

46. Zulässigkeit der actio doli, wenn gegen eine Zusage gehandelt ist, welche als Vertragsschluß nicht in Betracht kommt.

I. Civilsenat. Urtheil v. 7. März 1883 i. S. D. (Kl.) w. G. (Bekl.)
Rep. I. 523/82.

- I. Landgericht Bremen.
- II. Oberlandesgericht Hamburg.

S. H. N. hatte eine Anbaustelle zu Kolonie Shte gekauft. Die Mittel zur Bezahlung der Kaufgelder hat er sich durch Anleihen verschafft. Er hat im ganzen 11 400 M aufgenommen, 6000 M von einem Ziegeleibesitzer D., 2400 M von dem Kläger, 3000 M von dem Beklagten. Versprochen hatte N. den Darleihern Hypothek mit der Anbaustelle in dieser Reihenfolge zu bestellen; er hat jedoch bei Regulierung der Sache nur die erste Hypothek für 6000 M zu Gunsten von D. und für den Beklagten an zweiter Stelle 3000 M eintragen lassen. Dem Kläger ist erst später zu seiner Sicherung eine an dritter Stelle für die Ehefrau N.'s eingetragene Hypothek cedit; es ist dann aber der Konkurs über das Vermögen des Schuldners ausgebrochen, die Anbaustelle im Wege der Zwangsversteigerung verkauft, der erzielte Kaufpreis hat auch ausgereicht, um daraus auf die an zweiter Stelle eingetragene Hypothek des Beklagten 3150 M zu gewähren, dagegen ist die dritte Hypothek ausgefallen. Kläger hat den Beklagten für den erlittenen Verlust verantwortlich gemacht mit der Begründung, zwischen den Parteien sei die Vereinbarung getroffen, es solle die Hypothek des Klägers der des Beklagten vorgehen, Beklagter solle mit seiner Hypothek hinter die des Klägers zurücktreten, und so sollte der Hypothekeneintrag durch N. bewirkt werden. Dieser Vereinbarung habe Kläger nicht entsprochen, er sei auch nicht zu bewegen gewesen, in ordnungs-

mäßiger Form eine Einwilligung dazu, daß die Hypothek des Klägers vor der seinigen den Vorrang erhalte, zu erklären. Vielmehr habe Beklagter arglistigerweise, um selbst die bessere Hypothek zu erhalten, den N. überredet, die dem Kläger versprochene Hypothek nicht eintragen zu lassen. Nach der Beweisaufnahme ließ Kläger die angebliche Vereinbarung der Parteien fallen, und schob dem Beklagten den Eid über die zwei Behauptungen zu:

1. Beklagter habe den Schuldner N. beauftragt oder ermächtigt, den Kläger um Hergabe von 2 400 *M* gegen Hypothek nach 6 000 *M* zu ersuchen und ihm dabei zu sagen, daß das letzte Geld von dem Beklagten hergegeben werde;

2. Beklagter habe den N. überredet, die dem Kläger versprochene Hypothek nicht eintragen zu lassen, er habe dabei auch zugesagt, er wolle dafür sorgen, daß Kläger ausbezahlt werde, daß also eine Hypothek für den Kläger überhaupt nicht eingetragen zu werden brauche.

Das Landgericht Bremen hat die Klage abgewiesen, wenn Beklagter einen Eid leisten würde,

daß er nicht zu dem Zwecke, um auch ohne vorgängige Zustimmung oder Befriedigung des Klägers für seine Forderung die nächste Hypothek nach den ersten 6 000 *M* auf die vormalige N.'sche Anbaustelle zu erlangen, den N. überredet habe, die dem Kläger zugesagte Hypothek nicht eintragen zu lassen.

Für den Fall, daß dieser Eid nicht geleistet werde, ist Beklagter zur Zahlung von 2 520 *M* samt Zinsen verurteilt.

Das Landgericht geht davon aus, daß sich ein Vertragsverhältnis aus den unter Eideszuschreibung behaupteten Thatfachen nicht ergebe, es bleibe also, nach der Erklärung des Klägers, nur die actio doli übrig. War aber die Absicht des Beklagten bei seinen Verhandlungen mit N. darauf gerichtet, für sich die bessere Hypothek zu erlangen, unbekümmert um die Einwilligung des Klägers, so ist er nach der Unannehmung des Landgerichtes nicht verantwortlich für N.'s Vertragsbruch.

