

7. 1. Stehen die Ansprüche auf Erfüllung und Schadenersatz nach § 179 Abs. 1 BGB. zueinander im Verhältnis einer Wahlschuld nach §§ 262 flg. BGB.?

2. Begründet die Richterweislichkeit eines erhobenen Schadenersatzanspruchs aus § 179 Abs. 1 BGB. die Unmöglichkeit der Erfüllung einer Leistung im Sinne des § 265 Satz 1 BGB.?

BGB. §§ 179, 262, 263, 265.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 16. Februar 1937 i. E. G. (Bekl.) w. R. (Rl.). VII 216/36.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger verkaufte im Jahre 1923 sein in B. gelegenes Grundstück an eine Grundstücks-Gesellschaft mbH. Nachdem die Gesellschaft als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen war, ließ sie eine Grundschuld von 36000 RM. eintragen. Im Jahre 1927 verlangte der Kläger mit einer gegen die Grundstücks-Gesellschaft erhobenen Klage von dieser Zug um Zug gegen Zahlung von 5000 RM. die Einwilligung, daß er im Wege der Berichtigung des Grundbuchs wieder als Eigentümer des Grundstücks eingetragen werde und daß das Grundstück von der Belastung mit der Grundschuld befreit werde; er machte geltend, der Vertrag vom Jahre 1923 sei ein Schwarzkauf. In der Berufungsinstanz erkannte das Kammergericht auf einen Eid des Klägers. Gegen dieses Urteil legte die Grundstücks-Gesellschaft Revision ein. Es kam aber in einem vom Kläger gegen den Kaufmann Alfred L., der alle Anteile der Grundstücks-Gesellschaft besaß, anhängig gemachten Arrestverfahren zu einem Vergleich vom 26. Februar 1929. In diesem erkannte die Grundstücks-Gesellschaft die Nichtigkeit des Kaufvertrags über das Grundstück an und verpflichtete sich gemeinsam mit L., die Grundschuld in Höhe von 24000 RM. zur Löschung zu bringen. In dem Vergleich heißt es ferner, die Ehefrau G. L., die ebenso wie ihr Ehemann durch Rechtsanwalt G., den jetzigen Beklagten, vertreten werde, übernehme für alle aus dem Vertrag sich ergebenden Verpflichtungen der Gesellschaft und ihres Ehemanns die selbstschuldnerische Bürgschaft.

Auf Grund dieses Vergleichs wurde der Kläger wieder als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen; die Verpflichtung zur Löschung der Grundschuld in Höhe von 24000 RM. wurde aber nicht erfüllt. Es kam auf Antrag des Kaufmanns Loe., an den die Grundschuld abgetreten war, zur Zwangsversteigerung des Grundstücks. Dabei fielen neben Loe., der in Höhe von rund 13000 RM. nicht befriedigt wurde, der Kaufmann W. mit 7700,98 RM., die B. Bank mit 1315,99 RM. und die Gerichtskasse in B. mit zwei Forderungen von 645,00 RM. und 1400,14 RM. aus.

Schon vor der Zwangsversteigerung des Grundstücks hatte der Kläger gegen den Kaufmann L. und dessen Ehefrau wegen des ihm aus der Nichterfüllung des Vergleichs infolge der Nichtlöschung der Grundschuld entstandenen Schadens Klage erhoben. Durch Schriftsatz vom 29. Januar 1932 hatte er dem jetzigen Beklagten den Streit verkündet, da Frau L. einwandte, dieser sei zur Abgabe der Bürgschaftserklärung für sie nicht bevollmächtigt gewesen. Der Beklagte trat dem Rechtsstreit nicht bei. In dessen weiterem Verlauf erließ das Kammergericht am 11. Juli 1933 ein rechtskräftig gewordenes Urteil, durch das der Schadenersatzanspruch des Klägers, soweit er sich gegen den Kaufmann L. richtete, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wurde. Dagegen wurde die Klage gegen die Ehefrau L. mit der Begründung abgewiesen, daß dem jetzigen Beklagten die Vollmacht zur Abgabe der Bürgschaftserklärung für Frau L. gefehlt habe und daß seine Erklärung auch nicht nachträglich von ihr genehmigt worden sei; er sei als Vertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten. Im weiteren Verfahren über die Höhe des Schadenersatzanspruchs gegen L. wurde dieser rechtskräftig verurteilt, an den Kläger 8500 RM. nebst 6% Zinsen seit dem 5. Oktober 1929 zu zahlen und ihn von den Verbindlichkeiten gegenüber den in der Zwangsversteigerung ausgefallenen Gläubigern zu befreien, soweit er diesen persönlich hafte; dies seien die Forderungen des W., der B. Bank und der Gerichtskasse.

