
Datum: 09.04.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 16/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0409.21U16.01.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 17 O 27/00

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 07. November 2000 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Essen unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Das Versäumnisurteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 11. August 2000 wird aufgehoben.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 17.294,45 Euro (= 33.825,00 DM) nebst 4% Zinsen seit dem 23.12.1997 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz hat der Kläger die Kosten seiner Säumnis zu tragen, die übrigen Kosten tragen der Beklagte zu 75 % und der Kläger zu 25%. Die Kosten der Berufungsinstanz werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger begehrt von dem Beklagten im Wege des Schadensersatzes den Ausgleich von Mietminderungen.	2
Der Kläger war Eigentümer des Objekts Am E-Hof 2 in H, in dem er Anfang des Jahres 1993 noch im Rohbau befindliche, ursprünglich als Schulungsräume geplante Räumlichkeiten für den Betrieb eines Sonnenstudios ausbauen ließ. Für die Räumlichkeiten hatte er bereits im Oktober 1992 einen entsprechenden Mietvertrag mit einem Nettomietzins von monatlich 5.500,00 DM abgeschlossen. Er beauftragte den Beklagten mit der Planung und Beaufsichtigung der Umbaumaßnahmen. Für die Räume lag eine Wärmebedarfsberechnung vor, die den Einbau von 8 Heizkörpern vorsah. Da ein Heizkörper an einer Stelle geplant war, an der der Mieter des Sonnenstudios eine Sonnenliege aufstellen wollte, ließ der Bauleiter des Beklagten im März 1993 die übrigen 7 Heizkörper einbauen und für den 8. Heizkörper nur die Anschlüsse verlegen. Hierbei war im Gespräch, dass die bei dem Betrieb der Sonnenliegen abgestrahlte Wärme die fehlende Heizleistung des 8. Heizkörpers ersetzen könne. Ob der Kläger von dieser Veränderung Kenntnis hatte und ihr zustimmte, ist zwischen den Parteien umstritten.	3
In der Folgezeit geriet der Kläger in Vermögensverfall. Am 06.10.1994 wurde über sein Vermögen ein Konkursverfahren (5 N 434/94 Amtsgericht Gelsenkirchen) eröffnet, das bis heute noch nicht abgeschlossen ist.	4
Im Dezember 1994 ordnete das Amtsgericht Essen (5 L 18/94) die Zwangsverwaltung des o. g. Grundstücks an und bestellte einen Zwangsverwalter, der die Verwaltung des Grundstücks übernahm.	5
Mit Schreiben vom 12.10.1995 (Bl. 184) teilte der Konkursverwalter dem Kläger mit, dass er das Grundstück aus dem Konkursbeschluss freigebe, nachdem feststehe, dass aus der Verwertung des Objekts keine Erlöse zur Masse zu erwirtschaften seien. Der Kläger sei wieder Verfügungsbefugter.	6
Mit Beschluss vom 09.10.1996 hob das Amtsgericht Gelsenkirchen die Zwangsverwaltung auf. Der Kläger veräußerte das Grundstück an seine Ehefrau, die das Grundstück zum 01.10.1996 übernahm.	7
Ab Oktober 1994 behielt der Mieter des Sonnenstudios 50% der vertraglich geschuldeten Miete von monatlich 5.500,00 DM ein, wobei er die Minderung mit verschiedenen Mängeln, u.a. einer unzureichenden Heizleistung begründete. Die ab Januar 1995 rückständigen Mieten klagte der Zwangsverwalter in dem Zivilrechtsstreit 3 O 236/95 vor dem Landgericht Essen ein. Ein in dem Verfahren eingeholtes und den Parteien Anfang März 1996 vorliegendes Sachverständigengutachten bestätigte, dass die Heizfläche im Sonnenstudio zu gering war, um eine ausreichende Raumtemperatur zu gewährleisten. Der Zwangsverwalter wandte sich daraufhin Anfang Mai 1996 an das Büro des Beklagten und bat um Auskunft darüber, ob in der Bauzeit auf Verlangen des Mieters auf die erforderlichen Heizkörper zugunsten von Sonnenliegen verzichtet worden sei. Er erhielt eine Bestätigung mit dem Hinweis, dass der Mieter hierbei angenommen habe, dass die Sonnenliegen genügend Wärme abstrahlten. In seinem später rechtskräftigen Urteil vom 04.10.1996 sprach das Landgericht dem Mieter wegen der unzureichenden Beheizbarkeit des Sonnenstudios eine 30%-ige Mietminderung zu. Hierbei sah es den vom klagenden Zwangsverwalter vorgetragenen Einwand, der Mieter habe auf eine höhere Heizleistung verzichtet, u.a. deswegen als unerheblich an, weil der Mieter zuvor nicht ausreichend über die Folgen einer verminderten Heizleistung aufgeklärt worden sei. Der Mangel an der Heizungsanlage wurde Anfang des Jahres 1997 behoben.	8

