

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 30/65

URTEIL

Verkündet am
21. Juni 1968
W ü s t ,
Justizhauptschreiber

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Ernst R [REDACTED] in B [REDACTED],
Z [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten,
Berufungs- und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED]
[REDACTED] -

g e g e n

den Fuhrunternehmer Heinrich F [REDACTED]
in W [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger,
Berufungs- und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Mattern, Hill und Offterdinger für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 17. Dezember 1964 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verkaufte durch notariellen Vertrag vom 30. Juni 1962 sein im Grundbuch von W [REDACTED] Band 108 Blatt 2725 eingetragenes Erbbaurecht, lastend auf dem Grundstück G [REDACTED] Straße [REDACTED] in W [REDACTED], an den Beklagten unter gleichzeitiger Auflassung zum Kaufpreis von 190 000 DM. Der Kaufpreis sollte erbracht werden

durch Übernahme von Grundpfandrechten
(Abtl. III 2, 3, 5 und 6) in Höhe von 115 000 DM

durch Übernahme von Mieterdarlehen
in Höhe von 6 000 DM

durch Bezahlung zugunsten der D [REDACTED]
Bank in Höhe von 35 000 DM
gegen Herausgabe der Briefgrundschuld (Abt. III) Nr. 4.

Über das Restkaufgeld (34 000 DM) ist in § 1 Nr. 4 des Kaufvertrags vereinbart:

"Das Restkaufgeld in Höhe von 34 000 DM wird dem Käufer gestundet. Es wird vom 2. August 1962 ab mit 7,5 v.H. in vierteljährlichen Nachtragsraten verzinst und ist für 5 Jahre unkündbar. Der Verkäufer ist berechtigt, vom Käufer jederzeit die Bestellung einer entsprechenden Restkaufgeldhypothek mit Brief im Range nach insgesamt 115 000 DM mit Löschungsvormerkung zu verlangen, und zwar unter Einschluß der Möglichkeit der Abtretung dieser Hypothek an ein Kreditinstitut. Der Käufer ist verpflichtet, die vom Kreditinstitut geforderten Hypotheken- und Tilgungsbedingungen (also beispielsweise 5 % Verzinsung und 7 % Tilgung, wenn die Hypothek an eine Bausparkasse abgetreten wird) zu bewilligen."

Später stellte sich heraus, daß das Grundpfandrecht Nr. 3 etwa in Höhe von 10 000 DM nicht mehr valuiert war. Der Beklagte anerkannte im Sommer 1962, dem Kläger noch 44 651,13 DM zu schulden; der Kläger bewilligte und beantragte die Eintragung einer Grundschuld in dieser Höhe nebst 12 % Zinsen und Tilgung ab 1. August 1962; ihre Eintragung erfolgte unter Nr. 7 am 7. Februar 1963 zusammen mit der Eintragung des Beklagten als Erbbauberechtigten.

Im Zuge von Streitigkeiten über den Vertrag im Herbst 1962 schlossen die Parteien am 7. Dezember 1962 einen gerichtlichen Vergleich. Der Beklagte verpflichtete sich darin im Hinblick auf den nicht mehr valuierten Betrag des Grundpfandrechts Nr. 3 von etwa 10 000 DM zur Tilgung dieses Betrags in monatlichen Raten von je 1 000 DM ab 1. Juli 1963.

Gestützt auf § 1 Nr. 4 des Kaufvertrags verlangte der Kläger im Schreiben vom 28. Dezember 1962 neben der Bestellung zweier Hypotheken über 24 000 DM und 10 000 DM eine schriftliche Verpflichtungserklärung vom Beklagten über die Verschaffung eines Bausparvertrags in Höhe von



20 000 DM. Dieses Verlangen lehnte der Beklagte ab; er bestellte entsprechend der Vereinbarung des Vergleichs in notarieller Urkunde vom 7. Januar 1963 zur Sicherung einer Restkaufgeldforderung in Höhe von 34 000 DM mit 7,5 % verzinslich ab 2. August 1962 und unkündbar für die Dauer von 5 Jahren (bis zum 2. August 1967) zugunsten des Klägers eine Hypothek an dem Erbbaurecht; gleichzeitig bewilligte und beantragte er in derselben Urkunde ihre Eintragung. Mit Schreiben vom 12. Januar 1963 wiederholte der Kläger seine Forderung aus dem Schreiben vom 28. Dezember 1962, erklärte sich jedoch damit einverstanden, daß der Beklagte statt dessen eine Hypothek in Höhe von 34 000 DM mit 7,5, gegebenenfalls 8,5 % Zinsen und 5 % Tilgung bei einer 2-jährigen Unkündbarkeit für die D [REDACTED] Bank in B [REDACTED] bestelle. Durch Schreiben vom 14. und 18. Januar 1963 lehnte der Beklagte auch dieses Begehren als über seine vertraglichen Pflichten hinausgehend ab. Nachdem der Kläger dem Beklagten ohne Erfolg eine Frist zur Erfüllung der verlangten Bewilligung mit Androhung der Erfüllungsablehnung bei erfolglosem Fristablauf gesetzt hatte, trat er mit Schreiben vom 6. Februar 1963 vom Kaufvertrag zurück.

