

86. 1. Kann der Beklagte, wenn er erst in der Berufungsinstanz die Aufrechnung einer Gegenforderung gegen die Klageforderung geltend gemacht hatte, diese Einwendung aber vom Berufungsgericht nicht auf Grund des § 529 Abs. 3 ZPO., sondern als sachlich unbegründet zurückgewiesen wurde, in der Revisionsinstanz mit Erfolg geltend machen, daß die Zurückweisung nach § 529 Abs. 3 hätte erfolgen müssen?

2. Inwieweit haftet der Gläubiger, dem von seinem Schuldner eine Hypothekensforderung zur Sicherung abgetreten worden ist, für die ordnungsmäßige Verwertung und Beitreibung derselben?

II. Zivilsenat. Ur. v. 12. Juni 1911 i. S. P. (Wekl.) w. B. (Kl.).  
Rep. II. 14/11.

- I. Landgericht Königsberg.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Wegen einer Warenschuld hatte der Kläger gegen die Beklagte Klage auf Zahlung von 5450 M nebst Zinsen erhoben. Durch

Urteil des Landgerichts wurde die Beklagte dem Klageantrage gemäß verurteilt. Während dieselbe in erster Instanz nur eingewendet hatte, daß sie dem Kläger eine Hypothek in Höhe der Klageforderung im September 1906 an Erfüllungsstatt abgetreten habe, hatte sie in zweiter Instanz gegen die Klageforderung eventuell eine Schadenersatzforderung in gleicher Höhe, die ihr gegenüber dem Kläger durch Verletzung seiner Pflichten als Bessionar jener Hypothek entstanden sei, zur Aufrechnung gestellt.

Das Oberlandesgericht erachtete diesen Einwand sachlich für nicht begründet und wies die Berufung zurück. Auch die Revision hatte keinen Erfolg aus folgenden

#### Gründen:

„Der Berufsungsrichter hat den Einwand der Aufrechnung gegenüber der an sich nicht bestrittenen Klageforderung als unbegründet zurückgewiesen, weil der Beklagten die behauptete Gegenforderung nicht entstanden sei. Die ausschließlich gegen diese Entscheidung gerichteten Angriffe der Revision sind verfehlt.

1. Das gilt zunächst von der Ausführung, daß der Berufsungsrichter ohne sachliche Entscheidung über die Gegenforderung den Aufrechnungseinwand unter Vorbehalt seiner Geltendmachung nur als prozessual unzulässig hätte zurückweisen dürfen. Es ist der Revision zuzugeben, daß der Berufsungsrichter in dieser Weise nach § 529 Abs. 3 BPO. zu verfahren hatte, da der Kläger, wie in dem berichtigten Tatbestande des angefochtenen Urteils beurkundet ist, der Geltendmachung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung widersprochen hatte.

Die Vorschrift des § 529 Abs. 3, daß das Gericht ohne sachliches Eingehen auf die Gegenforderung den erst in der Berufungsinstanz geltend gemachten Aufrechnungseinwand zurückzuweisen hat, ist indessen lediglich im Interesse des Klägers getroffen und entfällt, wenn der Kläger in ihre Nichtbeobachtung einwilligt. Es ist auch nicht ersichtlich, welches Interesse der Beklagte daran haben könnte, ohne sachliche Prüfung seiner Gegenforderung verurteilt zu werden und ein Urteil über die Gegenforderung erst zu erhalten nach erfolgter Verurteilung auf die Klage. Der Beklagte, der die sachliche Prüfung seiner Gegenforderung begehrt hat, kann nicht dadurch prozessual beschwert sein, daß das Gericht diese sachliche Prüfung vorgenommen hat.

