

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

KO § 65

§ 65 KO ist auch auf absonderungsberechtigte Forderungen anzuwenden (Abweichung von RGZ 86, 247, 249 - 250; 93, 209, 212 - 213).

BGH, Urt. v. 10. Dezember 1959 - VII ZR 210/58 -- OLG Stuttgart

VII. ZR 210/58

Verkündet
am 10. Dezember 1959
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Robert B. & Söhne, Offene Handelsgesellschaft,
St. -O, E. -straße, vertreten durch den Gesellschaf-
ter Udo B.,

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Hellmuth J., als Verwalter im Kon-
kurse über das Vermögen der D. T. -W. -GmbH.,
St. -W, R. -straße,

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 10. Dezember 1959 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Dr. Winkelmann, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart
vom 18. November 1958 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter der D[REDACTED] Treuhand-W[REDACTED]-GmbH in St[REDACTED] (Treuhand).

Im Frühjahr 1953 nahmen die Treuhand und die Beklagte in Aussicht, daß die Beklagte im Endergebnis eine Eigentumswohnung in dem von der Treuhand auf deren Grundstück St[REDACTED]-[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED] zu errichtenden Hause käuflich erwerben sollte. Der Gesellschafter Udo B[REDACTED] der Beklagten wollte die Wohnung alsbald nach ihrer Fertigstellung beziehen, und die Treuhand wollte über den von der Beklagten zu zahlenden Betrag schon 1953 verfügen. Die Beklagte beabsichtigte, für diesen Geldbetrag die Steuervergünstigung des § 7 c des damaligen Einkommensteuergesetzes auszunutzen.

Um diese verschiedenen Ziele miteinander in Einklang zu bringen, vereinbarte die Treuhand mit der Beklagten und mit Udo B[REDACTED] folgendes:

1) Die Treuhand machte der Beklagten ein notarielles Vertragsangebot vom 28. April 1953 zum Abschluß eines Vorvertrages zu einem Vertrag, durch welchen die Treuhand der Beklagten das Wohnungseigentum an der oben genannten Wohnung verkaufen sollte. In dem Angebot heißt es:

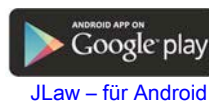
"Die Bezahlung des Kaufpreises erfolgt durch Aufrechnung mit dem Darlehen, das die Firma B[REDACTED] der Treuhand am 29. April 1953 gewährt, und mit dem Betrag, den die Firma B[REDACTED] zur Vollfinanzierung der Wohnung noch leisten wird.

Die Treuhand verpflichtet sich, nach Fertigstellung der Wohnung für die Firma B[REDACTED] eine Vormerkung zur Sicherung der Übertragung des oben genannten Wohnungseigentums im Grundbuch eintragen zu lassen, ...

Die Annahme dieses Angebots kann von der Firma B[REDACTED] frühestens am 1. Mai 1963 und spätestens am 30. April 1964 erklärt werden."



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2) Die Beklagte zahlte der Treuhand am 29. April 1953 30.000 DM, und zwar nach dem darüber abgeschlossenen schriftlichen Darlehensvertrag als unverzinsliches Darlehen für Zwecke des Wohnungsbaus. In dem Vertrag heißt es weiter:

"Die Kündigung des Darlehens ist seitens der Darlehensgeberin vorbehaltlich etwaiger zu vereinbarenden Aufrechnungsansprüche bis zum 1.5.1963 ausgeschlossen."

3) Die Treuhand schloß am gleichen Tage mit Udo B. einen formularmäßigen Mietvertrag, wonach sie an ihn die oben genannte Wohnung ab Fertigstellung des Hauses bis zum 30. April 1963 vermietete gegen eine Monatsmiete von 250 DM, zahlbar monatlich im voraus und aufrechenbar, "soweit dies vertraglich vereinbart ist".

4) In dem Begleitschreiben vom 29. April 1953, mit welchem die Treuhand der Beklagten die drei vorgenannten Urkunden übersandte, bestätigte sie der Beklagten weitere vertragliche Abreden, wie folgt:

"Wir haben mit Ihnen einen Mietvertrag gemäß Anlage geschlossen. Die Miete ist für die gesamte Dauer der Mietzeit zahlungsfällig. Effektiv ist eine Miete vom Bezug der Wohnung bis zur Annahme des Angebots bezüglich des Wohnungseigentums nicht abzuführen unter der Voraussetzung, daß Sie die Wohnung bis Fertigstellung vollfinanzieren, ...