Mit vorliegender Klage verlangt der Kläger von dem Beklagten die Rückauflassung des Erbbaurechts, die Bewilligung seiner Eintragung, die Herausgabe des Erbbaugrundstücks sowie die Löschung einer zugunsten des Beklagten eingetragenen Auflassungsvormerkung und schließlich Rechnungslegung bezüglich der Nutzung des Grundstücks und die Herausgabe des Überschusses.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen; er hat Widerklage mit dem Antrag erhoben, den Kläger zur

Löschung der zu dessen Gunsten in Abt. III Nr. 7 eingetragenen Grundschuld in Höhe von 44 651,13 DM zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klaganträge und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter, hilfsweise begehrt er, der Widerklage nur Zug um Zug gegen Zahlung von 10 000 DM nebst Zinsen und Aushändigung der Eintragsbewilligung über die Restkaufgeldhypothek stattzugeben. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Nach der Auslegung, die das Berufungsgericht dem § 1 Nr. 4 des Kaufvertrags zuteil werden läßt, ist der Beklagte mit keiner ihm gegenüber dem Kläger obliegenden Leistung in Verzug geraten, so daß nach Ansicht des Berufungsgerichts ein Rücktritt des Klägers vom Kaufvertrag nicht begründet gewesen ist. Nach dieser Auslegung war der Beklagte weder zum Abschluß eines Bausparvertrages noch zur Übernahme einer Hypothekenforderung, die nur während zweier Jahre unkündbar sein sollte, verpflichtet. Dabei läßt das Berufungsgericht dahingestellt, ob eine solche vom Beklagten zu bewilligende Hypothekenforderung auf eine Verzinsung von 5 % und Tilgung von

7 % hätte beschränkt bleiben sollen. Auch wenn der Beklagte verpflichtet gewesen sein sollte, führt das Berufungsgericht dazu aus, eine Hypothekenforderung mit einem höheren Zinssatz (etwa dem im Mahnschreiben vom 12. Januar 1963 verlangten Zinssatz) zu übernehmen, so wäre er durch das Schreiben des Klägers vom 12. Januar 1963 doch nicht in Verzug gekommen. Zwar brauche die Annahmung einer geringfügigen Zuvielforderung die Wirkung der darin enthaltenen Annahmung der berechtigten Forderung nicht zu beeinträchtigen (Hinweis auf BGB RGRK 11. Aufl. § 284 Anm. 19; Palandt BGB § 284 Anm. 3b); ob die Annahmung einer der Höhe nach nicht begründeten Forderung den Verzug des begründeten Teils der Forderung bewirke, entscheide sich nach Treu und Glauben. Im allgemeinen könne eine solche Wirkung nur angenommen werden, wenn es sich um eine geringfügige Zuvielforderung handle. Davon könne indessen im vorliegenden Falle keine Rede sein. Die Verkürzung der 5-jährigen Stundungsfrist um 3 Jahre stelle eine wirtschaftlich gewichtige, in die Belange des Beklagten erheblich eingreifende Änderung der Vereinbarung dar, in der jedenfalls keine geringfügige Zuvielforderung gesehen werden könne. Deshalb sei der Beklagte auch nicht verpflichtet gewesen, zur Vermeidung der Verzugsfolge die vertragsmäßige Leistung (d.h. hier ggf. Zahlung eines höheren Zinssatzes unter Aufrechterhaltung der 5-jährigen Stundung) anzubieten.

2. a) Nach Ansicht der Revision ist die vom Berufungsgericht getroffene Auslegung insofern verfehlt, als der Beklagte nach dem Vertrag verpflichtet gewesen sei, die ihm im Schreiben vom 12. Januar 1963 mitgeteilten Bedingungen der D[REDACTED] Bank (7 1/2 % Zinsen jährlich, 1/8 % Umsatzprovision, und falls diese nicht er-

reicht werde, bis zu 8 1/2 % Zinsen und 5 % Tilgung bei einer Laufzeit von 2 Jahren) anzuerkennen.

b) Selbst wenn aber der Beklagte eine Hypothek für eine nur auf 2 Jahre gestundete Forderung nicht hätte zu bewilligen brauchen, so wäre er doch mit der Pflicht, eine Hypothek für eine auf 5 Jahre gestundete, jedoch höher als 5 % verzinsliche und mit mehr als 7 % zu tilgende Forderung zu bewilligen, deshalb in Verzug geraten, weil die Annahmung, einen solchen - hier als begründet zu unterstellenden - Anspruch zu erfüllen, nicht gefruchtet und den Beklagten nicht zur Erfüllung dieser Pflicht veranlaßt hätte. Aus dem Schreiben des Beklagten vom 18. Januar 1963 ergebe sich nämlich, daß er jede über 7,5 % Zinsen und 5 % Tilgung hinausgehende Bedingung abgelehnt hätte.