Der Kläger hat von dem Beklagten den Ersatz seines Mietausfallschadens für die Monate November und Dezember 1994 in Höhe von jeweils 2.750,00 DM und für 25 Monate von Januar 1995 bis einschließlich Januar 1997 in Höhe von jeweils 1.650,00 DM, insgesamt 46.750,00 DM, verlangt und noch in erster Instanz die Klage hinsichtlich des Mietausfalls für die Monate Oktober 1996 bis Januar 1997 zurückgenommen, wodurch sich die Klageforderung auf 40.150,00 DM reduzierte.	9
Gegen das klageabweisende Versäumnisurteil des Landgerichts vom 11.08.2000 hat der Kläger form- und fristgerecht Einspruch eingelegt.	10
Er hat beantragt,	11
den Beklagten unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 11.08.2000 zu verurteilen, an ihn 40.150,00 DM nebst 4% Zinsen aus 34.650,00 DM seit dem 23.12.1997, im übrigen seit dem 12.08.1998 zu zahlen.	12
Der Beklagte hat beantragt,	13
das Versäumnisurteil vom 11.08.2000 aufrechtzuerhalten.	14
Er hat behauptet, der Kläger und der Mieter des Sonnenstudios hätten gewußt und gebilligt, dass abweichend vom errechneten Wärmebedarf nur 7 Heizkörper eingebaut würden. Es sei die Auffassung des Mieters gewesen, dass die von den Sonnenliegen abgegebene Wärme die Heizleistung des 8. Heizkörpers ersetzen könne. Der Beklagte hat gemeint, dass ihm deswegen weder ein Planungs- noch ein Ausführungsfehler vorgehalten werden könne, da er für das Einhalten der Wärmebedarfsberechnung nicht verantwortlich gewesen sei. Im übrigen treffe den Kläger ein Mitverschulden, da er ihn, den Beklagten, nicht früher konsultiert und der Minderung des Mieters nicht durch einen früheren Einbau eines 8. Heizkörpers die Grundlage entzogen habe.	15
Mit Urteil vom 07.11.2000 hat das Landgericht die Klage nach der Vernehmung des Bauleiters des Beklagten, des Zeugen S, des Mitarbeiters der Heizungsinstallationsfirma, des Zeugen C, des Mieters des Sonnenstudios, des Zeugen E, und des von diesem beauftragten Innenarchitekten, des Zeugen T, abgewiesen. Es hat für bewiesen erachtet, dass der Kläger dem Weglassen des 8. Heizkörpers zugestimmt habe und insoweit einen die Haftung des Beklagten ausschließenden Bedenken-hinweis angenommen.	16
Gegen das Urteil des Landgerichts hat der Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt.	17
Zur Begründung trägt er vor, der Einbau von nur 7 Heizkörpern sei weder mit ihm noch mit dem Mieter abgesprochen gewesen, das habe allein der Bauleiter S entschieden. Die hiervon abweichend Beweiswürdigung des Landgerichts sei fehlerhaft.	18
Von dem Einbau einer geringeren Heizkörperanzahl als in der Wärmebedarfsberechnung vorgesehen habe er erstmals im Juni 1996, aus Anlass des zu dieser Zeit anhängigen Rechtsstreits 3 O 236/95 Landgericht Essen erfahren. Dies sei auch dem Zwangsverwalter zuvor nicht bekannt gewesen. Auch diesem sei kein Vorwurf zu machen, weil er noch im Mai 1996 vom Büro des Beklagten die unzutreffende Auskunft erhalten habe, dass die Heizleistung aufgrund der von den Sonnenliegen abgestrahlten Wärme ausreichend sei. Im übrigen sei ihm, dem Kläger, ein Verschulden des Zwangsverwalters nicht zuzurechnen.	19
Der Kläger beantragt,	20
	21

