

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 104/79

URTEIL

Verkündet am

9. Januar 1981
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Legationsrats Dr. Friedrich P [REDACTED], H [REDACTED]-
weg [REDACTED], St. A [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Ha [REDACTED] AG, vertreten durch ihren Vorstand,
dieser vertreten durch den Vorsitzenden des Verwaltungs-
rats Professor Dr. M [REDACTED] Ro [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED]-
B [REDACTED] (S [REDACTED]),

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Thumm, Prof. Dr. Hagen, Linden und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 22. Februar 1979 wird insoweit zurückgewiesen, als der Kläger begehrt, die Zwangsvollstreckung wegen eines 32 861,09 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 1. August 1972 übersteigenden Betrages für unzulässig zu erklären.

Soweit das Oberlandesgericht im übrigen zum Nachteil des Klägers erkannt hat, wird das Berufungsurteil - einschließlich des gesamten Kostenausspruchs - aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Der Kläger wendet sich mit der Vollstreckungsgegenklage gegen die von der Beklagten eingeleitete Zwangsvollstreckung in seine Grundstücke in St.

H eg ■■■ (Grundbuch von Hangelar Blatt 1552 und 1600, Flur 3, Nr. 994, 997, 1001 und 1004).

Die Firma C■■■-Bau-Bauträger-Gesellschaft mbH (C■■■-Bau) hatte u.a. diese Grundstücke im Jahre 1972 zum Zwecke der Bebauung mit Einfamilienhäusern und der Weiterveräußerung an Kaufinteressenten erworben. Sowohl der Ankauf als auch die Bebauung sollten von der Beklagten finanziert werden. Zur Sicherung wurden auf den Grundstücken Grundschulden zugunsten der Beklagten bestellt, und zwar auf den späteren Grundstücken des Klägers in Höhe von 186 000 DM und 5 500 DM. Nach dem Inhalt der Bestellungsurkunde sollten die Grundschulden mit 12 % jährlich verzinst werden. Außerdem unterwarf sich der Eigentümer der Grundstücke der sofortigen Zwangsvollstreckung aus den Urkunden mit der Maßgabe, daß diese auch gegen den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundbesitzes zulässig sein sollte.

Der Kläger kaufte die Grundstücke einschließlich des zu errichtenden Einfamilienhauses durch notariellen Vertrag vom 25. Juli 1974 von der C■■■-Bau zum Festpreis von 207 000 DM. Der Kaufpreis sollte je nach Baufortschritt in vier Raten von 70 000 DM, 60 000 DM, 67 000 DM und 10 000 DM gezahlt werden, die letzte Rate nach Fertigstellung der Garage mit Zufahrt, Vorliegen des Gebrauchabnahmescheines und nach Behebung aller bei



der - bis zum 25. September 1974 zu vollziehender - Übergabe festgestellten Mängel. Im Falle der Überschreitung des Übergabetermines war die Zahlung einer Vertragsstrafe von 700 DM je angefangenen Monat mit der Verkäuferin vereinbart. Die Löschung der Grundschuld und die Ablösung der durch sie gesicherten Darlehensforderung sowie der Forderung einer Firma Ho [REDACTED] (für letztere ist eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe von 11 000 DM nebst 12 % Zinsen im Grundbuch eingetragen) sollten im Rahmen der Durchführung des Kaufvertrages erfolgen. Die einzelnen Kaufpreisteilbeträge sollten an die Beklagte - als Zessionarin hinsichtlich des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises - Zug um Zug gegen Erteilung entsprechender Teillöschungsbewilligungen gezahlt werden.

Der Vertrag zwischen dem Kläger und der C [REDACTED]-Bau wurde zunächst absprachegemäß abgewickelt. Der Kläger zahlte auf den Kaufpreis 108 400 DM; die Beklagte erteilte dementsprechende Teillöschungsbewilligungen hinsichtlich der Grundschulden. Später kam es zu Schwierigkeiten bei der Baufertigstellung durch die C [REDACTED]-Bau. Der Kläger entzog ihr den Bauauftrag. Am 28. November 1974 fand bei Notar R [REDACTED] in S [REDACTED] eine Besprechung statt, an der der Kläger, Professor M [REDACTED] als Vertreter der Beklagten, der Geschäftsführer Sch [REDACTED] der C [REDACTED]-Bau sowie Dr. K [REDACTED] als weiterer Käufer teilnahmen. Zwischen dem Kläger und der Beklagten wurde eine Einigung dahingehend erzielt, daß der Kläger das Haus selbst fertigstellen sollte. Über das weitere Ergebnis der Besprechung streiten die Parteien. Unter dem 3. Dezember 1974 übersandte die Beklagte dann dem Kläger ein Schreiben, in

dem sie zum Ergebnis der Besprechung vom 28. November 1974 u.a. folgendes ausführte:

"Durch Sie bezahlte Leistungen werden wir bezüglich der Grundbuchfreigabe im Rahmen des zwischen C[REDACTED] und uns bestehenden Finanzierungsvertrages anerkennen. ..."