Wegen der Rückzahlung des unverzinslichen Darlehens haben wir in Aussicht genommen, daß Sie nach Ablauf von 10 Jahren bezüglich der gemieteten Wohnung die Einräumung des Wohnungseigentums verlangen können. Ob Sie von diesem Angebot Gebrauch machen, steht in Ihrem freien Belieben. Nehmen Sie das Angebot an, dann ist allerdings der gewährte Darlehensbetrag zur Rückzahlung fällig und muß versteuert werden Bei der Rückzahlung wird Ihr Anspruch mit unserem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für das Wohnungseigentum verrechnet.

Ihre Sicherung erfolgt durch Eintragung einer Vormerkung für das Wohnungseigentum auf Ihre Wohnung im Grundbuch nach Fertigstellung des Baues gemäß dem anliegenden Vertragsangebot der Treuhand. Bis zur Eintragung dieser Vormerkung wird Ihnen eine Eigentümergrundschuld der Treuhand abgetreten, die bei Eintragung der Vormerkung zurückzugeben ist."

5) In einem weiteren Schreiben vom selben Tage bestätigte die Treuhand der Beklagten noch folgende zusätzliche Vereinbarung:

"Wird das Angebot von Ihnen bis zum 30.4.1964 nicht angenommen, so ist die Treuhand berechtigt, die Wohnung ihrerseits zu veräußern. Sie verpflichten sich, die Wohnung am 1.5.1964 zu räumen. Das Ihnen (muß heißen: von Ihnen) gewährte Darlehen wird alsdann in der Höhe des für die Wohn- u. Nebenräume erzielten Erlöses zurückgezahlt, während der Rest des Darlehens als mit den Ansprüchen der Treuhand aus dem Mietverhältnis verrechnet und getilgt gilt."

Am 24. Juli 1953 trat die Treuhand der Beklagten eine Grundschuld von 30.000 DM auf dem Grundstück H[REDACTED]str. ■ ab.

Am 23. Dezember 1953 gewährte die Beklagte der Treuhand ein weiteres 7 c-Darlehen von 19.500 DM "unter gleichen Bedingungen wie das bereits am 29.4.1953 über 30.000 DM gegebene". Am 29. Dezember 1953 bewilligte die Treuhand der Beklagten eine "zahlungsfällige" Briefgrundschuld in Höhe von 19.500 DM auf dem gleichen Grundstück.

Am 15. Juli 1954 bezog Udo B[REDACTED] die Wohnung im Hause H[REDACTED]straße ■.

Auf entsprechende Anträge der Beklagten erteilte das Wohnungsamt - Preisbehörde - der Stadt St[REDACTED] der Beklagten mit Schreiben vom 19. Juli 1954 eine Bescheinigung zur Erlangung von Steuervergünstigung gemäß § 7 c des Einkommen-

steuergesetzes für 7 mal 7.000 DM Darlehen der Beklagten an die Treuhand für sieben Wohnungen in den Häusern der Treuhand, St[REDACTED]-G[REDACTED], Ste[REDACTED]straße [REDACTED] und [REDACTED].

Am 21. Dezember 1954 fiel die Treuhand in Konkurs, ohne daß es zur Bestellung einer Auflassungsvormerkung zu Gunsten der Beklagten gekommen war.

Am 14. Dezember 1956 schloß der Kläger (Konkursverwalter der Treuhand) mit der Beklagten und mit Udo B[REDACTED] zur einstweiligen Bereinigung entstandener Meinungsverschiedenheiten einen Vertrag. Darin verzichteten die Beklagte und Udo B[REDACTED] auf alle Rechte bezüglich der Wohnung H[REDACTED]straße [REDACTED] und verpflichteten sich zu deren Räumung bis zum 30. April 1957. Die Beklagte hatte die ihr von der Treuhand abgetretenen Grundschulden auf den Kläger zu übertragen. Der Kläger verpflichtete sich, am 2. Januar 1957 an die Beklagte und an Udo B[REDACTED] gemeinsam 50.000 DM zu zahlen, jedoch unter Vorbehalt der Rückforderung, die er unter anderem damit begründete, daß von dem Darlehnsbetrag gemäß § 65 Abs. 2 KO der Zwischenzins abzuziehen sei.