Gegen das Urteil haben beide Teile Berufung eingelegt. Kläger hat in der Berufungsinstanz noch vorgetragen: Beklagter habe dem N. erklärt, er wolle demselben 3 000 *M* als letztes Geld an dritter Stelle geben; er habe N. auch beauftragt und ermächtigt, hiervon dem Kläger Mitteilung zu machen und denselben in seinem (des Beklagten) Namen um Hergabe des Darlehns von 2 400 *M* gegen eine zweite Hypothek

zu ersuchen. N. habe solche Bestellung dem Kläger übermittelt und letzterer habe daraufhin das Darlehn gewährt.

Das Oberlandesgericht hat die Klage schlechthin abgewiesen.

Auf Revision des Klägers hat das Reichsgericht das Berufungs-urteil, soweit es die eingeklagte Forderung von 2 520 M nebst Zinsen seit dem 1. Oktober 1881, $\frac{4}{5}$ Kosten erster Instanz und die Kosten der Berufungsinstanz betrifft, aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Kläger hatte in erster Instanz den Vertragsschluß, auf welchen er seine Klage zunächst gestützt hatte, fallen lassen. Er hatte zwar zugleich neue Thatsachen behauptet, über welche er den Eid zugeschworen hatte. Allein diese (oben unter 1 und 2 mitgetheilten) Behauptungen ergeben für sich die Momente eines die Klage begründenden Vertragsschlusses nicht. In zweiter Instanz konnte er aber, nachdem er diesen Klagegrund hatte fallen lassen, nicht wieder auf denselben zurückkommen. Es kann deshalb davon abgesehen werden, zu untersuchen, ob die hier neu aufgestellten Thatsachen in Verbindung mit jenen erstinstanzlichen Behauptungen geeignet seien, den klägerischen Anspruch nach dieser Richtung zu begründen. Es ist vielmehr allein die actio doli übrig geblieben.

In dieser Beziehung hat aber Kläger die rechtliche Beurteilung seines Anspruches dadurch verdunkelt, daß er Thatsachen hereingezogen hat, welche für die Begründung dieses Anspruches völlig gleichgültig waren. Es kann ganz dahingestellt bleiben, ob in dem Vorgange, welchen das landgerichtliche Urteil unter Eid gestellt hat, ein den Beklagten zum Erfolge verpflichtender Dolus vorhanden wäre. Ausschlaggebend für den Verlust, welchen Kläger erlitten hat, ist schließlich allein das eigene Verhalten des Beklagten geblieben, wie es von dem Kläger behauptet ist, nicht das Verhalten, zu welchem N. von dem Beklagten bestimmt sein soll. N. hatte dem Kläger Hypothek an seinem Grundstücke zu bestellen. Diese Hypothek hat Kläger durch die Intervention der Ehefrau seines Schuldners erlangt, allerdings an einer den Bedingungen nicht entsprechenden Stelle. Daß aber der Kläger an dieser dritten Stelle verblieben ist, führt er selbst auf ein rechtswidriges Verhalten des Beklagten zurück, welcher in Widerspruch mit den vorhergegangenen Verhandlungen nicht allein die zweite Hypothek sich habe

bestellen lassen, sondern auch an derselben dem Kläger gegenüber festgehalten, die Vorzugseinräumung verweigert habe. Stellt sich dieses Verhalten des Beklagten als ein arglistiges dar, so würde sich daraus die Verpflichtung des Beklagten zum Schadenersatz ergeben.

Geht man nun davon aus, daß das Geschäft, welches N. beabsichtigte, durch ein Zusammenwirken mehrerer Gläubiger, welche er um Herleihung von Geldern, deren er zum Ankauf seiner Anbaustelle bedurfte, zustande kommen sollte, so gewinnen die Behauptungen, welche Kläger über die Mitteilungen aufgestellt hat, welche ihm Beklagter durch N. habe zugehen lassen, eine andere Bedeutung, als welche ihnen das oberlandesgerichtliche Urteil beilegt. Beklagter soll dem Kläger durch N. haben sagen lassen, daß er seinerseits bereit sei, dem N. das letzte Geld (3 000 M zur dritten Hypothek) darzuleihen, und er soll ihn haben ersuchen lassen, seinerseits 2 400 M nach Vorgang von 6 000 M herzuleihen. Die rechtliche Bedeutung solcher Mitteilung ist damit nicht erschöpft, daß ihr die Wirkung eines Vertragschlusses, welcher dem Kläger einen Anspruch auf Vollziehung des beabsichtigten Geschäftes gegeben hätte, abgesprochen wird.

