

**35. Kann auf Grund eines gegenseitigen Vertrags, welcher der devisenbehördlichen Genehmigung bedarf, ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB. entstehen, solange die Genehmigung noch nicht erteilt ist?**

V. Zivilsenat. Urt. v. 19. Januar 1942 i. S. Diakonissenhaus B.  
(Kl.) w. Deutsches Reich (Bekl.). V 59/41.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der jüdische Professor Dr. Paul Israel L., der ursprüngliche Beklagte, war Eigentümer des Grundstücks W.straße 24 in B. Er betrieb darauf die ehemals von L.sche Privatklinik. Gemäß dem am 1. März 1938 vor dem Notar Dr. B. beurkundeten Vertrage verkaufte er „das Grundstück samt Inventar“ zum Preise von 178900 RM. an

den klagenden Verein. Der Vertrag wurde geschlossen „unter der Bedingung, daß die Mitgliederversammlung des Vereins und die staatliche Aufsichtsbehörde ihre Genehmigung erteilen“. Es wurde weiter bestimmt, daß das Grundstück und Inventar verkauft werde, wie alles steht und liegt, unter Ausschluß der Haftung für Beschaffenheit, Brauchbarkeit und Güte. Ferner übernahm der Käufer u. a. die Kosten des Mäklerlohns in Höhe von 3600 RM. Das Grundstück sollte am 1. April 1938 übergeben werden. In dem notariischen Vertrag ist auch die Auflassung erklärt. Am 3. Mai 1938 hat der Reichs- und Preussische Minister für die kirchlichen Angelegenheiten die Genehmigung zum Erwerb des Grundstücks durch den Kläger erteilt. Dieser lehnte in der Folgezeit jedoch die Übernahme ab. Am 18. Mai 1938 beschied ihn der Polizeipräsident dahin, daß er nach Prüfung der vorgelegten Pläne nicht in der Lage sei, die erbetene medizinisch-polizeiliche Unbedenklichkeitserklärung abzugeben; denn für die vorgesehene Zahl von 67 Betten sei eine Grundstücksgröße von ca. 5000 qm erforderlich, es seien aber nur 1600 qm vorhanden; ferner verstoßen Anlagen, Bau und Einrichtung des Gebäudes gegen die im Bescheid angeführten baupolizeilichen Vorschriften. Im Schreiben vom 11. Juni 1938 erklärte der Kläger mit Rücksicht auf den Bescheid des Polizeipräsidenten die Wandlung des Kaufvertrages. Der Verkäufer wies im Schreiben vom 11. Juni 1938 die Wandlung als unberechtigt zurück und forderte Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Da keine Einigung zu erzielen war, verkaufte Prof. Dr. L. das Grundstück anderweit am 19. September 1938 für 145 000 RM. Im Anschluß an die Streitigkeiten wegen des Grundstückskaufs entstanden mehrere Prozesse. Zunächst verklagte der Mäkler Ph., der den Verkauf vermittelt hatte, den Verkäufer auf 2400 RM. als Teil des von ihm verdienten Mäklerlohns. In diesem Rechtsstreit trat der jetzige Kläger dem damaligen Beklagten als Streitgehilfe bei. Prof. Dr. L. wurde zur Zahlung von 2400 RM. verurteilt. Nachdem dieses Urteil rechtskräftig geworden war, verklagte er den jetzigen Kläger auf Ersatz des von ihm an Ph. auf Grund des erwähnten Urteils gezahlten Mäklerlohns. Der jetzige Kläger wurde zur Zahlung verurteilt.

Nunmehr hat dieser mit Rücksicht auf die ihm angekündigten Schadensersatzansprüche gegen Prof. Dr. L. auf Feststellung geklagt, daß diesem Anspruch aus dem Vertrage vom 1. März 1938 in Höhe

von 12000 RM. nicht zuständen. Er hat geltend gemacht, daß kein Grundstück, sondern eine Klinik verkauft worden sei und daß die Genehmigung der Mitgliederversammlung nicht vorliege. Auch an den erforderlichen Genehmigungen der Devisenstelle fehle es. Prof. Dr. L. sei zur Zeit des Kaufabschlusses Devisenausländer gewesen. Prof. Dr. L. ist dem entgegengetreten und hat um Klageabweisung gebeten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Kammergericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abgemiesen.

