo E. soll für seine Schwester Margarete N. auf seinem Grundstück in H. eine Grundschuld für 10 000 RM eintragen"

Nach dem Tode des Erblassers teilten die beiden Geschwister zunächst die nicht zum Geschäft gehörenden Nachlaßgegenstände. Hinsichtlich des Geschäfts fand zwischen dem Beklagten und der Mutter der Klägerin und nach ihrem Tode mit der Klägerin selbst ein umfangreicher Schriftwechsel statt.

Am 2. Juli 1941 bewilligte der Beklagte für seine Schwester die Eintragung einer Grundschuld über 20 000 RM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Juli 1941 auf seinem (nicht zum Nachlaß gehörenden) Grundstück in H.. Die Eintragung im Grundbuch ist auch erfolgt.

- 3 -

Die Klägerin ist der Meinung, es stehe ihr hinsichtlich des Geschäfts des Erblassers noch ein Anspruch gegen den Beklagten zu. Der Beklagte bestreitet dies.

Die Parteien haben in den Vorinstanzen im Weg der Klage und Widerklage mehrere Haupt- und Hilfsanträge gestellt. Soweit die Anträge für den jetzt noch streitigen Teil des Rechtsstreits von Bedeutung sind, wurde über sie wie folgt erkannt:

- a) Das Landgericht hat u.a. den Beklagten verurteilt, die Befriedigung der Klägerin wegen eines Betrags von 6 294 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 10. Mai 1951 aus der Grundschuld zu dulden, und zwar durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück und Zug um Zug gegen Erteilung der Löschungsbevollmächtigung hinsichtlich dieses Betrages; es hat ferner die Widerklage des Beklagten abgewiesen, soweit sie auf Bewilligung der Löschung hinsichtlich des Betrags von 6 294 DM gerichtet war.
- b) Das Berufungsgericht hat mit Teilurteil vom 29. Mai 1956 u.a. (auf die im Wege der Anschlußberufung erhobene Zwischenfeststellungsklage der Klägerin) festgestellt, daß der Klägerin bei Ablauf des 20. Juni 1948 gegen den Beklagten eine Forderung von 6 994 RM zustand und daß diese Forderung aus einer Erbauseinandersetzungvereinbarung stammte, und mit Beschluß vom selben Tag den Rechtsstreit im übrigen bis zur Entscheidung gemäß § 6 40. DVO/UmsTG über die Umstellung der Grundschuld ausgesetzt. Die Revision des Beklagten gegen das Teilurteil wurde



(wegen Nichterreicherung der Revisionssumme) mit
Beschluß vom 29. Januar 1957 (IV ZR 206/56)
als unzulässig verworfen.

Das Amtsgericht hat mit Beschluß vom 14. September 1957
dahin entschieden, daß die Grundschild nebst der ihr zu-
grunde liegenden Forderung im Verhältnis 1 : 1 auf Deutsche
Mark umgestellt sei. Die sofortige Beschwerde des Beklagten
gegen diesen Beschluß wurde vom Landgericht mit Beschluß
vom 12. November 1957 zurückgewiesen.

In dem weiteren Verfahren des Berufungsgerichts han-
delte es sich noch um die Behauptungen des Beklagten, die
Klägerin habe auf die Umstellung im Verhältnis 1 : 1 ver-
zichtet und außerdem ihre Rechte auf eine dieser Umstel-
lung entsprechenden Zahlung verwirkt, sowie um die von dem
Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Kostenerstattungs-
anspruch aus dem Verfahren 3 Q 12/54 des Landgerichts
Hannover und mit einem Anspruch auf Ersatz des Verzugs-
schadens, der dadurch entstanden sei, daß die Klägerin sich
mit der Bewilligung teilweiser Löschung der Grundschild in
Verzug befunden habe.

Die Klägerin bestreitet Verzicht und Verwirkung und
hält die zur Aufrechnung gestellten Ansprüche des Beklag-
ten für unbegründet.