2. Mit Unrecht greift die Revision auch die sachliche Entscheidung des Berufungsgerichts an. Dasselbe verkennt nicht, daß die Abtretung zur Sicherheit einen Auftrag enthält und ein Treuverhältnis zwischen dem Bedenten und dem Zessionar begründet, das den letzteren nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 662 flg. B.O.B. verpflichtet, auch das Interesse des Bedenten wahrzunehmen (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 59 S. 191, 192). Von diesem richtigen Grundsatz ausgehend hat der Berufungsrichter erwogen, daß die Beklagte mit K., dem Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks und Schuldner der der Hypothek zugrunde liegenden Warenforderung, in Geschäftsverbindung stand und offenbar über dessen Vermögenslage unterrichtet war, auch wußte, daß die Verjährung der Warenforderung bevorstehe. Deshalb hat der Berufungsrichter den Kläger nicht für verpflichtet erachtet, aus eigenem Antriebe, ohne Anweisung der Beklagten, selbst Schritte zu tun zur Verwertung der Hypothek und der ihr zugrunde liegenden Warenforderung, oder zur Unterbrechung der nach der Behauptung der Beklagten Ende des Jahres 1908 vollendeten Verjährung, sei es durch Erhebung der Klage, sei es durch Betreiben der Zwangsvollstreckung gegen K. Aus gleichem Grunde und mit Rücksicht auf das passive Verhalten der Beklagten sei dem Kläger bei der Besonderheit des vorliegenden Falles nach der Auffassung des Berufungsrichters nicht zuzumuten gewesen, bei der von anderer Seite beantragten Zwangsversteigerung, die zu einem die abgetretene Hypothek nicht deckenden Zuschlag führte, selbst ein Gebot abzugeben. Einen Rechtsirrtum lassen diese Ausführungen des Berufungsrichters nicht erkennen.

Die Pflicht des Zessionars, im Falle der Sicherungsübertragung eines Rechts, das Interesse des Bedenten wahrzunehmen, gründet sich darauf, daß einerseits der Zessionar unter Ausschluß des Bedenten verfügungsberechtigt wird, andererseits der Bedent an der Erhaltung und möglichst hohen Verwertung des Rechts interessiert bleibt, da er im Falle der Tilgung seiner Schuld Anspruch auf die Rückübertragung des Rechts und im Falle der Verwertung des Rechts Anspruch auf Herausgabe des seine Schuld übersteigenden Wertbetrages hat. Welche Maßregeln danach der Zessionar zwecks Erhaltung und guter Verwertung des abgetretenen Rechts im Interesse

des Bedenten zu treffen hat, kann nur mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles, unter Beachtung dessen, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, bestimmt werden. Da es sich um Maßregeln im Interesse des Bedenten handelt, wird der Zessionar eine Weisung des Bedenten insbesondere dann abwarten können, wenn diesem die eine Gefährdung des Bestandes oder der guten Verwertung des Rechts bedingenden Umstände bekannt sind, während er im Falle der Unkenntnis des Bedenten diesem gleichfalls so zeitig von den gefährdenden Umständen Nachricht zu geben hat, daß der Bedent die ihm zur Beseitigung der Gefahr dienlich erscheinenden Weisungen und Maßregeln treffen kann. Im vorliegenden Falle ist festgestellt, daß die Beklagte mit R. in Geschäftsverbindung stand und über dessen Vermögenslage unterrichtet war, daß sie trotzdem dem Kläger keinerlei Weisungen erteilte, sich vielmehr passiv verhielt, und daß der Kläger daher annehmen durfte, die abgetretene Hypothek sei sicher, wie sie ihm von seiten der Beklagten geschildert war.

Unter diesen Umständen konnte der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum annehmen, daß es zunächst Sache der Beklagten war, rechtzeitig die zur Beitreibung der abgetretenen Forderung und Hypothek erforderlichen Maßnahmen zu veranlassen oder den Kläger dazu anzuhalten, und daß folgeweise der Kläger die ihm gegenüber der Beklagten aus dem Auftragsverhältnisse obliegenden Pflichten nicht verletzte, als er nicht aus eigenem Antriebe in den Jahren 1906 und 1907 gegen R., der damals nach der Behauptung der Beklagten noch zahlungsfähig war, die Beitreibung der Hypothekenforderung versuchte.