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung das Versäumnisurteil des Landgerichts Essen vom 11.08.2000 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, an ihn 40.150,00 DM nebst 4% Zinsen aus 34.650,00 DM seit dem 23.12.1997, im übrigen seit dem 12.03.1998 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, 22

die Berufung zurückzuweisen. 23

Er verteidigt das angefochtene Urteil, indem er seinen erstinstanzlichen Vortrag ergänzt und vertieft. Er bestreitet die Höhe des Schadens und meint, die Klageforderung sei verwirkt, jedenfalls verjährt. 24

Der Senat hat den Kläger u.a. darauf hingewiesen, dass aufgrund des noch nicht beendeten Konkursverfahrens Bedenken gegen seine Prozessführungsbefugnis bestünden. Der Kläger hat darauf hin eine Erklärung des Konkursverwalters vom 19.02.2002 vorgelegt (Bl. 307 d.A.), in der es heißt, die Freigabeerklärung vom 12.10.1995 habe sich auf alle im Zusammenhang mit der Immobilie stehenden Ansprüche beziehen sollen, auch auf Schadensersatzforderungen gegen den Architekten, vorsorglich werde die Freigabe in diesem Umfang wiederholt. 25

Im übrigen hat der Senat die Parteien angehört und durch ein mündliches Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. X Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 14.02.2002 (Bl. 311 d.A.) Bezug genommen. Die Akten 3 O 236/95 Landgericht Essen hat der Senat beigezogen. 26

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der von der Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 27

Entscheidungsgründe 28

Die Berufung hat im wesentlichen Erfolg. 29

Die gegen den Beklagten erhobene Klage ist zulässig. Der Kläger ist prozessführungsbefugt, nachdem der Konkursverwalter die Klageforderung aus der Konkursmasse freigegeben hat. Eine die Klageforderung umfassende Freigabeerklärung enthält jedenfalls das Schreiben des Konkursverwalters vom 19.02.2002, das die Freigabe ausdrücklich auf Schadensersatzforderungen gegen den Architekten erstreckt. Bei der Beurteilung der Prozessführungsbefugnis kann dahinstehen, ob die Freigabeerklärung des Konkursverwalters vom 12.10.1995 bereits die streitgegenständliche Forderung erfasst. Es ist ausreichend, wenn das Prozessführungsrecht des Klägers beim Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vorliegt (Baumbauch/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO Kom. 60. Aufl., Grdz § 50 Rz. 24). 30

Die Klage ist auch überwiegend begründet. 31

Der Kläger kann von dem Beklagten gemäß § 635 BGB die Zahlung von 33.825,00 DM, das sind 17.294,45 Euro Schadensersatz verlangen. 32

Der Beklagte ist aufgrund eines Planungsfehlers für den dem Kläger entstandenen Mietausfallschaden verantwortlich. 33

Der Beklagte war mit der Planung des Aus- und Umbaus der Räume des Sonnenstudios beauftragt. Er mußte dafür Sorge tragen, dass die von der vorliegenden Wärmebedarfsberechnung vorgesehene Heizleistung erreicht wurde. Keinesfalls durfte er die Anzahl der Heizkörper im Vertrauen auf eine mögliche Heizleistung der Sonnenliegen verringern, wie der Sachverständige X dem Senat überzeugend dargelegt hat. Mit dem Betrieb der Sonnenliegen konnte die Heizleistung eines Heizkörpers nicht ersetzt werden. Das erschließt sich bereits daraus, dass die Sonnenliegen nur dann Wärme abgeben, wenn sie im Betrieb sind. Sie sind bereits deswegen keine geeignete Heizquelle für ein Sonnenstudio, das auch in Zeiten geringerer Auslastung ausreichend beheizbar sein muss.

