

Verkündet am 9. Juni 1954
[REDACTED] Justizassistent
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Kauffrau Margarethe M [REDACTED] in D [REDACTED], B [REDACTED]-
strasse [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED],

gegen

den Bürovorsteher Jean H [REDACTED] in L [REDACTED], G [REDACTED]-
strasse [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED],

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Juni 1954 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar, Dr. Meyer,
Dr. Bode und Dr. Hauss für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 13. Februar 1953 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer des Grundstücks D [REDACTED], B [REDACTED]strasse [REDACTED]. Das im Kriege zerstörte Gebäude auf diesem Grundstück ist inzwischen bis einschliesslich des ersten Obergeschosses wieder aufgebaut worden. Keller und Erdgeschoss haben die Klägerin und ihr Sohn bereits in den Jahren 1947 und 1948 wiederhergestellt, während das erste Obergeschoss von dem Beklagten unter starker finanzieller Mithilfe der Klägerin im Jahre 1950 aufgebaut worden ist. Es wurde Mitte November 1950 bezugsfertig. Sämtliche Räume des Hauses werden von der Klägerin genutzt. Sie betreibt in ihnen ein Fahrrad-, Kinderwagen-, Ofen-, Herd- und Nähmaschinengeschäft und verwendet einen Teil der Räume des Obergeschosses zu Wohnzwecken. Die Beziehungen zwischen den Parteien sind durch Vertrag vom 24. Februar 1950 geregelt. Teil I dieses Vertrages enthält die allgemeinen Bedingungen für das Mietverhältnis hinsichtlich Keller und Erdgeschoss. In ihm ist bestimmt, dass der Mietvertrag rückwirkend am 1. Juli 1948 beginnen und bis zum 31. Dezember 1965 laufen soll. Der Mietzins, dessen Höhe von der Preisbehörde für Mieten und Pachten in D [REDACTED] festgestellt werden soll, ist in monatlichen Vorausraten zu bezahlen, Aufrechnungen sind ausgeschlossen. Hinsichtlich des Mietzinses für die Zeit bis zum 28. Februar 1950 ist mitgeteilt, dass die Klägerin bereits Akontozahlungen von insgesamt 1.300 DM geleistet hatte. Sie hat sich ausserdem verpflichtet, zur Bezahlung von Steuern, Abgaben und Zinsen eine weitere Akontozahlung von 2.700 DM bis zum 1. März 1950 zu leisten. Ferner hat die Klägerin die Verpflichtung übernommen, bis zur Festsetzung der endgültigen Mietzinshöhe durch die Preisbehörde monatliche Akontozahlungen von mindestens 500 DM,

erstmalig am 1. März 1950 für das Erdgeschoss und den Keller an den Beklagten zu leisten. Teil II des Vertrages regelt die Rückzahlung der von der Klägerin für den Aufbau des Hauses bis zum Erdgeschoss aufgewandten Kosten durch den Beklagten. In Teil III sind die Vereinbarungen über den Aufbau des ersten Obergeschosses und den Umbau des Erdgeschosses niedergelegt. Hiernach ist der Beklagte verpflichtet, die erste Etage des Hauses und den Umbau des Erdgeschosses bis spätestens 1. August 1950 fertigzustellen. Hinsichtlich der Vermietung des ersten Obergeschosses ist zwischen den Parteien ein Vorvertrag abgeschlossen worden, inhalts dessen sich der Beklagte verpflichtet hat, die erste Etage an die Klägerin spätestens ab 1. August 1950 zu den entsprechenden Bedingungen zu vermieten, wie sie für die übrigen Räume vereinbart sind, während die Klägerin die Anmietung der ersten Etage zugesagt hat. In Teil IV hat der Beklagte anerkannt, der Klägerin "als a conto Zahlung" auf ihre Aufwendungen für den Wiederaufbau von Keller und Erdgeschoss "einen Betrag von 30.000 DM sofort zu verschulden". Dieser Betrag sollte als Darlehen angesehen und ab 1. Juli 1948 mit 5 1/2 % verzinst werden. Zur Sicherung des Darlehens verpflichtete sich der Beklagte zur Eintragung einer Darlehenshypothek auf dem Grundstück B[redacted]strasse [redacted], die den Rang hinter einer Vorbelastung von etwa 68.000 RM erhalten sollte. Ferner verpflichtete sich der Beklagte, die der Hypothek im Range vorgehenden Belastungen zur Löschung zu bringen, falls und soweit diese sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen sollten, und für die Eintragung entsprechender Löschungsvormerkungen zu sorgen. Teil V enthält die Verpflichtung des Beklagten zur Abgabe der zur Eintragung der Hypothek und der Löschungsvormerkungen erforderlichen Erklärungen. Inhalt des Teils VI des Vertrages ist die