3. Beide Rügen richten sich gegen die Auslegung von Willenserklärungen, die dem Tatrichter obliegt und vom Revisionsgericht nur auf Verstöße gegen Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze und den Grundsatz der Berücksichtigung des gesamten Sachvortrags und Beweisergebnisses nachprüfbar ist. Solche Verstöße liegen nicht vor.

a) Im einzelnen hat das Berufungsgericht zur Auslegung des § 1 Nr. 4 ausgeführt: Gegen eine Verpflichtung des Beklagten, auch eine Hypothekenforderung mit einer kürzeren als fünfjährigen Stundung zu übernehmen, sprächen nicht nur der Wortlaut der Vereinbarung, sondern auch die ganzen Umstände, die zu der Vereinbarung einer fünfjährigen Stundung geführt hätten. Zu den Hypotheken- und Tilgungsbedingungen eines Kreditinstituts

gehöre im allgemeinen nicht eine besonders gewährte Stundung. Deshalb könne die beispielhaft erfolgte Aufzählung eines angenommenen Zins- und Tilgungssatzes im Falle der Abtretung an ein solches Institut eine Stundungsvereinbarung nicht berühren. Dies gelte hier umso mehr, als der Beklagte unstreitig nicht in der Lage gewesen sei, beim Abschluß des Kaufvertrages neben der Barzahlung (35 000 DM) den Restkaufpreis von 34 000 DM in absehbarer Zeit aufzubringen.

Die Revision meint dagegen, der Wortlaut sei in Anbetracht des Widerspruchs zwischen dem Satz 2 und dem Satz 4 des § 1 Nr. 4 mißverständlich. Das Berufungsgericht habe verkannt, daß zu den in Satz 4 angezogenen "Hypotheken- und Tilgungsbedingungen" auch die Kündigungsfristen und die Laufzeit des Darlehens überhaupt gehört hätten. Ein Widerspruch in sich selbst sei die Bemerkung, zu den Hypotheken- und Tilgungsbedingungen eines Kreditinstituts gehöre im allgemeinen nicht eine besonders gewährte Stundung, denn die allgemeinen Bedingungen könnten nicht eine individuelle Stundung enthalten. Entscheidend sei, daß für die allgemeinen wie für die individuellen Bedingungen die Laufzeit eines Darlehens wesentlich sei. Im richtigen und sinnvollen, auch von dem Zeugen Kleinspehn bestätigten Zusammenhang könnten die Sätze nur dahin verstanden werden, daß im Falle der Abtretung der Hypothek an ein Kreditinstitut der Beklagte verpflichtet sein sollte, dessen Bedingungen einschließlich der Laufzeit der Hypothek zu bewilligen.

Es kann der Revision nicht eingeräumt werden, daß der Vertrag nur diese von ihr vertretene Auslegung zuließe. Es war gerade durch die gebotene Auslegung zu er-

mitteln, ob auch der besondere Charakter der Restkaufpreisforderung als jedenfalls nicht nur kurzfristiges Darlehen (5 Jahre Unkündbarkeit) zur Disposition solcher Bedingungen gestellt werden sollte oder ob der Beklagte nur verpflichtet sein sollte, die im allgemeinen für nicht kurzfristige Darlehen aufgestellten Bedingungen zu bewilligen. Die von der Revision als widersprüchlich angegriffene Bemerkung besagt im Zusammenhang der Entscheidungsgründe, daß die in Satz 4 angezogenen Hypotheken- und Tilgungsbedingungen nicht den besonderen Charakter als mittel- oder langfristiges Darlehen (5 Jahre Unkündbarkeit) sollten aufheben dürfen. Das Berufungsgericht hat daher in diesem Zusammenhang weiter darauf hingewiesen, daß der Beklagte dem Kläger durch den Zeugen G. [REDACTED] klar zu erkennen gegeben habe, er (der Beklagte) sei auf fünfjährige Unkündbarkeit angewiesen und er bestehe auf dieser Bedingung. Diese Umstände allein zwingen zwar nicht zu der getroffenen Auslegung; sie lassen aber im Zusammenhang mit dem Wortlaut des Vertrages diese Auslegung zu, ohne daß die Aussagen des Zeugen K. [REDACTED] entgegenstünden. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Tatrichter bei der Auslegung erheblichen Tatsachenstoff nicht verwertet hätte.