Auf ein Einverständnis des Klägers mit dieser Planung kann sich der Beklagte nicht berufen, da er den Kläger auf die Risiken des Planungsfehlers nicht ausreichend hingewiesen hat. Das Einverständnis des Bauherrn mit einer fehlerhaften Planung entlastet den Architekten nur dann, wenn er den insoweit nicht sachkundigen Bauherrn über Bedeutung und Tragweite des Planungsfehlers ausreichend aufgeklärt hat. Hiervon ist bereits nach dem Vortrag des Beklagten nicht auszugehen. Der Beklagte hat dem Senat bei seiner Anhörung erklärt, er gehe nicht davon aus, dass sein Bauleiter dem Kläger erklärt habe, dass das Sonnenstudio nicht mehr richtig zu beheizen sei, wenn auf den Einbau des 8. Heizkörpers verzichtet werde. Hiernach ist das eigentliche Risiko dieser Planungsänderung nicht zur Sprache gekommen, so dass der insoweit nicht sachkundige Kläger die Tragweite seiner Zustimmung nicht erkennen konnte, wenn er, wie es der Beklagte behauptet, der Bauausführung mit der reduzierten Anzahl der Heizkörper tatsächlich zustimmte. 35

Auch ein Einverständnis des Mieters des Sonnenstudios kann den Beklagten nicht entlasten. Zum einen hat der Beklagte nicht vorgetragen, den ebenfalls nicht sachkundigen Mieter ausreichend aufgeklärt zu haben. Das ist auch dem Schriftsatz des Beklagten vom 02.04.2002 nicht zu entnehmen. Hierzu hätte der Mieter wissen müssen, dass das Sonnenstudio mit den Sonnenliegen nicht ausreichend zu beheizen war, dass also seine Annahme, die Sonnenliegen könnten den fehlenden Heizkörper ersetzen, falsch war. Eine derartig bestimmte Auskunft hätten ihm der Beklagte bzw. sein Bauleiter als Baufachleute geben müssen. Dass sie dies getan haben, ist nicht dargelegt. Außerdem hat der Mieter den Kläger bei den von diesem zu veranlassenden Umbaumaßnahmen nicht vertreten. 36

Die weiteren Anspruchsvoraussetzungen des § 635 BGB sind erfüllt. Einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedurfte es nicht, da sich der Planungsmangel bereits in dem Bauwerk realisiert hatte, als er den Beteiligten auffiel. Der Kläger muss sich das Verschulden des Zeugen S gemäß § 278 BGB zurechnen lassen, da der Zeuge als sein Erfüllungsgehilfe tätig geworden ist und den Planungsmangel zumindest fahrlässig verschuldet hat. Bei der Beachtung der erforderlichen Sorgfalt hätte der Zeuge erkennen können und müssen, dass die fehlende Heizleistung eines Heizkörpers mit dem Betrieb der Sonnenliegen nicht auszugleichen war. 37

Dem Kläger ist ein Schaden in Höhe von 37.950,00 DM entstanden. Für den der Klage noch zugrunde liegenden Zeitraum von 23 Monaten (von November 1994 bis einschließlich September 1996) kann er einen monatlichen Mietausfall von 1.650,00 DM, das sind 30% des von dem Mieter E geschuldeten monatlichen Mietzinses, ersetzt verlangen. Eine Minderung in dieser Höhe hat das Landgericht Essen im Verfahren 3 O 236/95 für berechtigt erklärt. Dieser Bewertung tritt der Senat bei. Der Kläger darf sie auch deswegen seiner Schadensberechnung zugrunde legen, weil er die Entscheidung des Landgerichts hinnehmen durfte und nicht damit rechnen konnte, durch ein eigenes Rechtsmittel eine für ihn günstigere Quote zu erreichen. Er muss sich auch nicht vorhalten lassen, dass er eine geringere Miete 38