Daß einer vorgängigen Zusage widersprechende, arglistige Verhalten begründet einen Anspruch auf Schadenersatz auch in solchen Fällen, in denen aus der Zusage auf deren Erfüllung nicht hätte geklagt werden können. Entscheidend ist, ob derjenige, welchem die Zusage erteilt ist, Aufwendungen gemacht hat, welche er im Vertrauen darauf machen durfte, daß die Zusage gehalten würde, und daß ihm nur durch die Zurücknahme der Zusage die Möglichkeit entzogen wird, sich für seine Aufwendungen bezahlt zu machen. In dieser Zurücknahme einer vorher redlich erteilten Zusage liegt die zum Schadenersatz verpflichtende Arglist. Zur Substanziierung der actio doli ist keineswegs die Behauptung erforderlich, daß schon die Zusage in der Absicht erteilt sei, sie nicht zu halten.

L. 34 Dig. de dolo malo 4, 3:

Si cum mihi permisisses saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam fodere et sumptum in hanc rem fecerim et non patiaris me tollere: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit.

L. 16. §. 1 Dig. de praescriptis verbis 19, 5:

Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi

nec pateris me fructus tollere. Nullam juris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.

Daß in diesen beiden Fällen die actio doli als die einzige zulässige Klage angesehen worden ist, beweist, daß die Zusage an sich für verpflichtend nicht angesehen wurde. Der Grundeigentümer hätte also die Erlaubnis, auf seinem Grund und Boden zu säen, Steine zu brechen etc, zurücknehmen dürfen, ohne daß gegen ihn eine Klage auf Gestattung der Wegnahme von Steinen etc zulässig gewesen wäre. Aber weil der Andere im Vertrauen auf die ihm erteilte Erlaubnis Auslagen gemacht hat, handelt der Grundeigentümer arglistig, wenn er die Erlaubnis nun zurückzieht und jenen dadurch verhindert, zu seinem Gelde zu kommen. Es ist dasselbe Prinzip, wie es auch in Vertragsverhältnissen in Anwendung gebracht wird, in denen der Widerruf an sich gestattet ist. Der unzeitige Widerruf, durch welchen der Mitkontrahent Schaden erleiden würde, macht den Widerrufenden haftbar.

L. 5 Dig. de condictione causa data causa non secuta 12, 4.

L. 15 Dig. mandati 17, 1 u. a. m.

Ebenso ist nach Pandektenrechte die actio doli begründet, wenn jemand Dienstleistungen mit der Auflage annimmt, eine Sache als Gegenleistung zu gewähren und nun die Sache nicht gewähren will, auf welche der Dienstleistende einen klagbaren Anspruch nicht gewonnen hatte.

L. 5 §. 3 Dig. de praescriptis verbis 19, 5.

Der Kläger will im Vertrauen auf die ihm durch N. zugegangenen Mitteilungen des Beklagten an N. 2 400 M gezahlt haben, damit ihm nun an zweiter Stelle Hypothek an dessen Anbaustelle gewährt würde, was hätte erreicht werden können, wenn der Beklagte seiner angeblichen Erklärung an den Kläger entsprechend 3 000 M zur dritten Hypothek hergegeben hätte. Zog der Beklagte, nachdem Kläger seine Auswendung im Vertrauen auf die ihm gewordene Zusage desselben gemacht hatte, diese seine Zusage zurück, oder handelte er derselben entgegen und vereitelte dadurch dem Kläger die Möglichkeit, die jener Zusage entsprechende Sicherstellung zu gewinnen, wie dies alles von dem Kläger behauptet worden ist, so lag in dieser Änderung seines Verhaltens die ihn zum Schadensersatz verpflichtende Arglist.

Auch hat Kläger ganz korrekt als seinen Schaden die Heraus-

zahlung der Summe von dem Beklagten gefordert, welche dem Kläger statt des Beklagten zu teil geworden sein würde, wenn jener die zweite Hypothek an dem Grundstücke erlangt und demgemäß an dieser Stelle in der Zwangsversteigerung befriedigt worden wäre.

Die Klage auf 2520 *M* samt weiteren Zinsen ist also substantiiert, ohne daß es auf die Thatsache ankommt, über welche das Landgericht auf den Eid des Beklagten gesprochen hat.“ . . .