Auf Grund dieses Sachverhalts nimmt der Kläger mit der im November 1934 eingereichten Klage den Beklagten als Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Schadenersatz in Anspruch. Er hatte den ihm durch das Vertrauen auf den Vergleich entstandenen Schaden zunächst auf 55000 RM. angegeben. Für den Fall jedoch, daß der Beklagte selbst den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt

habe, hat er ihn nach Maßgabe des genannten, gegen den Ehemann L. ergangenen Urteils des Landgerichts Berlin auf 8500 RM. in bar und 11071,71 RM. Befreiung von Schulverbindlichkeiten beziffert. Nachdem ihm das Armentrecht nur in letzterem Umfang bewilligt worden war, hat er einen dementsprechenden Antrag gestellt. Der Beklagte hat den Klaganspruch bestritten, indem er geltend macht, er sei nicht als Vertreter der Ehefrau L. aufgetreten und dem Kläger sei durch sein Vertrauen auf die Wirksamkeit der Bürgschaftserklärung auch kein Schaden entstanden, da alle Beteiligten von Anfang an mittellos gewesen seien.

Das Landgericht hat nach dem Antrag des Klägers erkannt. Durch Teilurteil hat das Kammergericht die Berufung des Beklagten zurückgemiesen, soweit sie sich gegen seine Verurteilung zur Befreiung des Klägers von dessen Verbindlichkeiten gegenüber dem Kaufmann W. und der B. Bank richtet. Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision des Beklagten führte zur Abweisung des vom Kammergericht zuerkannten Befreiungsanspruchs.

Gründe:

Der Berufungsrichter geht zutreffend davon aus, durch das rechtskräftige Urteil des Kammergerichts vom 11. Juli 1933 stehe nach den §§ 68, 74 Abs. 3 BPO. für den gegenwärtigen Prozeß fest, daß der Beklagte keine Vollmacht gehabt habe, für die Ehefrau L. rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben, und daß letztere die Bürgschaftserklärung auch nicht etwa genehmigt habe. Er hält ferner ohne Rechtsverstoß für erwiesen, daß der Beklagte im Termin vom 26. Februar 1929 auch als Vertreter der Ehefrau L. aufgetreten sei.

Der Vorderrichter führt dann weiter aus, der Kläger könne die Befreiung von den in Rede stehenden Verbindlichkeiten vom Beklagten als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 BGB. verlangen, weil er einen solchen Anspruch gegen Frau L. haben würde, falls der Beklagte zur Abgabe der Bürgschaftserklärung für sie bevollmächtigt gewesen wäre. Der Kläger habe seinen Klaganspruch zwar als Schadensersatzanspruch begründet; das hindere aber nicht, ihm den geltend gemachten Anspruch aus dem Gesichtspunkt der Erfüllung gemäß § 179 Abs. 1 BGB. zuzusprechen. Diese beiden Ansprüche ständen zwar grundsätzlich im Verhältnis der

Wahlschuld zueinander; das sei aber nicht der Fall, wenn sich der zunächst geltend gemachte Schaden im Prozeß als unerweisbar herausstelle; dann könne der Berechtigte Erfüllung des vollmachtlos abgeschlossenen Geschäfts fordern. Der Berufungsrichter legt dann dar, der Kläger habe den Nachweis eines ihm entstandenen Schadens nicht erbringen können, weil sowohl die Grundstücksgesellschaft wie die Eheleute L. zur Zeit der gegen diese möglichen Vollstreckungen vermögenslos und unpfändbar gewesen seien. Einer ausdrücklichen Erklärung des Klägers, daß er nunmehr Erfüllung verlange, habe es nicht bedurft, weil der Leistungsgegenstand des zunächst geltend gemachten Schadenersatzanspruchs inhaltlich derselbe sei wie der des Erfüllungsanspruchs; es handle sich dann nur um eine andere rechtliche Beurteilung der inhaltlich gleichbleibenden Klageforderung.

Erst dann legt der Berufungsrichter dar, die Haftung des Beklagten sei nicht auf den Schadenersatzanspruch des § 179 Abs. 2 BGB. — das Vertrauensinteresse — beschränkt, weil der Beklagte den Beweis, daß er den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt habe, nicht erbracht und auch nicht etwa dargetan habe, daß der Kläger den Mangel der Vollmacht gekannt habe oder habe kennen müssen.