Eine solche Pflichtverletzung hat der Berufungsrichter auch nicht in dem Verhalten des Klägers bei der von anderer Seite betriebenen Zwangsversteigerung des mit der Hypothek belasteten Grundstücks gefunden. Die Beklagte hatte behauptet, daß die Hypothek, die mit 41480 M. ausgelassen sei, durch den auf 50000 M. zu schätzenden Wert des Grundstücks reichlich gedeckt gewesen, und der Ausfall der Hypothek neben der damaligen Geldknappheit durch eine Vereinbarung des Ersteherers mit zwei nacheingetragenen Hypothekengläubigern verursacht sei, der zufolge diese gegen Befriedigung wegen ihrer Forderungen ein Gebot nicht abgegeben hätten. Dieses Ergebnis

habe der Kläger verhindern und entweder bei der Versteigerung mitbieten oder der Beklagten rechtzeitig von dem Versteigerungstermin Mitteilung machen müssen. Da er beides unterlassen, vielmehr die Beklagte erst am Tage vor der Versteigerung von dem Termine in Kenntnis gesetzt und es ihr dadurch unmöglich gemacht habe, sich die zum Bieten erforderliche Kaution zu beschaffen und die Hypothek auszubieten, so sei er für den Ausfall der Hypothek ersatzpflichtig.

Es ist nun zwar unbedenklich anzunehmen, daß der Kläger verpflichtet war, die Beklagte von dem Versteigerungstermine so zeitig zu benachrichtigen, daß sie ihr Interesse an der Erzielung eines die abgetretene Hypothek deckenden Gebots, insbesondere auch durch eigenes Mitbieten, wahrnehmen konnte. Aber auch diese Benachrichtigungspflicht entfiel, wenn die Beklagte den Fortgang des Versteigerungsverfahrens und die Anberaumung des Versteigerungstermins kannte. Das hat der Berufungsrichter ersichtlich angenommen, indem er ausführt, der Kläger habe aus dem passiven Verhalten der Beklagten entnehmen können, daß sie nicht gewillt sei, ihm einen Vorstoß für die Aufwendungen, die er im Falle des Mitbietens hätte machen müssen, zu leisten. War aber der Beklagten bekannt, daß das Versteigerungsverfahren durchgeführt werde, so lag es ihr ob, wenn sie ein Mitbieten des Klägers als ihrem Interesse dienlich erachtete, diesem die erforderlichen Weisungen zu geben. Ohne Rechtsirrtum konnte der Berufungsrichter annehmen, daß der Kläger, wenn er in Ermangelung einer solchen Weisung selbst ein Gebot nicht abgab, seine Pflicht der Beklagten gegenüber nicht verletzt hat.

Mit Unrecht beruft sich die Revision auf das Urteil des V. Zivilsenats des Reichsgerichts in den Entsch. in Zivilf. Bd. 59 S. 190 flg. Dort ist zwar ausgeführt, daß, wenn eine Hypothek zur Sicherung übertragen ist, der Zessionar die Rechte des Bedenten bei der Zwangsversteigerung wahrzunehmen hat, dafür sorgen muß, daß das Grundstück zu einem angemessenen Preise zugeschlagen wird und die durch die Zession erlangte formale Rechtsstellung nicht dazu benutzen darf, das Grundstück weit unter seinem Werte an sich zu bringen. Diese Ausführung ist indes den besonderen Umständen des damaligen Falles angepaßt, wo der Zessionar die Hypothek benutzte, um selbst das Grundstück billig zu erwerben, den Zuschlagspreis niedrig zu halten und sich mit dem Grundstücksmehrwert zu decken.

Im Gegensatz zu diesem unzulässigen Verhalten ist ausgeführt, der Bessionar müsse für einen angemessenen Preis sorgen, statt mittels seiner Hypothek den Preis künstlich niedrig zu halten. Daß der Bessionar allgemein verpflichtet sei, bei der Zwangsversteigerung für einen angemessenen Preis des Grundstücks zu sorgen, insbesondere zu diesem Zwecke auch selbst Gebote abzugeben, ist aus dem angeführten Urteile nicht zu entnehmen.

Übrigens wäre der Kläger nach § 669 B.G.B. auch nicht verpflichtet gewesen, ohne Vorschußleistung seitens der Beklagten mitzubieten. Hatte diese ihm, wie der Berufungsrichter feststellt, stillschweigend zu erkennen gegeben, daß sie keinen Vorschuß leisten werde, so konnte der Kläger davon absehen, solchen Vorschuß zu verlangen, und sich schon deshalb des Mitbietens enthalten.“