erzielt hätte, wenn der Mieter des Sonnenstudios anstelle des 8. Heizkörpers keine Sonnenliege hätte einbauen können. Der Kläger hatte den Mietvertrag mit dem Mieter bereits vor der Ausführung der Umbauarbeiten abgeschlossen und in dem Vertrag auch einen von der Anzahl der Sonnenliegen unabhängigen Mietzins vereinbart.

Einen weitergehenden Mietausfallschaden für die Monate November und Dezember 1994, für diese verlangt der Kläger jeweils 2.750,00 DM, hat der Beklagte nicht zu ersetzen. Es ist nicht ersichtlich, warum dem Mieter für diese Monate ein um 1.100,00 DM erhöhter Minderungsbetrag zustehen sollte. In Höhe des Differenzbetrages hätte der Kläger seinem Mieter mit Erfolg in Anspruch nehmen können. 39

Der Mietausfallschaden kann auch vom Kläger geltend gemacht werden. Er unterliegt nicht mehr dem Zugriff des Zwangsverwalters, da die Beschlagnahmewirkungen der Zwangsverwaltung mit ihrer Aufhebung enden. Nach der umfassenden Freigabeerklärung des Konkursverwalters vom 19.02.2002 gehören auch die vor der Freigabe des Grundstücks fällig gewordenen Mietzinsforderungen nicht mehr zur Konkursmasse. 40

Der Schadensersatzanspruch des Klägers in Höhe von 37.950,00 DM ist um 4.125,00 DM auf 33.825,00 DM zu kürzen, weil sich der Kläger für die Monate Mai bis September 1996 ein hälftiges Mitverschulden des Zwangsverwalters anrechnen lassen muss. 41

Es ist allgemein anerkannt (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB-Kom. 61. Aufl. 2002, § 254 Rz. 66 m. w. Nachw.), dass dem Gläubiger in entsprechender Anwendung der §§ 254, 278 BGB das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters zuzurechnen ist. Der Zwangsverwalter gehört zu den gesetzlichen Vertretern im Sinne von § 278 BGB. Der Ausdruck "gesetzliche Vertreter" in § 278 BGB ist nicht im eigentlichen, sondern im weiteren Sinne des Handelns mit Wirkung für andere zu verstehen. Hiernach sind auch sog. Parteien kraft Amtes, zu denen der Zwangsverwalter gehört, einem gesetzlichen Vertreter im Sinne des § 278 BGB gleichzustellen (Palandt-Heinrichs, a.a.O. § 278, Rz. 5; BGH NJW 1958, 670). 42

Der Zwangsverwalter hätte die Instandsetzung der Heizungsanlage nach der Vorlage des Sachverständigengutachtens in dem Zivilrechtsstreit 3 O 236/95 Landgericht Essen veranlassen müssen. Bereits die Höhe des von dem Mieter einbehaltenen Mietzinsen mußte den Zwangsverwalter dazu anhalten, den von einem Sachverständigen festgestellten Mangel unverzüglich zu beseitigen, um einer weiteren Minderung die Grundlage zu entziehen. 43

Hierbei konnte der Zwangsverwalter nicht davon ausgehen, dass der Mieter aus Rechtsgründen an einer erfolgreichen Minderung wegen der unzureichenden Heizleistung gehindert war. Darauf, dass der Mieter bereits in der Bauphase auf Gewährleistungsansprüche wegen einer unzureichenden Heizleistung verzichte hatte, konnte der Zwangsverwalter nicht vertrauen. Auch wenn der Mieter eine Verminderung der Anzahl der Heizkörper gewünscht hatte, um eine weitere Sonnenliege aufstellen zu können, lagen die Voraussetzungen für einen Verzicht des Mieters nicht vor. Hierzu hätte der Mieter über die Folgen umfassend, also auch hinsichtlich des Risikos der unzureichenden Beheizbarkeit des Sonnenstudios, ausreichend aufgeklärt sein müssen. Von einem derartigen Sachverhalt konnte der Zwangsverwalter nicht ausgehen. Er konnte auch nicht annehmen, dass dem Mieter die unzureichende Beheizbarkeit des Sonnenstudios bereits bei der Übernahme der Mieträume (mit der Folge des Ausschlusses des Minderungsrechtes gemäß § 539 BGB a.F.) bekannt war. 44