Der Umfang der Leistungspflicht des Beklagten bestimme sich — so führt der Vorderrichter weiter aus — wie bei einem Bürgen gemäß § 767 BGB. nach dem Umfang der Verpflichtungen des Ehemannes L. auf Grund seiner Nichterfüllung des Vergleichs vom 26. Februar 1929, weil sich hiernach der Inhalt der Verbindlichkeiten der Ehefrau L. im Falle einer wirksamen Bürgschaftsübernahme richten würde. L. sei aber zur Befreiung des Klägers von den Forderungen des W. und der B. Bank verpflichtet.

Die Revision rügt zunächst, der Berufungsrichter habe zu Unrecht die Beschränkung der Haftung des Beklagten gemäß § 179 Abs. 2 BGB. verneint. . . . Es mag dahingestellt bleiben, ob dieser Angriff gerechtfertigt ist. Denn auch wenn die Voraussetzung des § 179 Abs. 2 BGB. zum Nachteil des Revisionsklägers ohne Rechtsverstoß verneint sein sollte, so ist der Klagenanspruch gleichwohl unbegründet.

Der Berufungsrichter geht zutreffend davon aus, daß die nach § 179 Abs. 1 BGB. dem Geschäftsgegner gegen den auftraglosen Vertreter zustehenden Ansprüche auf Erfüllung und Schadens-

ersatz zueinander im Verhältnis einer Wahlschuld nach §§ 262 flg. BGB. stehen. Für diese im Schrifttum herrschende Ansicht (vgl. RGKomm. z. BGB. Anm. 1 zu § 179; Staubinger Anm. 13 zu § 179 BGB.; Pland-Flad Anm. 4c zu § 179 BGB.) spricht zunächst der Wortlaut der Bestimmung. Denn die Worte, daß der auftraglose Vertreter dem anderen Teil „nach dessen Wahl“ zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet ist, weisen auf die §§ 262 flg. BGB. hin, in denen das Wahlrecht geregelt ist, wenn mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist. Pland erörtert a. a. O., daß im Entwurf zum BGB. in der Bearbeitung der II. Kommission der Ausdruck „Wahl“ auch in den §§ 292, 294, 1237 BGB. vorkam, daß aber dieses Wort in den an deren Stelle getretenen §§ 340, 342, 1345, 1347 BGB. beseitigt wurde und nach diesen Bestimmungen nur eine Leistung geschuldet ist, ein Teil aber berechtigt ist, anstatt der eigentlich geschuldeten Leistung eine andere zu setzen (*facultas alternativa*). Es hätte nahe gelegen, daß der Gesetzgeber, wenn er auch im Falle des § 179 Abs. 1 BGB. kein Wahlverhältnis begründen wollte, auch hier den Ausdruck „nach dessen Wahl“ gestrichen und eine auf ein Gestaltungsrecht des Gläubigers hindeutende Fassung gewählt hätte. Auch würde, wenn man das Verhältnis des Anspruchs auf Erfüllung und Schadensersatz nicht als ein Wahlverhältnis mit den sich aus §§ 262 flg. ergebenden Folgen ansieht, eine Bestimmung darüber fehlen, ob und wann eine vom Gläubiger getroffene Wahl für diesen bindend ist. Andererseits sprechen gegen die Anwendung des § 263 Abs. 2 BGB., wonach die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt, auf Fälle des § 179 Abs. 1 BGB. um so weniger Bedenken, als der Schuldner schon dadurch benachteiligt ist, daß das Wahlrecht hier im Gegensatz zu der nach § 262 BGB. im Zweifel geltenden Regelung nicht ihm, sondern dem Gläubiger zusteht. — Diese Erwägungen führen im vorliegenden Fall dazu, daß der Kläger mit der von ihm ausgeübten Wahl des Schadensersatzes den Anspruch auf Erfüllung verloren hat. Diese Wahl hat er spätestens mit der Erhebung der gegenwärtigen Klage getroffen; denn mit dieser hat er ausdrücklich Schadensersatz gefordert und hat, wie die Revision zutreffend hervorhebt, diesen Anspruch auch bis zum Erlaß des Berufungsurteils aufrechterhalten.