Dieses Abkommen wurde von beiden Teilen erfüllt.

Der Kläger verkaufte später die Wohnung anderweitig für 70.000 DM.

Der Kläger behauptet, nach § 65 Abs. 2 KO habe die Beklagte die Rückzahlung der von ihr an die Treuhand geleisteten 49.500 DM nur verlangen können vermindert um 5 % Zwischenzins für die Zeit seit der Konkurseröffnung bis zum 1. Mai 1963. Er fordert den nach seiner Ansicht demnach von ihm an die Beklagte zuviel gezahlten Betrag von 50.000 DM - 34.940 DM =

15.060 DM nebst 5 % Zinsen seit 2. Januar 1957 von der Beklagten als ungerechtfertigte Bereicherung zurück und hat einen entsprechenden Antrag gestellt.

In der Berufungsinstanz hat sich der Kläger in erster Linie auf den Standpunkt gestellt, alle Vereinbarungen zwischen der Treuhand und der Beklagten sowie Udo B. seien nichtig. Er (Kläger) könne daher die von ihm gezahlten 50.000 DM in vollem Umfange zurückfordern. Die eingeklagte Summe stelle davon nur einen Teilbetrag dar.

Hilfsweise hat der Kläger die Klagebegründung des ersten Rechtszuges aufrecht erhalten.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hält die Verträge für gültig. Den § 65 Abs. 2 KO hält sie hier nicht für anwendbar, weil die ihr abgetretenen Grundschulden sofort fällig gewesen seien, und ihr ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährt hätten. Hilfsweise meint sie, es dürfe bei der Berechnung der Zwischenzinsen allenfalls ein Zinsfuß von nur 4 % zu Grunde gelegt werden, da ihre Verträge mit der Treuhand keine beiderseitigen Handelsgeschäfte gewesen seien.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage gegen die Beklagte abgewiesen; über eine vom Kläger im gleichen Rechtsstreit gegen Udo B. geltend gemachte Forderung hat es noch nicht entschieden.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Klägers gegen die Beklagte nach dem oben genannten Klageantrag erkannt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger meint, die Vereinbarungen der Treuhand mit der Beklagten und mit Udo Ba[REDACTED] von April/Juli 1953 seien nichtig. Das trifft aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu.

1) a) Der Kläger hat in der Berufungsinstantz ausgeführt, die im Jahre 1953 getroffenen Abreden seien nur zum Schein erfolgt (§ 116 BGB); in Wahrheit hätten die Parteien schon damals einen Kaufvertrag über den sofortigen Erwerb einer Eigentumswohnung im Hause H[REDACTED]straße [REDACTED] durch die Beklagte abschließen wollen; dieser sei jedoch mangels der gesetzlichen Form nichtig gewesen (§§ 125, 313 BGB, § 4 Abs. 2 des Wohnungseigentumsgesetzes).

b) Die Gründe des Berufungsurteils. lassen nicht klar erkennen, ob das Berufungsgericht das Vorliegen eines Scheingeschäfts verneint oder ob es diese Frage offengelassen hat.

c) Die vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen lassen aber nur den Schluß zu, daß die Beteiligten die Vereinbarungen, wie sie sich aus den oben im Tatbestand wiedergegebenen Urkunden ergeben, ernstlich gewollt und nicht nur zum Schein getroffen haben.

Die Beteiligten planten damals zwar, daß im Endergebnis die Beklagte von der Treuhand eine Eigentumswohnung käuflich erwerben sollte. Da sie aber zugleich den Steuervorteil des § 7 c des Einkommensteuergesetzes wahrnehmen wollten, und da sie wußten, daß bei Zahlung eines Kaufpreises

für eine Eigentumswohnung ein solcher Steuervorteil nicht zu erlangen war, sahen sie bewußt und ernstlich vom Abschluß eines Kaufvertrages über die Eigentumswohnung zunächst ab, nahmen einen solchen Kauf vielmehr erst für zehn Jahre später in Aussicht und vereinbarten für die Zwischenzeit einen Mietvertrag über die Wohnung gekoppelt mit Darlehen von je 7.000 DM für sieben Wohnungen in einem anderen Hause der Treuhand.