Verpflichtung der Klägerin, dem Beklagten für die Baukosten des ersten Obergeschosses und den Umbau des Erdgeschosses darlehensweise einen Vorschuss von 30.000 DM zu gewähren. Dieses Darlehen sollte ab Beginn der Errichtung der ersten Etage in Teilbeträgen entsprechend dem Fortschreiten des Baus zur Auszahlung gelangen. Für die Sicherung und Verzinsung des Darlehens sollten die in Teil IV vereinbarten Bedingungen mit der Massgabe gelten, dass die Verzinsung mit dem Tage der Auszahlung an den Beklagten zu beginnen hatte und die Darlehenshypothek den Rang unmittelbar hinter der in Teil IV vorgesehenen Hypothek erhielt. Teil VII regelt die Übernahme der Kosten des Vertrages und der Eintragung. In Teil VIII des Vertrages hat sich die Klägerin verpflichtet, sofort nach endgültiger Festsetzung des Mietzinses für Erdgeschoss und Keller durch die Preisbehörde den sich alsdann ergebenden Mietrückstand nach Vornahme der vereinbarten Verrechnung an den Beklagten zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Nachweis, dass die beiden Darlehenshypotheken von je 30.000 DM an der vereinbarten Rangstelle eingetragen sind oder jedenfalls deren Eintragung gesichert ist.

Der Beklagte hat die Eintragung der Darlehenshypotheken von je 30.000 DM am 6. und 14. März 1950 bewilligt. In beide Urkunden ist die Bestimmung aufgenommen worden, dass den Parteien gestattet ist, Zinsen gegen Miete und Miete gegen Zinsen aufzurechnen. Die Hypotheken sind unter Nr 12 und 13 am 27. März und 6. April 1950 in das Grundbuch eingetragen worden. Den Hypotheken gehen folgende Belastungen vor: Unter Nr 1 und 7 eingetragene Darlehenshypotheken von 35.000 RM und 14.000 GM, ferner unter Nr 9 eine am 14. Oktober 1948 eingetragene Grundschuld von 5.000 DM für den Beklagten, die von ihm bereits am

19. August 1948 an die Bank für D [REDACTED] abgetreten worden war, inzwischen jedoch nach seiner Behauptung wieder an ihn zurückabgetreten sein soll, und schliesslich unter Nr 11 ein am 18. November 1949 für die R [REDACTED] - W [REDACTED] B [REDACTED] kreditbank eingetragenes Abgeltungsdarlehen von 1.671,12 DM für eine umgestellte Darlehensforderung von ursprünglich 18.200 RM zur Abgeltung der Hauszinssteuer. Löschungsvormerkungen zu Gunsten der Klägerin sind nicht eingetragen worden. Die Hypothekenbriefe über die beiden Darlehenshypotheken von je 30.000 DM sind Mitte April 1950 von dem Grundbuchamt an den Sohn der Klägerin ausgehändigt worden. Die Klägerin hat am 14. März 1951 die Hypotheken an ihren Sohn abgetreten.

Den in Teil I des Vertrages erwähnten Betrag von 2.700 DM hat die Klägerin in Höhe von 1.800 DM am 23. März 1950 und in Höhe der restlichen 900 DM am 25. März 1950 an den Beklagten gezahlt. Die vorgesehenen Akontozahlungen auf die Miete für die Zeit seit dem 1. März 1950 hat die Klägerin nicht geleistet. Sie hat jedoch am 24. Mai 1950 einen Betrag von 1.945 DM an Rechtsanwalt K [REDACTED] in D [REDACTED], ihren damaligen Rechtsberater, übergeben, der ihn bei einer Bank auf Anderkonto eingezahlt hat.