Nach Einlegung der Revision des Klägers ist durch Verfügung der Geheimen Staatspolizei vom 11. August 1941 auf Grund des § 1 des Gesetzes über die Einziehung kommunistischen Vermögens vom 26. Mai 1933 (RGBl. I S. 293) in Verbindung mit dem Gesetz über die Einziehung volks- und staatsfeindlichen Vermögens vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 479), der Preussischen Durchführungsverordnung vom 31. Mai 1933 (GS. S. 207) und dem Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Verwertung des eingezogenen Vermögens von Reichsfeinden vom 29. Mai 1941 (RGBl. I S. 303) das gesamte noch im Inlande befindliche Vermögen des Prof. Dr. L. zugunsten des Deutschen Reichs eingezogen worden. Das Deutsche Reich ist ohne Widerspruch des Klägers als Beklagter in den Rechtsstreit eingetreten. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Aus den Gründen:

Die Feststellungsklage des Klägers wendet sich gegen den Anspruch auf Schadenserfaz wegen Nichterfüllung, dessen sich der frühere Beklagte berührt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgemiesen mit der Begründung, daß ein rechtswirksamer Vertrag zustande gekommen sei, von dem sich der Kläger zu Unrecht losgesagt habe. Es hat mit zutreffender Begründung ausgeführt, daß sich der Beklagte in diesem Rechtsstreit nicht auf die Streithilfswirkung des § 68 ZPO. berufen kann. Doch hat es auf Grund der Aussage des Notars Dr. B., der im Auftrage des früheren Beklagten die Vorverhandlungen mit dem Vorstande des Klägers geführt hat, sowie auf Grund des Inhalts des notariſchen Vertrags angenommen, daß der frühere Beklagte sich dagegen habe schützen wollen, daß er von

dem Kläger in Anspruch genommen werde, wenn dieser seine dem Vertragsgegner bekanntgegebene Absicht, auf dem Grundstück eine Klinik zu betreiben, nicht durchführen könne. Der Vertrag sei daher nur über das Grundstück und das Klinikinventar abgeschlossen worden, wobei jede Haftung, insbesondere auch für die Brauchbarkeit, ausgeschlossen worden sei. Zudem sei dem Vorstande des Klägers von Dr. B. bei den dem Vertragsschluß vorausgegangenen Verhandlungen, nachdem der frühere Beklagte rund 80000 RM. am Kaufpreise nachgelassen habe, gesagt worden, der Käufer möge mit dem Anwesen machen, was er wolle, seinetwegen möge er einen Weinberg oder Tennisplätze daraus machen. Weiter hat das Berufungsgericht erwogen, daß in dem Vertrag Abmachungen über die Übernahme des Personals und der Kranken fehlen. Wenn es aus alledem den Schluß gezogen hat, daß der frühere Beklagte jede Haftung dafür, daß der Kläger das Anwesen als Klinik benutzen könne, abgelehnt habe, so kann ihm aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Daß das Berufungsgericht bei der Würdigung der Aussage des Notars Dr. B. die ihm bekannte Tatsache, daß der Kläger mit dem Zeugen einen Rechtsstreit über dessen Erbpflicht führt, nicht beachtet hätte, kann nicht angenommen werden, zumal das in jener Sache ergangene landgerichtliche Urteil in der Verhandlung vom 14. März 1941 vom Beklagten inhaltlich vorgetragen worden ist. Ebenjowenig ist die Annahme begründet, daß das Berufungsgericht die Bedenken, die von der Revision gegen die notarische Tätigkeit des Zeugen Dr. B., namentlich auch im Hinblick auf § 17 Abs. 1 Nr. 5 RNotD., hergeleitet werden, übersehen hätte. Das Revisionsgericht braucht keine Stellung zu diesen Bedenken zu nehmen; denn die Rechtswirksamkeit des Vertrages wird hierdurch nicht berührt. Über die Frage der Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage aber hat lediglich der Tatsichter zu befinden. Daß die Vertragsteile darüber gesprochen haben, der Kläger wolle auf dem Grundstück weiter eine Klinik betreiben, davon geht das Berufungsgericht selbst aus. Das steht aber nicht mit der Feststellung im Widerspruch, daß der frühere Beklagte jede Haftung für die Möglichkeit dieses Betriebes ausschließen wollte und dies auch dem Kläger gegenüber durch den Zeugen Dr. B. betont hat. Hiernach ist ein Gewährleistungsanspruch des Klägers wegen der Nichterteilung der Erlaubnis zum Betriebe der Klinik ausgeschlossen. Ebenjowenig kann der Gesichtspunkt des Wegfalls der