Wenn die Beteiligten dabei ihre Vereinbarungen so gestalteten, daß im Rahmen des Möglichen die Rechtslage der bei einem sofortigen Kauf der Eigentumswohnung bestehenden angenähert wurde, so liegt darin noch kein Scheingeschäft.

Tatsächlich war die Rechtslage nach den von den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auch wesentlich anders als bei einem sofortigen Kauf der Eigentumswohnung. Die Treuhand hatte sich zwar durch notarielles Angebot bereits gebunden; der Beklagten stand es aber frei, das Angebot abzulehnen.

Die Beteiligten haben im Interesse der Erlangung von Steuervorteilen diese andersartigen Rechtsfolgen der von ihnen getroffenen Regelung bewußt in Kauf genommen. Von einem Scheingeschäft kann bei dieser Sachlage keine Rede sein.

2) a) In der Revisionsinstanz begründet der Kläger die Nichtigkeit der Vereinbarungen aus dem Jahre 1953 damit, daß die Beteiligten hierdurch eine Steuerhinterziehung bezweckt hätten. Er meint, die Abreden verstießen aus diesem Grunde gegen das Gesetz und die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB).

b) Ob die Beklagte oder ihre Gesellschafter bei der Vertragsausgestaltung, wie sie die Beteiligten vorgenommen haben, Anspruch auf Steuervorteile gemäß § 7 c des Einkommen-

steuergesetzes für die von der Beklagten an die Treuhand gezahlten 49.500 DM hatten oder ob dem die §§ 5 und 6 des Steueranpassungsgesetzes entgegenstanden, hat das Berufungsgericht dahingestellt gelassen. Es brauchte diese Frage auch nicht zu entscheiden.

Eine bei den Abreden der Beteiligten etwa mitsprechende Steuerhinterziehungsabsicht hätte nämlich nur dann eine Nichtigkeit des Vertrages wegen Gesetzes- oder Sittenverstosses herbeigeführt, wenn die geplante Steuerhinterziehung der alleinige oder der Hauptzweck des abgeschlossenen Vertrages gewesen wäre (BGHZ 14, 25, 31). Das ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier jedoch nicht der Fall.

c) Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob, wie die Revision meint, das Vorgehen der Beteiligten steuerrechtlich unbedenklich war. Denn das Berufungsgericht hat aus seinen nur beiläufig geäußerten steuerrechtlichen Bedenken keine zivilrechtlichen Folgerungen im Sinne einer Nichtigkeit der Vereinbarungen wegen Gesetzes- oder Sittenverstosses gezogen.

II.

1) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Beklagte wegen ihrer Darlehensforderungen ein Absonderungsrecht auf Grund der ihr von der Treuhand zur Sicherung abgetretenen Grundschulden und hat sie auf dieses Absonderungsrecht auch nicht verzichtet.

Das Berufungsgericht geht nun davon aus, daß § 65 KO auch auf absonderungsberechtigte Forderungen anwendbar sei. Es folgt damit der Auffassung von Jaeger/Lent, KO 8. Aufl. § 65 Anm. 4; Böhle-Stamschräder KO 4. Aufl. § 65 Anm. 3;

Bley VglO 2. Aufl. § 30 Anm. 6; OLG Königsberg LZ 1914, 1142; Pagenstecher ZAkadDR 1936, 645 Anm. 23, setzt sich aber in Widerspruch zum Reichsgericht (RGZ 86, 247, 249 - 250; 93, 209, 212 - 213) und zu einem Teil des Schrifttums (Mentzel/Kuhn KO 6. Aufl. § 65 Anm. 1; Carstens JW 1916, 824).

2) Das Reichsgericht stützt sich darauf, daß nach der Konkursordnung die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt (§ 4 Abs. 2 KO). Es weist darauf hin, daß § 65 KO nicht im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen und zum Gesamtschuldner gilt (vgl. RGZ 3, 356). Es beruft sich ferner auf die Entstehungsgeschichte der Konkursordnung.

3) Die Begründung des Reichsgerichts ist nicht zwingend. Aus dem Gesetzestext des § 65 KO läßt sich nicht entnehmen, daß die Vorschrift für absonderungsberechtigte Forderungen nicht gelten solle. Es trifft auch nicht zu, daß der Gläubiger einer absonderungsberechtigten Forderung nach der in der Konkursordnung getroffenen Regelung völlig aus dem Konkursverfahren ausgeschieden sei. Nach § 64 KO kann er seine Forderung insoweit zur Konkursmasse geltend machen, als er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist. Der Fall, daß für die Forderung ein Bürge oder ein Gesamtschuldner mithaftet, liegt anders als der, daß für die Forderung ein Absonderungsrecht besteht.