Der Berufungsrichter irrt aber rechtlich, wenn er meint, im

vorliegenden Falle siehe dem Kläger gleichwohl noch der Anspruch auf Erfüllung zu, weil der zunächst behauptete Schaden sich im Rechtsstreit als unerweisbar herausgestellt habe. Er hat hier offensichtlich die von ihm zwar nicht ausdrücklich genannte Bestimmung des § 265 Satz 1 BGB. im Auge, wonach sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen beschränkt, wenn eine der Leistungen von Anfang an unmöglich ist oder später unmöglich wird. Diese Rechtslage ist aber hier nicht gegeben. Unmöglichkeit einer Leistung liegt dann vor, wenn die Erfüllbarkeit aus sachlichen Gründen ausgeschlossen ist (RGKomm. z. BGB. Anm. 2 zu § 275). Das trifft im vorliegenden Falle, wo es sich um die Leistung einer Geldschuld als Ersatz eines geltend gemachten Schadens handelt, nicht zu. Insbesondere steht der Unmöglichkeit der Erfüllung der Leistung nicht gleich die Nichterweislichkeit des erhobenen Anspruchs. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß bei der Auffassung des Vorderrichters der Berechtigte stets vom Schadensersatzanspruch zum Erfüllungsanspruch mit der Erklärung übergehen könne, er vermöge den Schaden nicht zu beweisen. Ein solches Ergebnis wäre mit der in § 263 BGB. getroffenen Regelung unvereinbar, wonach auch der nicht wahlberechtigte Schuldner mit der vom Gläubiger einmal getroffenen Wahl Gewißheit über die von ihm endgültig geschuldete Leistung erlangen soll. Das ist für ihn von besonderer Bedeutung, wenn es sich in beiden Fällen um verschiedenartige Leistungen, etwa solche von Geld und von anderen Sachen, handelt. Wer auch bei gleichartigen Leistungen hat er schon deshalb ein Interesse an einer Bindung des Gläubigers, weil er in vielen Fällen erst dann den Umfang der ihm obliegenden Leistung wird übersehen und sich danach wird einrichten können.

Hiernach steht dem Kläger der Anspruch auf Erfüllung nach § 179 Abs. 1 BGB. nicht mehr zu.

Der Berufungsrichter hätte aber dem Kläger den Erfüllungsanspruch selbst dann nicht zusprechen können, wenn diesem ein solcher sachlich-rechtlich noch zugestanden hätte. Denn der Kläger hat ihn im Rechtsstreit nicht erhoben. Die Revision sieht mit Recht in dem Verfahren des Berufungsrichters eine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes, weil er damit Rechte in den Rechtsstreit einführe, auf die sich der Kläger nicht berufen habe. Denn wenn der Kläger im Rechtsstreit einen Anspruch auf Schadensersatz erhebt, der Richter ihm

aber einen nicht geltend gemachten Erfüllungsanspruch zuspricht, so verurteilt er den Gegner zu etwas, was der Kläger mit der Klage nicht verlangt hat. Daran ändert es auch nichts, wenn — wie hier — der Leistungsgegenstand in beiden Fällen in Gelbzahlungen besteht, da auch hier die Ansprüche nach Voraussetzung und Umfang verschieden sein können. Der Richter würde deshalb in einem solchen Falle nicht etwa eine ihm zustehende rechtliche Prüfung der vom Kläger vorgebrachten Tatsachen vornehmen, sondern ihm einen Anspruch zuerkennen, den er nicht geltend gemacht hat (vgl. RGZ. Bd. 151 S. 93 [97/98]).

Bei dieser Sachlage braucht der Senat zu der Frage keine Stellung zu nehmen, ob der Erfüllungsanspruch aus § 179 Abs. 1 BGB. auch dann unbegrenzt geltend gemacht werden kann, wenn der auftraglos Vertretene völlig vermögenslos ist und der andere Teil durch die Inanspruchnahme des auftraglosen Vertreters einen wirtschaftlich ganz unbegründeten Vermögensvorteil erzielen würde, oder ob einem solchen Vorgehen unter Umständen die nach § 242 BGB. gebotene Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr entgegenstehen würde.

Es bedarf somit nur noch der Nachprüfung, ob der Berufungsrichter zutreffend den vom Kläger geltend gemachten Schadenserfüllungsanspruch verneint hat. Das ist der Fall. Dabei kommt es nicht darauf an, ob auch bei einer Lage, wie sie hier gegeben ist, der Anspruch nach § 249 BGB. auf Wiederherstellung des Zustandes geht, der bestehen würde, wenn der Vertrag dem Vertragsgegner gegenüber wirksam zustande gekommen wäre, oder ob er in dem Unterschied zwischen der Vermögenslage für den Fall der Wirksamkeit des Vertrags und seiner Unwirksamkeit besteht (s. RGWRKomm. z. BGB. Anm. 1 Abs. 1 zu § 179). Denn der Berufungsrichter verneint den Nachweis der Entstehung eines Schadens aus einem Grunde, der für beide Arten der Schadensberechnung zutrifft; er stellt nämlich ohne Rechtsverstoß fest, daß der Kläger in keinem Falle etwas erhalten haben würde, weil alle als Schuldner in Frage kommenden Personen im maßgebenden Zeitpunkt völlig mittellos gewesen seien. . . (Wird näher dargelegt.)