Das Berufungsgericht hat durch Schlußurteil die Be-
rufung des Beklagten (soweit über sie nicht schon durch
das Teilurteil entschieden wurde) zurückgewiesen.

Mit seiner hiergegen eingelegten Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht geht in seinem jetzt angefochtenen Schlußurteil davon aus, es stehe auf Grund seines Teilurteils und der Entscheidung des Amtsgerichts fest, daß der Klägerin am 21. Juni 1948 gegen den Beklagten eine durch die Grundschuld gesicherte Forderung von 6 994 DM zugestanden habe, und der Beklagte habe auf diese Forderung 700 DM bezahlt. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts besteht der Restanspruch von 6 294 DM auch jetzt noch, da weder ein Verzicht der Klägerin auf die Umstellung 1 : 1 noch eine Verwirkung des Anspruchs der Klägerin gegeben seien und auch die von dem Beklagten erklärte Aufrechnung nicht durchgreife.

2. Die Revision rügt zunächst, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß dem Beklagten gegenüber dem Anspruch der Klägerin ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 2318 BGB zustehe. Zur Begründung macht die Revision geltend, der Nachlaß sei (wie sich aus dem Tatbestand des Teilurteils ergebe) durch zweifache Ausbombung im letzten Krieg, durch Plünderung des Ausweichlagers, durch den Niedergang des Geschäfts in der Nachkriegszeit und durch die Betriebseinstellung am 31. März 1950 aufgezehrt und der Beklagte habe deshalb, wie er dies mit seinem Antrag auf Klageabweisung auch getan habe, das von der Klägerin geerbte und vom Erblasser für ihre Mutter ausgesetzte Vermächtnis kürzen können.

Die Rüge ist unbegründet. Nach dem Tatbestand des angefochtenen Schlußurteils hat sich der Beklagte nur auf den Verzicht der Klägerin auf die Umstellung im Verhältnis 1 : 1, auf die Verwirkung ihres Anspruchs und auf die Aufrechnung mit Gegenansprüchen, nicht aber auch auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 2318 BGB berufen. Ob der Beklagte sich auf dieses Leistungsverweigerungsrecht in den vorbereitenden Schriftsätzen der Tatsacheninstanzen bezogen hat, kann dahingestellt bleiben, da in dem Tatbestand des angefochtenen Urteils auf das bisherige Vorbringen der Parteien nur insoweit verwiesen ist, als es die im Tatbestand aufgeführten Einwendungen des Beklagten betrifft. Im übrigen wird von der Revision auch gar nicht geltend gemacht, der Beklagte habe sich in den Vorinstanzen auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 2318 BGB berufen. Sie meint nur, dies ergebe sich schon aus dem Klageabweisungsantrag des Beklagten. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, weil der Klageabweisungsantrag ausdrücklich auf andere Gründe gestützt ist und Anhaltspunkte dafür, daß er daneben stillschweigend auch auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 2318 BGB gestützt werden sollte, nicht ersichtlich sind.

3. Der Beklagte hat seine Behauptung, die Klägerin habe auf eine Umstellung ihrer Forderung gegen ihn im Verhältnis 1 : 1 verzichtet, auf seine der Klägerin am 22. September 1948 übersandte Abrechnung (in der die zu Gunsten der Klägerin sich ergebende Forderung von 6 994 RM mit 699,40 DM bewertet ist) sowie darauf gestützt, daß die Klägerin dieser Abrechnung nicht widersprochen habe. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagte habe das Verhalten der Klägerin gegenüber seiner Abrechnung vom 22. September 1948 schon deshalb nicht als Verzicht auf die Umstellung im Verhältnis 1 : 1 auffassen können, weil er