4) Entscheidend ist, daß die Auffassung des Reichsgerichts zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann, wie auch Vertreter von dessen Auffassung zugeben (vgl. Mentzel/Kuhn und Carstens aaO).

a) Nach der in der Konkursordnung getroffenen Regelung kann eine absonderungsberechtigte Forderung, wenn deren Ausfall noch nicht feststeht, zwar zur Konkurstabelle angemeldet werden; es können bei Abschlagsverteilungen auch Beträge für

einen glaubhaft gemachten mutmaßlichen Ausfall zurückbehalten werden, bei der Schlußverteilung muß der Ausfall aber endgültig feststehen, andernfalls wird die Forderung nicht berücksichtigt (§§ 153 ff, 168 Nr. 3 KO).

b) Bei absonderungsberechtigten Forderungen, die erst erhebliche Zeit nach der Konkurseröffnung fällig werden, wie das z. B. bei nachrangigen Hypotheken nicht selten der Fall ist, besteht somit für den Gläubiger die Gefahr, daß der Konkurs vor Fälligkeit seiner Forderung abgewickelt ist. Dann ist der Gläubiger nicht in der Lage, einen Ausfall nachzuweisen, da er vor Fälligkeit der Forderung sein Absonderungsrecht nicht verwerten kann.

Er gerät dann in die Zwangslage, entweder auf sein Absonderungsrecht verzichten zu müssen, um gemäß § 64 KO am Konkurs teilnehmen zu können, oder aber einen etwaigen Ausfall bei der späteren Verwertung seines Absonderungsrechts in Kauf zu nehmen. Angesichts der Ungewißheit über das Ergebnis einer späteren Verfolgung des Absonderungsrechts wird der Gläubiger häufig nicht zuverlässig überblicken können, ob ihm ein Ausfall droht, und welche der beiden vorgenannten Möglichkeiten in solchem Falle für ihn die günstigere ist.

c) Ob der Gläubiger mit seinem Ausfall nach Verwertung des Absonderungsrechts im Konkursverfahren zum Zuge kommt oder nicht, hängt nach der Auffassung des Reichsgerichts von dem zufälligen Umstand ab, ob das Konkursverfahren sich bis zur Fälligkeit der Forderung hinzieht oder schon vorher abgeschlossen wird. Das ist unbefriedigend.

d) Das Konkursverfahren ist auf eine schnelle Bereinigung der gesamten Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners gerichtet; dieses Ziel ist erschwert, wenn die absonderungsberechtigten Forderungen gegen den Gemeinschuldner nicht auch mit der Konkurseröffnung fällig werden.

5) Es ist daher entgegen der Auffassung des Reichsgerichts davon auszugehen, daß § 65 KO auch für solche Forderungen gilt, für die ein Absonderungsrecht besteht. Diese Auffassung führt zu befriedigenden Ergebnissen.

a) Der absonderungsberechtigte Gläubiger hat durch die alsbaldige Fälligkeit die oben geschilderten Vorteile. Daß er bei unverzinslichen betagten Forderungen sich den Zinsabzug nach § 65 Abs. 2 KO gefallen lassen muß, bewirkt lediglich, daß er infolge der vorzeitigen Fälligkeit keinen ungerechtfertigten Vorteil hat. Dieser Zinsabzug trifft ihn aber nicht unbillig; denn es steht ihm frei, das ihm früher als vereinbart zufließende Geld alsbald verzinslich anzulegen.

b) Der Gemeinschuldner ist durch die frühere Fälligkeit nicht beschwert. Bei verzinslichen Forderungen wird er von der Zinspflicht für die Zukunft frei, bei unverzinslichen erlangt er den Abzug des Zwischenzinses gemäß § 65 Abs. 2 KO. Sein wirtschaftlicher Zusammenbruch ist durch den Konkurs ohnehin besiegelt.

c) Die anderen Konkursgläubiger haben keinen Anspruch darauf, daß dem Absonderungsberechtigten die Möglichkeit abgeschnitten wird, sich wegen seines Ausfalls an der Konkursmasse zu beteiligen. § 64 KO sieht das Gegenteil ausdrücklich vor.

