

Verkündet
am 5. November 1958
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Richard Sch[REDACTED] in H[REDACTED], Ho[REDACTED]-
straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma W. M[REDACTED], Kaffeeegroßrösterei, Inhaber Kauf-
mann Walter K[REDACTED] in H[REDACTED], Schi[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. November 1958 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Scheffler, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom
12. Oktober 1957 im Kostenpunkt und insoweit aufge-
hoben, als die Klage abgewiesen worden ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen Ver-
handlung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte wollte seit dem Jahre 1952 ihren Gewerbebetrieb erweitern und deshalb in ihrem Geschäftshaus in H. wohnende Mieter in anderen Wohnungen unterbringen. Sie hatte größere Beträge als Wohnungsbau-darlehen nach § 7 c EStG über die Stadtschaft für Niedersachsen in H. (im folgenden: Stadtschaft) an die Niedersächsische Heimstätte GmbH in H., ein Organ der staatlichen Wohnungspolitik (im folgenden: Heimstätte), gegeben. Hiervon wurde auf Veranlassung der Beklagten, die auf diese Weise Wohnraum für ihre Mieter erhalten wollte, ein Betrag von 35.000,-- DM der "Aufbau" H. Treuhandgesellschaft mbH (im folgenden: Aufbau GmbH) zur Verfügung gestellt. Durch diese Gesellschaft ließ der Kläger im Jahre 1953 auf seinem Grundstück in H. ein Wohnhaus wieder aufbauen. Der Kläger zeigte sich bereit, gegen Gewährung eines Baukostenzuschusses 4 Mieter der Beklagten in seinem Haus unterzubringen.

Am 5. Januar 1954 fand eine Besprechung statt, an der der Kläger und der von ihm beauftragte Rechtsanwalt R., der Inhaber der Beklagten sowie zwei Vertreter der Aufbau GmbH teilnahmen. Nach dieser Besprechung sollte dem Kläger ein in 15 Jahren zu tilgendes zinsloses Darlehen von 12.500,-- DM verschafft werden; die Beklagte sollte jeweils die Hälfte des jährlichen Tilgungsbetrages als verlorenen Baukostenzuschuß an den Kläger zurückzahlen, so daß der Kläger schließlich 6.250,-- DM als verlorenen Zuschuß erhalten hätte.

Um dieselbe Zeit beantragte die Aufbau GmbH, für das Bauvorhaben des Klägers den Betrag von 12.500,-- DM aus den von der Beklagten über die Stadtschaft an die Heimstätte gegebenen 7 c-Geldern auszus zahlen. Die Heimstätte

zog jedoch unterm 17. Mai 1954 ihre zunächst erteilte Bewilligung eines 7 c-Darlehens an den Kläger zurück mit der Begründung, daß der Kläger selbst ihr - ebenfalls über die Stadtschaft - 7 c-Gelder gegeben habe und deshalb von ihr für die Finanzierung seines eigenen Baues keine 7 c-Gelder erhalten dürfe. Die Oberfinanzdirektion H. trat dieser Auffassung der Heimstätte in einem Schreiben vom 13. September 1954 an die Aufbau GmbH bei.

Der Kläger, der schon im Februar und März 1954 4 Mieter der Beklagten in seinen Neubau aufgenommen hatte, hat mit der Klage Zahlung von 12.500,-- DM nebst 10 % Zinsen beantragt.

Er behauptet, die Beklagte habe sich in der Besprechung vom 5. Januar 1954 uneingeschränkt verpflichtet, einen Baukostenzuschuß von 12.500,-- DM für die Unterbringung von 4 Mietern zu zahlen. In der Besprechung sei zwar bemerkt worden, daß diese 12.500,-- DM von den 7 c-Mitteln abgezweigt werden sollten, welche die Beklagte bei der Stadtschaft eingezahlt habe. Damit sei aber nur beiläufig der von der Beklagten beabsichtigte Zahlungsweg erwähnt und der Inhalt der Verpflichtung der Beklagten nicht eingeschränkt worden.