Auf die Klage der Stadt D [REDACTED], die wegen rückständiger Grundbesitzabgaben in Höhe von 2.504,64 DM die Forderungen des Beklagten gegen die Klägerin aus dem Mietverhältnis hat pfänden und sich überweisen lassen, ist die Klägerin durch rechtskräftiges Urteil des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 21. März 1952 (5 U 275/51) zur Zahlung dieses Betrages verurteilt worden. Ferner ist die Klägerin durch rechtskräftiges Urteil des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom selben Tage (5 U 221/51) zur

Zahlung von 1.345,68 DM an den Architekten Dr. Kn[REDACTED], dem der Beklagte seine Mietforderung gegen die Klägerin in Höhe von 2.877,40 DM abgetreten hatte, verurteilt worden. Eine vom Beklagten gegen die Klägerin erhobene Räumungsklage, die auf Mietrückstände gestützt war, ist durch Urteil des Landgerichts in Düsseldorf vom 19. Juni 1952 (7 S 498/51) rechtskräftig abgewiesen worden.

Mit der Klage verlangt die Klägerin Zahlung eines Teilbetrags von 6.100 DM nebst Zinsen des von ihr einstweilen auf 33.000 DM bezifferten Schadens, den sie dadurch erlitten haben will, dass der Beklagte entgegen seiner vertraglich übernommenen Verpflichtung das Obergeschoss erst verspätet fertiggestellt und der Klägerin übergeben hat.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin den Anspruch auf Zahlung von 6.100 DM weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1.) Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen verspäteter Fertigstellung der ersten Etage deswegen nicht für begründet erachtet, weil sie durch Nichtzahlung der laufenden Miete ab 1. März 1950

in Verzug geraten und als erste vertragsuntreu geworden sei. Es hat ausgeführt: Ein Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht habe der Klägerin gegenüber den laufenden Mietzinsforderungen des Beklagten nicht zugestanden, ebensowenig könne sie die von ihr vorgetragene Vereinbarung über die Hinterlegung eines Betrages von 1.945 DM bei ihrem Prozessbevollmächtigten entlasten. Sie habe durch ihre eigene Vertragsuntreue dem Beklagten die Erfüllung seiner Vertragspflichten unmöglich gemacht oder doch jedenfalls erschwert und könne deshalb von diesem keinen Schadensersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung seiner Vertragspflichten verlangen.

2.) Die Revision wendet sich dagegen, dass das Berufungsgericht der Klägerin kein Zurückbehaltungsrecht bis zur Löschung der vom Beklagten mit Vorrang eingetragenen Eigentümergrundschild von 5.000 DM zugbilligt habe. Der Beklagte habe der Klägerin bewusst wahrheitswidrig zugesichert, dass den für sie einzutragenden Darlehenshypothesen keine Belastung in Deutscher Mark vorausgehen werde. Bei dieser Sachlage habe der Beklagte Zahlungen der Klägerin aus dem Vertrag vom 24. Februar 1950 überhaupt nicht verlangen können, denn der Beklagte sei zur sofortigen Verschaffung der zugesagten Sicherung in Höhe von 30.000 DM für die von der Klägerin bereits verauslagten Aufbauposten für Keller und Erdgeschoss nicht in der Lage gewesen. Die Arglist des Beklagten bei Vertragsschluss schliesse aber jeden Erfüllungsanspruch aus.

Diese Rüge ist berechtigt.

a) Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus,

dass der Klägerin ein Anspruch auf Löschung der zu Gunsten des Beklagten eingetragenen Eigentümergrundschuld von 5.000 DM zusteht. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach dem Wortlaut des Vertrages (Teil V) ist der Beklagte verpflichtet, die in Teil IV vorgesehene Darlehenshypothek in Höhe von 30.000 DM zu Gunsten der Klägerin sofort nach Abschluss des Vertrages zu den vereinbarten Bedingungen eintragen zu lassen. Er hatte zugesichert, dass diese Hypothek den Rang hinter einer Vorbelastung von etwa 68.000 RM erhalten sollte. Vorgehen durften der Hypothek mithin nur die in Abteilung III unter Nr 1 und Nr 7 eingetragenen Darlehenshypotheken von 35.000 RM und 14.000 GM sowie die unter Nr 11 eingetragene Hypothek von 1.671,12 DM für eine umgestellte Darlehensforderung, die an die Stelle eines Abgeltungsdarlehens von 18.200 RM getreten war. Wird diese Hypothek mit dem ursprünglichen Betrag von 18.200 RM in Anrechnung gebracht, so ergeben diese drei Hypotheken zusammen die Summe von 67.200 RM. Um der von ihm gegebenen Zusicherung hinsichtlich der Vorbelastungen nachzukommen, hätte der Beklagte daher die Grundschuld von 5.000 DM löschen lassen müssen. Das ist bisher nicht geschehen. Der Klägerin steht deshalb in der Tat ein Anspruch auf eine entsprechende Leistung des Beklagten zu.

b) Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe trotz des ihr zustehenden Anspruchs auf Löschung der Grundschuld an den laufenden Mietraten kein Zurückbehaltungsrecht ausüben dürfen. Die Zubilligung eines solchen Zurückbehaltungsrechts würde die gleichen Folgen haben wie eine Aufrechnung, die von den Parteien wohlüberlegt vertraglich rechtswirksam ausgeschlossen worden sei. Ein

Zurückbehaltungsrecht habe die Klägerin nach Teil VIII des Vertrages nur bezüglich des sich nach der endgültigen Abrechnung ergebenden Mietrückstandes, nicht aber bezüglich der laufenden Mietzinsraten haben sollen. Diese endgültige Abrechnung sei aber bis heute noch nicht erfolgt.

Zwar ist die Auslegung eines Individualvertrages, wie er hier in Frage steht, durch den Tatrichter grundsätzlich der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen, sie ist jedoch dann angreifbar, wenn ein Verstoss gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze oder die Denkgesetze vorliegt oder wenn wesentlicher Auslegungstoff ausser acht gelassen ist. Das ist hier der Fall. Nach der Behauptung der Klägerin schuldete der Beklagte der Bank für I. [REDACTED], der er die Grundschild von 5.000 DM abgetreten hatte, zur Zeit des Abschlusses des Vertrages rund 20.000 DM. Die Klägerin hat weiter behauptet, dass der Beklagte sich damals in bedrängter Vermögenslage befunden habe und zur Zurückzahlung der ihm von der Bank für I. [REDACTED] zur Verfügung gestellten Beträge überhaupt nicht in der Lage gewesen sei. Ist dies richtig, so würde hieraus gefolgert werden können, dass der Beklagte die Verpflichtung zur Verschaffung des vorgesehenen Ranges der Hypotheken gegenüber der Klägerin übernommen hat, obwohl er gewusst hat, dass er nicht in der Lage war, sie zu erfüllen. In diesem Fall würde, wie der Revision zuzugeben ist, auf seiten des Beklagten Arglist bei Vertragsschluss vorliegen und deshalb sowohl der Ausschluss der Aufrechnung als auch der Ausschluss eines Zurückbehaltungsrechts entfallen (vgl. RGZ 60, 294 [296]; Erman BGB [1952] § 387 Anm 8). Dass die Parteien damit gerechnet haben, es könnten Vorbelastungen über 68.000 RM hinaus eingetragen sein,

wie das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 21. März 1952 (5 U 221/51) angenommen hat, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Hierdurch wird an der Verpflichtung des Beklagten zur Löschung der Grundschild nichts geändert. Der Vorwurf der Arglist wird aber nur daraus hergeleitet, dass der Beklagte diese Verpflichtung eingegangen ist, obgleich er gewusst habe, dass er sie nicht habe erfüllen können. Das Berufungsgericht hat von seinem Rechtsstandpunkt ausgehend, dass das Zurückbehaltungsrecht der Klägerin auf alle Fälle ausgeschlossen sei, es unterlassen, die tatsächlichen Grundlagen aufzuklären, von denen aus beurteilt werden kann, ob dem Beklagten Arglist bei Vertragsschluss zur Last fällt. Auf diese Aufklärung kommt es indes an.

c) Wäre nämlich Arglist des Beklagten zu bejahen und könnte er sich aus diesem Grunde auf den vertraglichen Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts nicht berufen, so würde die Klägerin dadurch, dass sie die vereinbarten Akontozahlungen auf die von ihr geschuldete Miete unterliess, nicht vertragswidrig gehandelt haben, sondern sie wäre wegen des ihr zustehenden Zurückbehaltungsrechts zur Verweigerung dieser Zahlungen berechtigt gewesen. Auch wenn dem Berufungsgericht im übrigen gefolgt wird, hängt also die Entscheidung des Rechtsstreits, wie die Revision mit Recht geltend macht, davon ab, ob dem Beklagten Arglist bei Abschluss des Vertrages zur Last fällt. Da nach den von dem Berufungsgericht nicht nachgeprüften Behauptungen der Klägerin, ihre Richtigkeit unterstellt, Arglist des Beklagten gegeben ist, sind diese Behauptungen entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht unerheblich. Vielmehr wird es auf sie einzugehen haben. Ins-