Ob der Zwangsverwalter bei seiner im Mai 1996 im Büro des Beklagten gehaltenen Nachfrage auch die unzutreffende Auskunft erhielt, dass die fehlende Heizleistung der 45

Heizkörper durch die Wärmeabstrahlung der Sonnenliegen ausgeglichen werde, kann dahinstehen. Nach dem ihm vorliegenden Sachverständigengutachten mußte der Zwangsverwalter erkennen, dass diese Auskunft nicht zutreffen konnte. Dass er sich auf eine derartige Auskunft auch nicht verlassen hat, zeigt der Umstand, dass er sich (nur) nach einer Verzichtserklärung des Mieters erkundigte und das Ergebnis des Sachverständigengutachtens in dem Rechtsstreit nicht in Frage stellte.

Der Senat geht davon aus, dass die Heizungsanlage des Sonnenstudios nach der Vorlage des Sachverständigengutachtens in dem Verfahren 3 O 236/95 Landgericht Essen Anfang März 1996 bis Ende April 1996 instand gesetzt werden konnte. Es bedurfte keiner erheblichen Umbaumaßnahmen, um den fehlenden Heizkörper nachzurüsten oder eine vergleichbare Instandsetzung zu veranlassen. Dass die Instandsetzung unterblieb, ist dem Kläger daher ab Mai 1996 als ein seinen Anspruch minderndes Mitverschulden des Zwangsverwalters zuzurechnen, wobei der Senat die Mitverschuldensquote mit 50% bemisst, weil sich dem Zwangsverwalter die Notwendigkeit einer unverzüglichen Instandsetzung der Heizungsanlage aufdrängen mußte. 46

Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist daher für 5 Monate von Mai bis September 1996 um jeweils 825,00 DM, das sind insgesamt 4.125,00 DM, zu kürzen. 47

Den Kläger selbst trifft kein Mitverschulden. Er konnte eine Instandsetzung der Heizungsanlage vor Oktober 1996 nicht veranlassen, da er erst mit der Aufhebung der Zwangsverwaltung am 09.10.1996 die Befugnis zurückerhalten hat, notwendige Reparatur- und Erhaltungsmaßnahmen an dem Grundstück durchführen zu lassen. Ihm ist daher auch nicht vorzuwerfen, dass er es unterließ, den Beklagten zu einem früheren Zeitpunkt auf den Mangel hinzuweisen. Dies auch deswegen nicht, weil der Beklagte noch im Senatstermin die unzutreffende Auffassung vertreten hat, dass es möglich sei, dass die vom Mieter seinerzeit aufgestellten Sonnenliegen die Heizleistung des 8. Heizkörpers hätten ersetzen können. Hiernach steht nicht fest, dass der Kläger vom Beklagten über die Ursache der unzureichenden Beiheizbarkeit des Sonnenstudios zutreffend aufgeklärt worden wäre, wenn er den Beklagten zu einem früheren Zeitpunkt befragt hätte. 48

Die Schadensersatzforderung des Klägers ist weder verjährt noch verwirkt. Die hier einschlägige fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 BGB ist nicht vollendet. Sie konnte nicht vor März 1993 beginnen, da die Umbauarbeiten in diesem Monat noch nicht abgeschlossen waren. Der Kläger hat die Klageforderung erstmals mit einem dem Beklagten am 07.01.1998 zugestellten Mahnbescheid gerichtlich geltend gemacht und damit die Verjährung rechtzeitig unterbrochen, § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Auch die Voraussetzungen für eine Verwirkung (§ 242 BGB) liegen nicht vor. Abgesehen vom sog. "Zeitmoment" fehlt jedenfalls das sog. "Umstandsmoment". Es ist kein Verhalten des Klägers ersichtlich, auf Grund dessen der Beklagte annehmen konnte, der Kläger werde den Schadensersatzanspruch nicht mehr geltend machen. 49