Die Beklagte macht geltend, sie habe sich gegenüber dem Kläger überhaupt nicht verpflichtet, sondern nur gegenüber der Aufbau GmbH, und auch ihr gegenüber nur dazu, aus den bei der Stadtschaft schon eingezahlten 7 c-Geldern 12.500,-- DM für den Bau des Klägers zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung habe sie erfüllt. Zu einer Zahlung aus anderen als den bereits gegebenen 7 c-Mitteln sei sie nicht verpflichtet, bei einer solchen



Zahlung würde sie keine steuerlichen Vorteile nach § 7 c EStG haben.

Demgegenüber macht der Kläger geltend, die Stadt-
schaft habe sich am 20. September 1954 bereit erklärt,
der Beklagten den Betrag von 12.500,-- DM zurückzugeben.
Die Beklagte hätte dieses Angebot annehmen müssen und
hätte dann die 12.500,-- DM bei einem anderen Organ der
staatlichen Wohnungspolitik einzahlen können. Von diesem
anderen Organ hätte der Kläger in steuerrechtlich zuläs-
siger Weise die 12.500,-- DM erhalten können, ohne daß
die Beklagte die Steuervergünstigung des § 7 c EStG ver-
loren hätte.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, dem
Kläger 15 Jahresraten zu je 416,66 DM (d. s. rund
6.250,-- DM) in den Jahren 1955 bis 1969 zu zahlen, und
die weitergehende Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des
Klägers das Urteil des Landgerichts lediglich dahin ab-
geändert, daß die Beklagte sofort 6.250,-- DM zu zahlen
hat. Im übrigen hat es sowohl die Berufung des Klägers
wie die Anschlußberufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision bittet der Kläger darum, seinem
Klageantrage in vollem Umfange stattzugeben.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuwei-
sen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe sich nicht schlechthin - d. h. ohne Rücksicht darauf, ob die Zahlung aus den von ihr gegebenen 7 c-Geldern geleistet werden konnte oder aber aus ihrem sonstigen Vermögen bestritten werden mußte - zur Zahlung der 12.500,-- DM verpflichtet.

Die Angriffe der Revision gegen diese Feststellung können keinen Erfolg haben.

1.) Die Rüge, das Berufungsgericht habe den Rechtsanwalt Röttger als Zeugen vernehmen müssen, ist unbegründet.

Rechtsanwalt Röttger, der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte des Klägers, ist in der Klageschrift neben dem Geschäftsführer Schl. und dem Angestellten Ku. als Zeuge für den Inhalt der Vereinbarung vom 5. Januar 1954 benannt worden. Das Landgericht hat Schleef und Kugler vernommen. Auf ihre Aussagen hat sich der Kläger im zweiten Rechtszuge berufen (S. 1 des Schriftsatzes vom 29.6.1956; Seite 1, 2 des Schriftsatzes vom 14.9.1957) ohne zum Ausdruck zu bringen, daß er noch die Vernehmung des Rechtsanwalts R. zu derselben Beweisfrage wünsche. Er hat zwar im zweiten Rechtszuge Rechtsanwalt R. nochmals als Zeugen benannt, aber nicht für die Behauptung, daß der Beklagte sich schlechthin zur Zahlung verpflichtet habe, sondern zu einem anderen Punkt (Schriftsatz vom 16.9.1957).

Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht da-

von ausgehen, daß der Kläger, nachdem die anderen von ihm für dieselbe Beweisfrage benannten Zeugen vernommen waren, auf die früher beantragte Vernehmung des Rechtsanwalts Röttger kein Gewicht mehr lege.