6) Das Berufungsgericht hat daher hier den § 65 Abs. 2 KO mit Recht auf eine absonderungsberechtigte Forderung angewandt.

III.

1) Die Revision trägt vor: Die Grundschulden hätten nicht nur die Darlehen der Beklagten an die Treuhand sichern, sondern auch eine Vorsicherung der Rechte der Beklagten aus dem nota-

riellen Vertragsangebot der Treuhand bis zur Eintragung einer Auflassungsformerkung darstellen sollen. Das Berufungsgericht habe einen dahingehenden Beweisantrag der Beklagten übergangen. Die Vereinbarungen aus 1953 stellten in ihrer Gesamtheit einen beiderseits noch nicht voll erfüllten Vertrag dar, dessen Erfüllung der Kläger nach § 17 KO abgelehnt habe. Daraus erwachse der Beklagten eine Schadensersatzforderung in Höhe des vom Kläger in Abzug gebrachten Zwischenzinses. Auch zur Sicherung dieser Schadensersatzforderung hätten die ihr abgetretenen Grundschulden dienen sollen. Auch wegen dieser Schadensersatzforderung habe sie daher ein Absonderungsrecht auf Grund der Grundschulden gehabt.

Die Rüge ist nicht begründet. Eine auf Vertragsablehnung des Klägers nach § 17 KO begründete Schadensersatzforderung hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht geltend gemacht. Es ist auch nicht ersichtlich, wieso die Beklagte durch den vom Kläger begehrten Abzug von Zwischenzinsen einen Schaden erlitte. Der Abzug der Zwischenzinsen verhindert lediglich, daß die Beklagte aus der sofortigen Fälligkeit der Forderung ungerechtfertigten Vorteil zieht. Denn wenn sie Geld, das sie zinslos für längere Zeit weggegeben hatte, vorzeitig zurückerhält, hat sie einen Vorteil daraus, daß sie das Geld jetzt früher als sonst verzinslich anlegen kann. § 65 Abs. 2 KO will gerade verhindern, daß der Gläubiger aus der in § 65 Abs. 1 KO angeordneten sofortigen Fälligkeit bei unverzinslichen Forderungen ungerechtfertigten Vorteil zieht. Daß das Gesetz ihm diesen Vorteil, auf den er keinen Anspruch hat, nicht zukommen läßt, bedeutet für ihn noch keinen Schaden.

2) Die Beklagte hatte im Schriftsatz vom 18. Juni 1958 Beweis angetreten für folgende von ihr darin neu aufgestellte Behauptungen:

Sie habe entgegen dem Wortlaut des notariellen Angebots vom 28. April 1952 vereinbarungsgemäß die Befugnis gehabt, ab Fertigstellung des Hauses, also schon vor dem 1. Mai 1963, das Angebot vom 28. April 1953 anzunehmen, das Eigentum an der Wohnung zu erwerben und ihre Darlehen dann gegen den Kaufpreis zu verrechnen. Sie habe beabsichtigt, das alsbald nach Fertigstellung der Wohnung zu tun, und habe dann auch die Darlehensbeträge nachversteuern wollen.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht diese Behauptungen nicht berücksichtigt und die dafür angetretenen Beweise nicht erhoben habe.

Die Rüge geht fehl. Das Berufungsgericht brauchte die Beweise nicht zu erheben, weil es das Vorbringen der Beklagten mit Recht für unerheblich gehalten hat. Daher kann auf sich beruhen, ob es mit dem tatsächlichen Ablauf der Dinge überhaupt vereinbar ist; denn die Beklagte hat von ihrem angeblichen Recht auf alsbaldigen Eigentumserwerb trotz der von ihr behaupteten dahingehenden Absicht tatsächlich bis zur Konkurseröffnung keinen Gebrauch gemacht.

a) Die Revision meint anscheinend, die Forderung der Beklagten sei bei der von ihr behaupteten Sachlage im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht betagt gewesen. Das trifft nicht zu. Auch wenn die Beklagte schon vor dem 1. Mai 1963 berechtigt gewesen sein sollte, das Angebot vom 28. April 1953 anzunehmen und ihre Darlehen gegen den Kaufpreis zu verrechnen, so hing der Eintritt der Fälligkeit ihrer Darlehensforderungen doch von ihrer Willenserklärung ab, daß sie von der ihr angeblich eingeräumten Befugnis vorzeitigen Erwerbs und vorzeitiger Verrechnung entgegen dem Wortlaut der Urkunden Gebrauch mache. Sie hat eine derartige Erklärung bis zur Konkurseröffnung nicht abgegeben. Solange sie diese Erklärung aber nicht abgab, blieb die Darlehensforderung betagt.