besondere wird es also der Aufklärung bedürfen, ob es dem Beklagten praktisch möglich gewesen ist, damals der von ihm übernommenen Verpflichtung nachzukommen, den für die Klägerin einzutragenden Hypotheken den zugesicherten Rang einzuräumen, oder ob er jedenfalls der Ansicht gewesen ist, er werde diese Vertragspflicht einhalten können, so dass ihn aus diesem Grunde nicht der Vorwurf arglistigen Handelns trifft. Hierbei wird von Bedeutung sein, ob er damals tatsächlich erhebliche Schulden bei der Bank für L. [REDACTED] oder ihrer Rechtsnachfolgerin, der We. [REDACTED] Bank für L. [REDACTED], hatte, der die Grundschild von 5.000 DM weiter abgetreten war. Sollten derartige Schulden bestanden haben, so wird es darauf ankommen, ob der Beklagte trotzdem die Möglichkeit hatte oder an sie glaubte, die Grundschild vertragsgemäss löschen zu lassen oder die Gläubigerin zur Einräumung des Vorrangs für die zu Gunsten der Klägerin einzutragenden Hypotheken zu bewegen. Stellt sich heraus, dass der Beklagte arglistig gehandelt hat, so entfällt damit die Grundlage für die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Klägerin als erste vertragsuntreu gewesen ist. Da mithin diese Annahme, auf der das Urteil beruht, möglicherweise von Rechtsirrtum beeinflusst ist, kann es keinen Bestand haben, sondern muss aus diesem Grunde aufgehoben werden.

3.) Weitere Rechtsfehler des Berufungsgerichts sind dagegen nicht hervorgetreten. An die Auslegung der Behauptungen der Klägerin über die hinsichtlich der Hinterlegung von Mietzinsen getroffene Vereinbarung durch das Berufungsgericht ist der erkennende Senat gebunden. Auch kann der Revision nicht zugegeben werden, dass das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung die von der Kläge-

rin bewirkte Leistung der Vorschüsse für den weiteren Aufbau des Hauses übersehen habe. Von der Tatsache, dass die Klägerin diese Beträge zur Verfügung gestellt hat, ist das Berufungsgericht vielmehr ersichtlich ausgegangen. Ebensowenig ist es aus Rechtsgründen zu beanstanden, dass das Berufungsgericht angenommen hat, der Vertrag zwischen den Parteien sei dahin auszulegen, dass ausser der Aufrechnung gegenüber der Forderung auf Mietzinsen grundsätzlich auch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an den geschuldeten Mietzinsraten durch die Klägerin ausgeschlossen gewesen sei. Diese Auslegung des Vertrags ist möglich, und da sie entgegen der Ansicht der Revision keinen Rechtsverstoss erkennen lässt, für den erkennenden Senat massgebend. Schliesslich lässt auch die Annahme eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen der Nichtzahlung der Zinsen durch die Klägerin und der Verzögerung der Fertigstellung des Aufbaues der ersten Etage keinen Rechtsirrtum erkennen. Ob das Berufungsgericht den Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht richtig beurteilt hat, kann der erkennende Senat nicht nachprüfen. Auf die Tatsache, dass der Beklagte es unterlassen hat, Löschungsvormerkungen zu Gunsten der Klägerin bei den ihren Hypotheken im Rang vorgehenden Belastungen eintragen zu lassen, hat sich die Klägerin in den Vorinstanzen nicht berufen. Es bleibt ihr unbenommen, diesen Vortrag ebenso wie auch das sonstige Vorbringen der Revisionsbegründung in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu wiederholen.

Da die Sache mithin noch weiterer Aufklärung bedarf und dem erkennenden Senat eine Entscheidung in der Sache selbst nicht möglich ist, musste sie an das Beru-

funksgericht zurückverwiesen werden, dem aus Zweckmäßigkeitseründen auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

Dr.Kleinewefers

Dr.Gelhaar

Dr.K.E.Meyer

Dr.Bode

Dr.Hauss