2.) Die Revision macht zu Unrecht geltend, das Berufungsgericht habe Geständnisse der Beklagten (§ 288 ZPO) übersehen. An den angeführten Stellen ihrer Schriftsätze räumt die Beklagte nur ein, daß der Kläger einen Baukostenzuschuß von 12.500,-- DM, und zwar zur Hälfte als verlorenen Zuschuß, erhalten sollte. Die Stellen ergeben aber nichts für die streitige Frage, ob die Beklagte sich uneingeschränkt zur Zahlung oder nur dazu verpflichtet hat, 7 c-Mittel zur Verfügung zu stellen.

3.) Soweit es sich um die negative Feststellung handelt, daß die Beklagte sich nicht schlechthin zur Zahlung von 12.500,-- DM verpflichtet habe, ist auch nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht gesetzliche Auslegungsregeln verletzt hätte. Es hebt hervor, die Beklagte habe deutlich erklärt, sie wolle nur ein steuerbegünstigtes Wohnungsbaudarlehen zur Verfügung stellen und die Ausnutzung der Steuervergünstigung des § 7 c sei für sie wesentlich. Im Hinblick auf diesen dem Kläger bekanntgegebenen Willen der Klägerin könne ihre Erklärung nach Treu und Glauben nicht dahin ausgelegt werden, daß sie sich schlechthin zur Zahlung von 12.500,-- DM - auch aus ihrem sonstigen Vermögen - verpflichtet habe. Diese Auslegung ist jedenfalls rechtlich möglich.

II. Wenn die Beklagte sich nicht "schlechthin" zur Zahlung verpflichtet hat, wie das Berufungsgericht feststellt, so fragt sich, welchen anderen Inhalt dann die von ihr übernommene Verpflichtung hatte. Das angefochtene Urteil läßt nicht klar erkennen, wozu sich die Beklagte nach

der Meinung des Berufungsgerichts verpflichtet haben soll. Die Ausführungen unter II der Entscheidungsgründe sprechen für eine Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß 12.500,-- DM aus den bei der Stadtschaft bereits gezeichneten 7 c-Geldern gewährt wurden. Der Umstand, daß das Berufungsgericht unter III der Entscheidungsgründe untersucht, ob die Beklagte es schuldhaft versäumt habe, dem Kläger auf einem anderen Wege 7 c-Geld zur Verfügung zu stellen, könnte hiergegen für die Annahme einer Verpflichtung der Beklagten sprechen, dem Kläger die 12.500,-- DM unter Ausnutzung der Steuervergünstigung des § 7 c EStG zu verschaffen, ohne daß es gerade darauf ankäme, daß der Kläger das Geld aus den damals schon an die Stadtschaft gezahlten Mitteln erhalte. Vollends unklar wird der vom Berufungsgericht angenommene Inhalt der Verpflichtung dadurch, daß unter IV der Entscheidungsgründe ausgeführt wird, die Zahlung aus den an die Stadtschaft gegebenen 7 c-Geldern sei nicht Vertragsinhalt, sondern nur Geschäftsgrundlage gewesen. Diese Beurteilung kann nicht zutreffen. Wenn weder eine Pflicht zur Zahlung schlechthin noch eine solche zur Gewährung von 7 c-Mitteln Vertragsinhalt geworden wäre, so bestände überhaupt keine Verpflichtung der Beklagten, was das Berufungsgericht sicher nicht hat annehmen wollen. Wenn die Zahlung aus den 7 c-Mitteln nur Geschäftsgrundlage - nicht auch Vertragsinhalt - gewesen sein soll, so könnte das nur Sinn haben bei einer Vereinbarung, durch die die Beklagte an sich eine Verpflichtung ohne diese Einschränkung übernommen hätte. Die Übernahme einer solchen Verpflichtung verneint aber das Berufungsgericht. Mit dieser Verneinung ist deshalb die Anwendung der Regeln über die Geschäftsgrundlage nicht vereinbar. Sie war nicht am Platze und, wie noch ausgeführt wird, auch nicht notwendig, um die Beziehungen der Parteien sachgemäß abzuwickeln.