b) Es liegt hier auch keine Forderung mit unbestimmter Fälligkeit vor. Darunter fallen z. B. Forderungen, die auf den Todesfall einer Person fällig gestellt sind. In solchen Fällen ist § 65 Abs. 2 KO nicht anzuwenden; vielmehr ist der Wert der Forderung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nach § 69 KO zu schätzen (Jaeger/Lent KO 8. Aufl. § 65; 7, § 69, 2 b; Mentzel/Kuhn KO 6. Aufl. § 69, 3 b; Böhle-Stamschräder KO 5. Aufl. § 69, 3 b; RGZ 87, 82, 85).

Im vorliegenden Fall wurde die Forderung normalerweise frühestens am 1. Mai 1963 fällig. Damit war sie in bestimmter Weise bis dahin betagt. Der Kläger verlangt den Abzug des Zwischenzinses auch nur bis zu diesem Zeitpunkt. Daß die Beklagte nach dem notariellen Vertragsangebot vom 28. April 1953 befugt war, die Vertragsannahme auch noch später, nämlich bis zum 30. April 1964, zu erklären, schließt die Anwendbarkeit von § 65 Abs. 2 KO nicht aus.

Die Behauptung der Beklagten, sie habe schon vor dem 1. Mai 1963 die Vertragsannahme und Verrechnung erklären können, ist auch in diesem Zusammenhang unerheblich. Eine dahingehende Abrede der Vertragsparteien würde nicht dazu führen, daß die Fälligkeit unbestimmt wäre. Sie würde der schriftlich niedergelegten Bestimmung, daß die Fälligkeit frühestens am 1. Mai 1963 eintreten solle, nicht jede Bedeutung nehmen. Die Rechtslage wäre nicht die gleiche, wie wenn die Fälligkeit von den Parteien an eine jederzeit mögliche Kündigung der Beklagten geknüpft worden wäre.

Der Sinn der schriftlichen und mündlichen Abreden der Beteiligten in ihrer Gesamtheit, wie die Beklagte sie behauptet, und wie sie auf Grund der Unterstellung des Berufungsgerichts auch für die Revisionsinstanz als richtig zu unterstellen sind, geht vielmehr dahin, daß, solange die Beklagte keine auf vorzeitige Vertragsannahme und Verrechnung gerichtete

Willenserklärung abgab, es bei dem in den schriftlichen Abmachungen niedergelegten frühesten Fälligkeitstermin vom 1. Mai 1963 verblieb. Da die Beklagte bis zur Konkurseröffnung die Annahme des Vertragsangebots vom 28. April 1953 unstreitig nicht erklärt hat, ist der Vertrag nicht auf Grund der ihr angeblich eingeräumten Gestaltungsmöglichkeit dahin abgeändert worden, daß ihre Darlehensforderungen schon vor dem 1. Mai 1963 fällig werden sollten.

c) Alle Ausführungen der Revision darüber, wie die Rechtslage gewesen wäre, wenn die Beklagte die vorzeitige Annahme des Angebots vom 28. April 1953 vor Konkurseröffnung erklärt hätte, liegen daher neben der Sache. Daß möglicherweise in solchem Falle die Darlehen in voller Höhe gegen den Kaufpreis zu verrechnen gewesen wären, ändert nichts daran, daß im vorliegenden Fall § 65 Abs. 2 KO anzuwenden ist.

3) Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte im Wege ergänzender Vertragsauslegung ermitteln müssen, wie die Parteien ihre Rechtsbeziehungen für den in ihren Vereinbarungen nicht ausdrücklich berücksichtigten Fall des Konkurses der Treuhand geregelt haben würden. Die Revision wünscht eine ergänzende Vertragsauslegung dahin, daß die Darlehensforderungen der Beklagten bei einem Konkurs der Treuhand sofort hätten fällig sein sollen.