b) Zur Frage, ob der Beklagte durch die Mahnschreiben vom 28. Dezember 1962 und vom 12. Januar 1963 jedenfalls mit einem begründeten Anspruch (möglicherweise Bewilligung einer Hypothek für eine zu 7,5 bis 8,5 % verzinsliche, mit jährlich 5 % zu tilgende Forderung) in Verzug geraten ist, ist der Revision einzuräumen, daß der Beklagte nicht nur den Abschluß eines Bausparvertrages (im Schreiben vom 14. Januar 1963), sondern im Schreiben vom 18. Januar 1963 neben der Verkürzung der

Laufzeit auch die Bewilligung eines über 7,5 % Zins hinausgehenden Zinssatzes abgelehnt hat. Daraus ergibt sich jedoch nicht ohne weiteres, daß der Beklagte den Anspruch auch dann abgelehnt hätte, wenn die Hypothekenforderung auf 5 Jahre gestundet und allein der Zinssatz noch über 7,5 % erhöht oder neben 7,5 % Zinsen noch eine Provision verlangt worden wäre (vgl. das im Schreiben des Klägers vom 12. Januar 1963 auf S. 3 in Aussicht gestellte Angebot der D [REDACTED] Bank); denn das Schreiben des Beklagten vom 18. Januar 1963 verhielt sich nur über die insgesamt jedenfalls nicht begründete Anforderung des Klägers. In der Tatsacheninstanz hat der Kläger auch nicht die Behauptung aufgestellt, die Annahme der hier als begründet unterstellten Forderung hätte nichts gefruchtet. Der Beklagte war weiter, um den Folgen eines Verzugs zu entgehen, entgegen der Meinung des Klägers nicht seinerseits verpflichtet, die Ablehnung ausdrücklich auf die hier als unbegründet festgestellten Forderungen (Abschluß eines Bausparvertrages oder Übernahme einer nur auf 2 Jahre gestundeten Forderung) zu beschränken. Es handelt sich bei der vom Kläger angemahnten Forderung, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, nicht nur um eine geringfügige Zuvielforderung, die den Verzug des Beklagten nicht ausgeschlossen hätte (vgl. BGH WM 1967, 660).

Als Hilfsbegründung hat das Berufungsgericht weiter festgestellt, der Beklagte hätte annehmen können, daß der Kläger auf das Angebot der vertragsmäßigen Leistung doch nicht eingegangen sein würde, weshalb der Beklagte unter den besonderen vorliegenden Umständen die vertragsmäßige Leistung nicht hätte anbieten brauchen. Die dagegen unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der

§§ 286 und 139 ZPO erhobenen Rügen bedürfen keiner weiteren Überprüfung, da die Hauptbegründung nicht zu beanstanden ist.

II.

Die in der Revisionsbegründung gegen die Aberkennung des Klaganspruchs erhobenen Angriffe sind offensichtlich auch zur Anfechtung der über die Widerklage erlassenen Entscheidung bestimmt. Dies wurde vom Revisionskläger in der mündlichen Verhandlung mit dem Hinweis bestätigt, daß bei begründetem Rücktritt des Klägers der mit der Widerklage erhobene Anspruch des Beklagten auf Löschung der Grundschuld unbegründet sei. Da der Rücktritt des Klägers, wie unter Nr. I, 3 ausgeführt, nicht wirksam war, muß der Angriff gegen die Verurteilung zur Löschungsbewilligung ohne Erfolg bleiben.

Der zur Widerklage gestellte Hilfsantrag, den Kläger nur Zug um Zug gegen Leistung bestimmter, nach Kaufvertrag und Vergleich dem Beklagten obliegenden Gegenleistungen zu verurteilen, scheitert daran, daß eine Nichterfüllung des Vertrages seitens des Beklagten vom Tatrichter nicht von Amts wegen, sondern nur nach Geltendmachung des Gegenrechts durch den Kläger hätte berücksichtigt worden dürfen. Nach dem für das Revisionsgericht gemäß § 561 Abs. 1 ZPO maßgebenden Parteivorbringen (Tatbestand des Berufungsurteils und Sitzungsprotokoll) ist diese Einrede in den Tatsacheninstanzen nicht erhoben worden. Die Verurteilung auf Grund der Widerklage erfolgte daher zu Recht uneingeschränkt. In der Revisionsinstanz kann die erstmalige Erhebung der Einrede als neue Tatsache nicht berücksichtigt werden (RG JW 1925,

2595 Nr. 7; Recht 1925 Nr. 2207; vgl. auch BGHZ 1, 239;
Bay. ObLG SA 46, 372; Staudinger/Kaduk BGB 10./11. Aufl.
§ 320 Rdn. 8).

IV.

Die Kosten der Revision fallen dem Kläger gemäß
§ 97 ZPO zur Last.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Mattern

Hill

Offterdinger