III. Nach den vorstehenden Ausführungen muß davon au

gegangen werden, daß die Beklagte sich eingeschränkt verpflichtet hat, sei es, daß dem Kläger der Betrag von 12.500,— DM aus den von der Beklagten bereits hergegebenen 7 c-Mitteln oder aber aus anderen, von ihr noch zur Verfügung zu stellenden 7 c-Mitteln verschafft werden sollte. Dem Berufungsgericht, dessen Urteil aufgehoben werden muß, wird bei der neuen Verhandlung und Feststellung obliegen, welches der genaue Inhalt der Verpflichtung war.

An die Feststellung des Inhalts der übernommenen Verpflichtung muß sich die Prüfung schließen, ob die Erfüllung der Verpflichtung noch möglich oder ob sie, zumal der Bau des Klägers längst fertiggestellt ist, unmöglich geworden ist. In dem letzten Falle ist zu prüfen, ob die Beklagte die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Wenn die übernommene Verpflichtung erfüllbar ist, kann die Beklagte nicht von der Leistungspflicht befreit sein; ist die Erfüllung zwar unmöglich geworden, aber aus einem Grunde, den die Beklagte zu vertreten hat, muß sie Schadensersatz leisten.

Dabei ist folgendes zu beachten: Zahlung aus den von der Beklagten schon gezeichneten 7 c-Mitteln ist daran gescheitert, daß auch der Kläger demselben Organ der staatlichen Wohnungspolitik (der Heimstätte) 7 c-Mittel gegeben hatte. Die Heimstätte und die Oberfinanzdirektion haben es als unzulässig angesehen, dem Kläger das von der Beklagten gegebene 7 c-Geld zuzuführen, weil die Heimstätte mit der Auszahlung an den Kläger eine Rückzahlung aus 7 c-Mitteln auf die vorher vom Kläger gegebenen 7 c-Gelder vornehmen und der Kläger im Ergebnis insoweit seine 7 c-Gelder im eigenen Bauvorhaben investieren würde.

Mit der Weigerung der Heimstätte allein war die Erfüllung aber noch nicht unmöglich geworden. Das Hindernis für die Auszahlung bestand nur darin, daß beide Parteien 7 c-Gelder an dasselbe Organ der staatlichen Wohnungspolitik gezahlt hatten. Hätte die Beklagte an ein anderes Organ der staatlichen Wohnungspolitik gezahlt, so hätte der Auszahlung an den Kläger nichts im Wege gestanden. Das sagt die im Rechtsstreit eingeholte Auskunft der Oberfinanzdirektion ausdrücklich und das nimmt auch das Berufungsgericht an (S. 10 d. BU). Eine Unmöglichkeit der Erfüllung aus steuerrechtlichen Gründen lag demnach damals nicht vor. Das Berufungsgericht glaubt, auf die Möglichkeit, 7 c-Geld über ein anderes Organ der staatlichen Wohnungspolitik zu geben, komme es nicht an, weil die Beklagte diese Möglichkeit nicht gekannt habe und es Sache des Klägers, der diesen Weg freilich der Feststellung des Berufungsgerichts zufolge auch nicht kannte, gewesen wäre, die Beklagte aufzuklären. Diese Ansicht trifft nicht zu. Eine Leistung, die der Schuldner - objektiv - zu erbringen vermag, wird nicht dadurch unmöglich, daß der Schuldner die Erfüllungsmöglichkeit nicht kennt. Ist sie inzwischen unmöglich geworden, ist zu prüfen, ob die Beklagte das zu vertreten hat. Gegenüber den Ausführungen des Berufungsgerichts ist hervorzuheben, daß es Sache des Schuldners ist, alles in seinem Vermögen Stehende zu tun, um seiner Leistungspflicht nachzukommen; es obliegt ihm daher auch, den für die Erfüllung möglichen Weg zu erkunden. Im vorliegenden Falle mußte die Beklagte sich erst recht in dieser Richtung bemühen, weil der Kläger ihre 4 Mieter längst untergebracht, die Beklagte also die Gegenleistung des Klägers bereits voll erhalten hatte. Sie hat aber, obschon sie sich nach § 282 BGB entlasten mußte, nichts dafür vorgetragen, daß sie nach der Absage der Heimstätte die Erfüllung versucht hätte. Eine Erkun-