Geschäftsgrundlage durchgreifen. Hat aber der frühere Beklagte jede Gewähr wegen des Weiterbetriebs der Klinik ausgeschlossen, so kann dem Berufungsgericht auch nicht entgegengetreten werden, wenn es annimmt, daß unter der im Eingange des Vertrags zur Bedingung gemachten Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde nur die Genehmigung des Reichs- und Preussischen Ministers für kirchliche Angelegenheiten zu verstehen sei, die erteilt worden ist. Wäre die Erlaubnis zum Betriebe der Klinik zur Bedingung gemacht worden, so hätte der frühere Beklagte ein Wagnis übernommen, das er gerade nicht übernehmen wollte. Schließlich hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die im Eingange des Vertrages zur Bedingung gemachte Genehmigung der Mitgliederversammlung des klagenden Vereins erteilt worden ist. (Wird näher ausgeführt, dann fortgefahren:)

Die Frage, ob der Vertrag debisentenrechtlich oder aus dem Grunde, weil der frühere Beklagte Jude ist, der Genehmigung bedurft habe, hat das Berufungsgericht nicht entschieden. Es meint, da auf keiner Seite eine Gesetzesumgehung beabsichtigt gewesen sei, so sei der Vertrag nicht unwirksam. Vielmehr sei ein bedingtes Rechtsgeschäft zustande gekommen, das die Parteien bereits binde. Nachdem der Kläger mit seinem Schreiben vom 11. Juni 1938 die Wandlung des Vertrages erklärt habe und trotz des Widerspruchs des früheren Beklagten bei seinem ablehnenden Standpunkte verblieben sei, habe für den früheren Beklagten kein Anlaß mehr vorgelegen, sich um die Genehmigung zu bemühen. Das eigene Verhalten des Klägers sei mithin die Ursache dafür, daß die Genehmigung nicht nachgesucht und der Vertrag nicht voll wirksam geworden sei. Da er selbst die Schuld daran trage, könne er sich nicht auf das Fehlen der Genehmigung berufen, sondern müsse sich unter Anwendung des Rechtsgrundsatzes des § 162 BGB. so behandeln lassen, als wenn die Genehmigung erteilt wäre.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der vom Beklagten geltend gemachte Anspruch auf Schadenserfolg wegen Nichterfüllung gründet sich auf § 326 BGB. Er tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruchs, setzt also die Entstehung eines solchen voraus. Weiter hat er zur Voraussetzung, daß der Kläger mit einer Hauptverpflichtung in Verzug geraten ist. Denn die Fristsetzung nach § 326 BGB. erübrigt sich zwar, wenn der Gegner sich vom