Rechtsgrundlage der Zinsforderung sind die §§ 284, 288 BGB. 50

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus den §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3, 344 ZPO für den ersten Rechtszug. 51

Die Kostenentscheidung des Berufungsverfahrens beruht auf der entsprechenden Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO, der nach seinem Grundgedanken dann anzuwenden ist, wenn die obsiegende Partei erst nach Abschluß der ersten Instanz eine Voraussetzung für ihr Obsiegen schafft. So liegt der Fall hier. Dem Kläger fehlte vor der Freigabeerklärung des 52

Konkursverwalters vom 19.02.2002 die Prozessführungsbefugnis.

Der streitgegenständliche Schadensersatzanspruch gehörte gem. § 1 KO zur Konkursmasse des über das Vermögen des Klägers im Jahre 1994 eröffneten Konkursverfahrens. Die haftungsbegründenden Voraussetzungen dieses Anspruches waren bei der Konkurseröffnung im Oktober 1994 erfüllt. Dem steht nicht entgegen, dass der vorliegend geltend gemachte Schaden noch nicht eingetreten war. Im Rahmen des § 1 KO kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs an, sondern auf den Zeitpunkt, in dem der Rechtsgrund für den Erwerb vorhanden ist (Kuhn/Uhlenbrock, Konkursordnung, 11.Aufl. 1994, § 1 Rz. 93). Dieser lag mit der Erfüllung des Haftungstatbestandes des § 635 BGB bereits im Jahre 1993 vor, der Anspruch war auch bereits vor der Konkurseröffnung pfändbar. Gegenstände, die den Gläubigern des Gemeinschuldners schon im Zeitpunkt der Konkurseröffnung haften, können nicht gemäß § 1 KO aus der Masse ausgeschieden werden (Jaeger/Henkel, KO, 9.Aufl. 1997, § 1 Rz 123). 53

Die Freigabeerklärung des Konkursverwalters vom 12.10.1995 erfasste den Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten nicht. 54

Die Freigabe ist eine einseitige, gegenüber dem Gemeinschuldner abzugebende Willenserklärung (Kuhn/Uhlenbrock, a.a.O., § 1 Rz. 5d), die gemäß § 133 BGB so auszulegen ist, wie sie der Gemeinschuldner nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mußte. 55

Die Freigabeerklärung des Konkursverwalters vom 12.10.1995 löst das Grundstück aus der Konkursmasse, sie ist auf die Zukunft gerichtet, was auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass sie die Angabe enthält, dass der Kläger "wieder" verfügungsbefugt sei. Dem Text der Erklärung ist nicht zu entnehmen, dass die Freigabe dem Kläger zustehende Schadensersatzansprüche erfassen sollte. Er enthält auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Freigabe auch auf vor der Abgabe der Erklärung bereits entstandene Ansprüche beziehen sollte. Dass sich dies für den Kläger aus anderen Umständen hätte erschließen müssen, ist nicht erkennbar. 56

Der Kläger hat mithin sei Prozessführungsrecht erst während des Berufungsverfahrens aufgrund der Erklärung des Konkursverwalters vom 19.02.2002 erlangt. 57

Dass seine Prozessführungsbefugnis zuvor zweifelhaft war, war für den Kläger bereits im ersten Rechtszug erkennbar, in dem der Beklagte in seinem Klageerwiderungsschriftsatz vom 25.02.2000 auf das noch nicht abgeschlossene Konkursverfahren und die dem Kläger fehlende Verfügungsbefugnis hingewiesen hatte. 58

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 59

Die Revision war nicht zuzulassen, das die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 n. F. ZPO nicht vorliegen. 60