digung bei der Oberfinanzdirektion darüber, ob der mit dem Vertrag erstrebte Erfolg auf anderem Wege erreicht werden konnte, wäre ihr anzusinnen gewesen. Es spricht alles dafür, daß sie auf eine solche Erkundigung hin die Auskunft über die Möglichkeit, ein anderes Organ der staatlichen Wohnungspolitik einzuschalten, welche die Oberfinanzdirektion im Rechtsstreit erteilt hat, auch schon 1954 erhalten haben würde. Das Berufungsgericht legt zuviel Gewicht auf den Umstand, daß der vorgesehene Zahlungsweg nicht gangbar war, weil der Kläger selbst 7 c-Gelder an die Heimstätte gegeben hatte. Dieser Umstand mag nicht ohne Bedeutung sein und zu der Erwägung berechtigen, ob den Kläger etwa ein Mitverschulden trifft, weil er seinerseits einen anderen Weg nicht erkundet hat. Er kann aber nicht die völlige Untätigkeit der Beklagten entschuldigen, deren Sache die Erkundung in erster Linie war. Es liegt nicht fern, daß die Beklagte keineswegs untätig geblieben wäre, wenn der Kläger nicht schon vorgeleistet gehabt hätte.

Streitig ist noch, ob der Zahlungsweg über ein anderes Organ der staatlichen Wohnungspolitik aus tatsächlichen Gründen nicht gangbar gewesen wäre, weil, wie die Beklagte behauptet, kein anderes Organ sich gefunden hätte, das für den Bau des Klägers bestimmten 7 c-Gelder der Beklagten entgegengenommen hätte. Das Berufungsgericht durfte diese Frage nicht offenlassen. Wenn sie nicht zu klären ist, geht die Unklarheit zu Lasten der Beklagten (vgl. Palandt BGB § 275 Anm. 8). Es bleibt zu prüfen, ob die Beklagte bei der Einschaltung eines anderen Organs nicht hätte erreichen können, daß diesem Organ 12.500,-- DM aus den schon bei der Stadtschaft eingezahlten Geldern zur Verfügung gestellt wurden, daß also die Beklagte keine neuen 7 c-Gelder zu geben brauchte. Für diese An-

nahme spricht, daß die Stadtschaft sich in dem Brief vom 20. September 1954 bereit erklärt hat, der Beklagten bei Zustimmung der Heimstätte 12.500,--- DM zurückzugeben, damit sie ihren Verpflichtungen gegenüber dem Kläger nachkommen könne.

IV. Wenn sich nach den vom Berufungsgericht noch zu treffenden Feststellungen ergibt, daß die Beklagte nicht durch unverschuldete Unmöglichkeit befreit worden ist, muß sie Schadensersatz leisten (§ 325 BGB). Andernfalls sind, da auch der Kläger die Unmöglichkeit nicht verschuldet hat (vgl. auch S. 13 unten des BÜ), die Rechtsbeziehungen der Parteien nach § 323 BGB zu beurteilen.

V. Bei seiner neuen Entscheidung möge das Oberlandesgericht berücksichtigen, daß das Urteil des Landgerichts nicht, wie im Tenor des Berufungsurteils angegeben, am 25. November 1955, sondern am 2. Dezember 1955 verkündet worden ist (vgl. Bl. 60 - 62 der Akten).

Glanzmann

Scheffler

Rietschel

Erbel

Meyer