nicht habe annehmen können, die Klägerin kenne das von seiner unrichtigen Belehrung (Bewertung der Forderung von 6 994 RM mit 699,40 DM) abweichende wirkliche Umstellungsverhältnis. Die Revision rügt demgegenüber Verletzung des § 286 ZPO. Sie meint, das Berufungsgericht habe das (die Antwort auf das Schreiben des Beklagten vom 22. September 1948 darstellende) Schreiben der Klägerin an den Beklagten vom 24. September 1948 nicht gewürdigt, auf das dieser schon in seinem Schriftsatz vom 19. Oktober 1951 hingewiesen habe. und das eine eindeutige Annahme der Abrechnung des Beklagten enthalte; zu dieser Abrechnung habe sich die Klägerin auch in ihren Schreiben an den Beklagten vom 2., 21. und 28. Oktober 1948, vom 20. November und 1. Dezember 1948 sowie vom 12. September 1949 bekannt. Von dieser darin liegenden Vereinbarung über die Abrechnung könne sich die Klägerin, so meint die Revision weiter, nicht einseitig lossagen und es sei deshalb durch die bedingungslose Annahme der von dem Beklagten bezahlten 700 DM die aus der Abrechnung sich ergebende Restforderung der Klägerin von 699,40 DM getilgt worden.

Auch mit dieser Rüge kann die Revision keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat zwar die einzelnen Schreiben der Klägerin an den Beklagten, deren Nichtberücksichtigung die Revision rügt, nicht genannt. Es hat aber offensichtlich diese Schreiben (in denen die Klägerin von der Richtigkeit der Abrechnung des Beklagten ausging) gemeint, wenn es davon spricht, der Beklagte habe das Verhalten der Klägerin gegenüber seiner Abrechnung nicht als Verzicht auffassen können. Ein sonstiges Verhalten der Klägerin gegenüber der Abrechnung ist nämlich weder aus dem Tatbestand des angefochtenen Schlußurteils und aus dem Tatbestand des Teilurteils, auf den wegen des Sach- und Streitstandes Bezug genommen ist, noch aus dem Sach-

vortrag der Parteien ersichtlich, auf den in beiden Tatbeständen verwiesen ist. Hat aber das Berufungsgericht die Schreiben der Klägerin nicht unberücksichtigt gelassen, so erweist sich die auf die Schreiben gestützte Meinung der Revision, die Parteien hätten sich auf eine restliche Forderung der Klägerin in Höhe von 699,40 DM geeinigt, lediglich als unzulässiger Angriff gegen die andere tatrichterliche Würdigung der Schreiben durch das Berufungsgericht.

4. Bei der Verneinung der von dem Beklagten weiterhin geltend gemachten Verwirkung des Anspruchs der Klägerin hat das Berufungsgericht in vollem Umfang auf das Urteil des Landgerichts verwiesen. Dieses hat eine Verwirkung mit der Begründung verneint, nicht die Klägerin habe den Beklagten in dem Glauben gelassen, daß sie nichts mehr verlangen werde, sondern der Beklagte sei es gewesen, der verursacht habe, daß die Klägerin nach der Abrechnungsvereinbarung zunächst weitere Forderungen nicht geltend gemacht habe, indem er ihr unrichtigerweise mitgeteilt habe, die Forderung sei im Verhältnis 10 : 1 umgestellt. Die Revision hält demgegenüber die Klageforderung für verwirkt. Sie meint, die Klägerin hätte, nachdem der Beklagte ihr am 22. September 1948 eine Abrechnung erteilt und sie dieser nicht nur zugestimmt, sondern über die darin vorgesehene Restzahlung einen weiteren Schriftwechsel geführt habe, sich nach Treu und Glauben nicht erst im Jahre 1950 (Schreiben des Rechtsanwalts Stuckenhoff an den Beklagten vom 10. Januar 1950) melden dürfen, wenn sie mit der Abrechnung nicht einverstanden gewesen sei; es sei hierbei auch zu berücksichtigen, daß sich die Klägerin erst gemeldet habe, als der Beklagte zum Wiederaufbau seines Grundstücks eine Hypothek benötigt habe und dafür

eine löschungsfähige Quittung bezüglich der für die Klägerin bestehenden Grundschuld erforderlich gewesen sei.