Vertrage losgesagt hat, dagegen bleibt das Erfordernis des Verzugs auf alle Fälle bestehen. Von Verzug kann aber nur die Rede sein, wenn die Verpflichtung wirksam begründet und fällig ist. Wenn der frühere Beklagte bereits bei Abschluß des Kaufvertrags Devisenausländer war, so bedurfte der Vertrag einmal der Genehmigung nach § 11 Abs. 2, §§ 14, 17 des damals in Geltung gewesenen Gesetzes über die Devisenbewirtschaftung vom 4. Februar 1935 (RGBl. I S. 105), insoweit der Kläger die auf dem Kaufgrundstück lastenden Hypotheken nebst den ihnen zugrunde liegenden Forderungen in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm. Denn die Schuldübernahme enthält eine Verfügung über die Forderung zugunsten des früheren Beklagten (§ 11 Abs. 2); solange sie noch nicht vom Gläubiger genehmigt worden ist und nur als Erfüllungsübernahme wirkt (§ 415 Abs. 3 BGB.), ist sie eine Krediteinräumung im Sinne des § 14. Endlich stellt die Verabredung, daß ein Teil des Kaufpreises durch die Übernahme der Hypotheken belegt wird, eine Verfügung über die Kaufpreisforderung im Sinne des § 17 dar (vgl. Hartenstein Devisennotrecht, Anhang zu § 14 DevG. Bem. 2; Flad-Bergbold-Fabricius Bem. 3p zu § 14 DevG. vom 12. Dezember 1938). Die Veräußerung des Grundstücks war nach Art. II § 5 der 10. Durchführungsverordnung zum Gesetz über die Devisenbewirtschaftung vom 16. September 1937 (RGBl. I S. 1018) genehmigungsbedürftig. § 38 des Devisengesetzes vom 4. Februar 1935 und Art. II § 10 der 10. Durchführungsverordnung bestimmten, daß Geschäfte, die gegen eine der genannten Vorschriften verstoßen, nichtig seien, daß sie aber als vom Zeitpunkt ihrer Vornahme an wirksam gelten, wenn die Genehmigung nachträglich erteilt wird. Dieselbe Rechtslage ergibt sich jetzt aus § 14 Nr. 2, §§ 40, 44, 64 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 des Gesetzes über die Devisenbewirtschaftung vom 12. Dezember 1938 (RGBl. I S. 1733). Die Rechtsgeschäfte sind also, solange die Genehmigung noch nicht erteilt ist, schwebend unwirksam (vgl. RGZ. Bd. 151 S. 116 [122], Bd. 153 S. 384 [386, 387]; Palandt BGB. 4. Aufl. Bem. 9 zu § 275). Bei Grundstücksveräußerungen, die der Genehmigung nach der Bekanntmachung des Bundesrats über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15. März 1918 oder nach dem Preussischen Grundstücksverkehrsgesetz vom 10. Februar 1923 bedurften, hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt eingenommen, daß auf

Grund eines formgültig abgeschlossenen Vertrages, dem zu seiner Wirksamkeit nur die behördliche Genehmigung fehlt, zwar ein Treuverhältnis zwischen den Parteien begründet ist, so daß kein Teil sich einseitig grundlos vom Vertrage lossagen kann, daß aber, solange die Genehmigung noch aussteht, kein Anspruch auf Erfüllung gegeben ist (vgl. RGZ. Bd. 114 S. 155 [159], Bd. 115 S. 35 [38], Bd. 119 S. 332 [334]). Während nach der Bekanntmachung vom 15. März 1918 und nach dem Preussischen Grundstücksverkehrsgesetz die Genehmigung bereits zum schuldrechtlichen Vertrag erforderlich war, betrifft die Genehmigungsbedürftigkeit nach dem Devisengesetz in der Regel nur das dingliche Verfügungsgeschäft (vgl. Giese-Niemann Bem. 2 zu § 64 DevG.; Flad-Berghold-Fabricius Bem. 1 zu § 64 DevG.). Inwiefern sich hieraus ein Unterschied zu der Rechtsprechung für die nach der Bekanntmachung vom 15. März 1918 und dem Preussischen Grundstücksverkehrsgesetz genehmigungsbedürftigen Geschäfte ergeben könnte, bedarf hier keiner Erörterung. Denn im gegebenen Falle war, falls der frühere Beklagte beim Vertragschluß Devisenausländer war, auch der schuldrechtliche Kaufvertrag genehmigungsbedürftig, weil er die zunächst als Erfüllungsübernahme wirkende Schuldübernahme enthält. Da somit, falls eine Devisengenehmigung erforderlich war, mangels dieser Genehmigung ein Erfüllungsanspruch nicht entstanden ist, daher auch von einem Verzuge des Klägers keine Rede sein kann, so ist in diesem Falle keine Grundlage für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegeben. Die Verweisung des Kammergerichts auf § 162 BGB. ist nicht geeignet, seinen Standpunkt zu stützen. Denn die devisenrechtliche Genehmigung ist keine rechtsgeschäftliche Bedingung, sondern eine Rechtsbedingung. Auf eine solche kann die Vorschrift des § 162 weder unmittelbar noch entsprechend angewandt werden (vgl. RGZ. Bd. 129 S. 357 [376]). Zudem ergibt der vorgetragene Sachverhalt auch nicht, daß der Kläger die Erteilung der devisenbehördlichen Genehmigung wider Treu und Glauben vereitelt hätte. Der frühere Beklagte war nicht gehindert, die Genehmigung nachzusuchen. Wenn er dies unterließ, so beruht das auf seinem freien Willensentschluß. Der bei der Auslegung des Vertrages vom Kläger eingenommene Standpunkt ist auch nicht so abwegig, daß in seiner Geltendmachung ein Verstoß gegen Treu und Glauben und eine Verletzung der Treupflicht zu erblicken wäre. Demnach ist, falls eine Devisengenehmigung