Es mag sein, daß eine solche Vertragsklausel für die Beklagte von Vorteil gewesen wäre, weil sie sie vor dem Abzug von Zwischenzinsen nach § 65 Abs. 2 KO bewahrt hätte. Deswegen besteht aber noch nicht die Möglichkeit, den Vertragsinhalt zu ändern. Die Frage der Fälligkeit ist in den Vereinbarungen der Parteien generell geregelt, ohne daß der Konkursfall der Treuhand ausgenommen wäre. Eine Lücke im Vertrage besteht daher insoweit nicht; ergänzende Vertragsauslegung ist

aber nur möglich, um Vertragslücken auszufüllen, sie ermächtigt den Richter nicht zu einer Änderung des Vertrags im Widerspruch zu einem im Verträge zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen (BGHZ 9, 273, 277 - 278).

4) Die Revision rügt Verletzung des § 157 BGB, weil das Berufungsgericht für den von den Parteien nicht vorausgesehenen Fall keine ergänzende Vertragsauslegung vorgenommen habe, daß die Beklagte die Eigentumswohnung nicht kaufte und ihr Vertragsgegner sie mit Gewinn anderweitig veräußerte.

Die Revision legt aber nicht dar, wieso das Berufungsgericht bei der von ihr gewünschten ergänzenden Vertragsauslegung zu einer früheren Fälligkeit der Forderung der Beklagten hätte gelangen können oder sollen. Der Fall einer Schadensersatzpflicht der Treuhand wegen Vertragsbruchs liegt hier nicht vor.

Daß bei einer anderweitigen Veräußerung der Eigentumswohnung mit Verlust nach den Vereinbarungen der Parteien nicht die Treuhand, sondern die Beklagte das Risiko zu tragen hatte, ist für die Frage der Fälligkeit ohne Bedeutung.

5) Die Revision nimmt an, das Darlehen sei jeden Monat jeweils mit dem Teilbetrag fällig geworden, der dem monatlichen Mietzins der Wohnung entsprochen habe. Der Darlehensbetrag hätte sich insoweit von Monat zu Monat von selbst gekürzt.

Diese Auffassung entspricht nicht dem, was das Berufungsurteil als Vertragsinhalt festgestellt hat. Denn wenn, wie das Berufungsgericht ausführt, die Parteien ihre verschiedenen Abreden bewußt getrennt halten wollten, um die erstrebte Steuerbegünstigung zu erreichen, so wollten sie eben keine

laufende Verrechnung der Mieten gegen die Darlehen; sondern Mietforderungen und Darlehensschulden der Treuhand sollten zunächst unverrechnet einander gegenüberstehen bleiben.

6) Für eine positive Vertragsverletzung der Treuhand bei Abfassung der Verträge und dafür, daß die Beklagte dem Kläger eine Einrede der Arglist entgegenhalten könnte, wie die Revision meint, fehlt jeder Anhaltspunkt.

7) Die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es einen Wegfall der Geschäftsgrundlage verneint, sind rechtsfehlerfrei.

Daß die Beklagte durch die vorzeitige Rückzahlung der 50.000,-- DM steuerlich Nachteile gehabt haben mag, unterstellt das Berufungsgericht, verneint aber dennoch einen Wegfall der Geschäftsgrundlage. Unter diesen Umständen brauchte es Einzelfeststellungen zu den behaupteten Steuernachteilen der Beklagten nicht zu treffen. Daher geht die Revisionsrüge fehl, es habe in diesem Zusammenhang § 139 ZPO verletzt.

8) Schließlich wendet sich die Revision gegen den vom Kläger und vom Berufungsgericht beim Berechnen der Zwischenzinsen angewendeten Zinsfuß von 5 %. Die Revision meint, da nach § 1 des Einkommensteuergesetzes nur natürliche Personen steuerpflichtig sind, habe es sich bei dem der Ersparnis der Einkommensteuer dienenden Geschäft für die Beklagte nicht um ein Handelsgeschäft gehandelt.

9) Die Rüge geht fehl. Die Beklagte ist als Handelsgesellschaft Kaufmann (§ 6 HGB). Nach § 344 Abs. 1 HGB gelten die von ihr vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehörig. Diese Vermutung ist nicht damit widerlegt, daß das Geschäft hier der Wohnungsbeschaffung

für einen Gesellschafter der Beklagten und der Erzielung von Steuervorteilen für ihn gedient hat.

IV.

Nach alledem war die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann Rietschel Dr. Winkelmann Erbel Dr. Vogt