Die Revision kann auch hiermit keinen Erfolg haben. Sie weist zwar mit Recht darauf hin, daß für die Annahme einer Verwirkung maßgebend ist, ob der Verpflichtete bei objektiver Beurteilung des Verhaltens des Berechtigten erwarten durfte, daß dieser sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, ob er sich also darauf einrichten durfte, daß er mit einer Rechtsausübung durch den Berechtigten nicht mehr zu rechnen brauche (BGHZ 25, 47, 52 mit weiteren Nachweisen). Mit Rücksicht darauf, daß in der damaligen Zeit die Frage der Umstellung nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 UmstG noch sehr umstritten war, ist aber schon zweifelhaft, ob der Beklagte bei objektiver Beurteilung damit rechnen durfte, die Klägerin werde sich endgültig mit der Umstellung ihrer Forderung im Verhältnis 10 : 1 zufrieden geben. Eines näheren Eingehens hierauf bedarf es jedoch nicht, weil schon aus den vom Landgericht aufgeführten und vom Berufungsgericht gebilligten Gründen eine Verwirkung nicht gegeben ist. Für den Tatbestand der Verwirkung kommt es nämlich auch auf das, ebenfalls unter dem rechtlichen Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu prüfende und zu beurteilende, Verhalten des Verpflichteten an (BGH aaO). Ein in diesem Sinne beachtliches Verhalten des Beklagten wird von den Vorinstanzen aber mit Recht darin gesehen, daß der Beklagte der Klägerin unrichtigerweise mitgeteilt habe, ihre Forderung sei im Verhältnis 10 : 1 umgestellt, und dadurch verursacht habe, daß von der Klägerin zunächst weitere Forderungen nicht geltend gemacht worden seien.

5. Soweit der Beklagte die Aufrechnung mit einem Kostenanspruch aus dem Verfahren 3 Q 12/54 erklärt hat, hat das Berufungsgericht die Aufrechnung mit der Begründung nicht durchgreifen lassen, in dem genannten Verfahren seien bisher die Kosten nicht festgesetzt worden und der Beklagte habe seinen Anspruch auch nicht beziffert. Die Revision meint demgegenüber lediglich, der Anspruch auf Kostenerstattung werde nicht erst mit der Kostenfestsetzung, sondern spätestens mit der richterlichen Entscheidung fällig. Hierauf kommt es jedoch nicht an, weil die Auffassung des Berufungsgerichts, die Aufrechnung greife nicht durch, ohne Rechtsirrtum schon damit begründet wurde, der Beklagte habe den Kostenerstattungsanspruch nicht beziffert. Bei der gegebenen Sachlage ist diese Begründung nämlich dahin auszulegen, der Beklagte habe den von ihm behaupteten Kostenerstattungsanspruch nicht substantiiert und, da er von der Klägerin bestritten wurde, auch nicht unter Beweis gestellt. Insoweit werden von der Revision auch keine Angriffe erhoben.

Was den von dem Beklagten weiterhin geltend gemachten Schadensersatzanspruch anbetrifft, so hat das Berufungsgericht der hierauf gestützten Aufrechnung den Erfolg u.a. mit der Begründung versagt, es sei ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem von dem Beklagten behaupteten Schaden und dem Verzug der Klägerin nicht dargetan. Diese Auffassung ist rechtsirrtumsfrei und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

Mit der Widerklage hat sich das Berufungsgericht nicht besonders befaßt. Es war dies auch nicht erforderlich, da sich ihre Abweisung zwangsläufig aus dem Erfolg der Klage ergibt.

6. Die Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten. Dessen Revision war somit mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Mattern