erforderlich war, dem Schadenersatzanspruch auch insoweit der Boden entzogen, als er auf eine Verletzung der Treupflicht gegründet werden sollte. Es bedarf hiernach der vom Berufungsgericht zu treffenden Feststellung, ob der frühere Beklagte beim Abschluß des Vertrages Devisenausländer war. War dies nicht der Fall, dann war der Vertrag von vornherein rechtswirksam, seine Wirksamkeit wurde aber wieder aufgehoben im Sinne der schwebenden Unwirksamkeit mit dem Zeitpunkt, in dem der frühere Beklagte Devisenausländer wurde. Dann kommt es darauf an, ob in diesem Zeitpunkte der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung bereits entstanden war. Denn der einmal entstandene Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, auf den sich das Vertragsverhältnis dann umgestellt hatte, konnte dadurch, daß der frühere Beklagte Devisenausländer wurde, nicht mehr beeinträchtigt werden.

Der Umstand, daß der frühere Beklagte Jude ist, bedingte zur Zeit des Abschlusses des Vertrages keine Genehmigungsbedürftigkeit. Die erst nach Vertragschluß erlassene Anordnung auf Grund der Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden vom 26. April 1938 (RGBl. I S. 415) hat im § 1 die Veräußerung eines gewerblichen Betriebes für genehmigungspflichtig erklärt, wenn an dem Rechtsgeschäft ein Jude als Vertragsschließender beteiligt ist. Nach § 2 kann die Genehmigungspflicht durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts nicht umgangen werden. Die Genehmigungspflicht trifft alle Verträge, die bei Inkrafttreten der Verordnung noch nicht erfüllt waren. Rechtsgeschäfte, die vor Inkrafttreten der Anordnung abgeschlossen sind, sind nur dann von der Genehmigungspflicht nicht berührt worden, wenn sie beim Inkrafttreten der Anordnung bereits vollständig wirksam geworden waren, also, soweit eine Eintragung im Grundbuch erforderlich ist, diese Eintragung vorgenommen worden war (vgl. RG. in JFG. Bd. 19 S. 104). Der ärztliche Beruf ist zwar kein Gewerbe (§ 1 Abs. 2 der Reichsärzteordnung vom 13. Dezember 1935 [RGBl. I S. 1433]). Jedoch wird der Betrieb einer Privatkrankenanstalt als Gewerbebetrieb angesehen (§ 30 GewD., vgl. auch § 8 der zweiten Verordnung zur Durchführung des Gewerbesteuergesetzes vom 20. Februar 1938 [RGBl. I S. 209]). Die Genehmigung ist jedoch nur dann erforderlich, wenn es sich um die Absicht einer wirklichen Fortsetzung des jüdischen Betriebes, „um die Übertragung des

lebenden Betriebes in seiner zweckgebundenen Gesamtheit" handelt (vgl. Krüger Die Lösung der Judenfrage S. 229 Anm. 4). Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben; denn der Kläger wollte die Klinik erst nach einem Umbau in ganz veränderter Weise mit anderem Ärzte- und Schwesternpersonal betreiben.

Nach § 8 Abs. 1 der Verordnung über den Einfluß des jüdischen Vermögens vom 3. Dezember 1938 (RGBl. I S. 1709) (vgl. auch III 2 des Ersten Durchführungserlasses des Reichswirtschaftsministers vom 6. Februar 1939, abgedruckt bei Scholl Die Entjudung des deutschen Grundbesitzes S. 70) bedürfte der Vertrag vom 1. März 1938 nunmehr als Grundstücksveräußerungsvertrag der behördlichen Genehmigung. Doch kommt es für diesen Rechtsstreit auf diese Verordnung nicht an, weil schon die Genehmigungsbedürftigkeit nach dem Devisengesetz der Entstehung des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung entgegensteht, soweit dieser Anspruch nicht bereits vor dem Zeitpunkt, in welchem der frühere Beklagte Devisenausländer wurde, entstanden war. Daß dieser Zeitpunkt vor dem Inkrafttreten der Verordnung vom 3. Dezember 1938 liegt, darüber besteht kein Streit.