Im Anschluß an die Besprechung vom 28. November 1974 fertigten die Zeugen Sc[REDACTED] und Sch[REDACTED] anhand eines sogenannten "A[REDACTED] Journals" eine Aufstellung über die zu erbringenden Gewerke und die nach dem Finanzierungsvertrag zwischen C[REDACTED]-Bau und Beklagten für diese bereitgestellten Mittel, die mit einem Betrag von 22 893 DM zuzüglich 6 225 DM einbehaltener Sicherheitsleistungen für bereits geleistete Arbeiten endete.

In der Folgezeit ließ der Kläger das Haus mit Ausnahme der Garage fertigstellen und bezifferte die hierfür von ihm aufgewendeten Kosten mit 32 861,09 DM. Die Beklagte forderte er zur Erteilung einer Teillöschungsbewilligung in entsprechender Höhe auf. Beim Notar hinterlegte er weitere 46 000 DM und wies diesen an, davon 30 000 DM an die Beklagte Zug um Zug gegen Erteilung einer Teil-Löschungsbewilligung in Höhe von 46 000 DM zu zahlen. Die verbleibenden 16 000 DM sollten entweder zur Befriedigung der Forderung der Firma Ho[REDACTED] an diese oder an die Beklagte ausgezahlt werden, sobald die Löschungsbewilligung der Firma Ho[REDACTED] bezüglich ihrer Vormerkung vorgelegt wurde.

Die Beklagte weigerte sich, eine Teillöschung über 46 000 DM zu bewilligen. Sie leitete vielmehr wegen eines persönlichen und dinglichen Anspruchs von 83 000 DM nebst 12 % Zinsen ab 1. August 1972 und wegen Kosten in Höhe von 36,50 DM die Zwangsvollstreckung in die Grundstücke des Klägers ein.

Im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage streiten die Parteien darüber, in welchem Umfang der Kläger aufgrund der Besprechung vom 28. November 1974 berechtigt sein sollte, seine Aufwendungen auf den Kaufpreis zu verrechnen und entsprechende Teil-Löschungsbewilligungen von der Beklagten zu verlangen. Außerdem will der Kläger von der Forderung der Beklagten 10 000 DM für die noch nicht errichtete Garage sowie 3 500 DM als von der C-Bau verwirkte Vertragsstrafe abziehen. Darüber hinaus macht er geltend, die Grundschuld der Beklagten von 160 000 DM sei nur zu 40 % valutiert worden. Da der Beklagten gegen die C-Bau keine Ansprüche mehr zustünden und die C-Bau ihm ihre Ansprüche aus der Sicherungsvereinbarung abgetreten habe, sei die Beklagte auch aus diesem Grund zur Löschung der Grundschulden verpflichtet.

Das Landgericht hat der Vollstreckungsgegenklage unter Abweisung im übrigen wegen eines Betrages von 26 288,86 DM nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Zwangsvollstreckung nur wegen eines Betrages von 22 893 DM für unzulässig erklärt. Die Berufung des Klägers, mit der er begehrt hat, die Zwangsvollstreckung in Höhe eines das

landgerichtliche Urteil um 16 000 DM übersteigenden Betrages und wegen der von der Beklagten geforderten Zinsen von 12 % aus 83 136 DM seit dem 1. August 1972 für unzulässig zu erklären, hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Berufungsantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I.

1. Das Berufungsgericht hat die Zwangsvollstreckung der Beklagten gegen den Kläger wegen eines restlichen Grundschuldennennbetrages von 83 100 DM nebst Zinsen nur in Höhe eines Betrages von 22 893 DM für unzulässig erklärt. Es hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, aufgrund der in der Besprechung vom 28. November 1974 getroffenen, im unwidersprochen gebliebenen Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 3. Dezember 1974 bestätigten Vereinbarung könne der Kläger die von ihm zur Fertigstellung des Hauses in Auftrag gegebenen Arbeiten nur in Höhe der im Finanzierungsvertrag zwischen der Centra-Bau und der Beklagten für diese Gewerke vereinbarten Beträge von der Forderung der Beklagten abziehen. Seinen Vortrag, es habe beim Abschluß der Vereinbarung mit der Beklagten Einigkeit darüber bestanden, er könne sämtliche zur vertragsgemäßen Herstellung des Bauvorhabens erforderlichen Arbeiten ohne Rücksicht auf die Finanzierungsver-

einbarung abrechnen, zwingt nicht zur Erhebung seiner angetretenen Zeugenbeweise. Die Behauptungen des Klägers stünden nämlich im Widerspruch zur eigenen Zeugenaussage im Rechtsstreit Dr. K. [REDACTED] gegen Firma Ha [REDACTED] (8 O 443/75 LG Bonn). Dort habe der Kläger ausgesagt, er könne nicht ausschließen, daß der Vertreter der Beklagten bei der Besprechung vom 28. November 1974 angenommen habe, die Aufwendungen der Käufer zur Fertigstellung der Bauten würden nur nach Maßgabe des zwischen der G [REDACTED]-Bau und der Beklagten abgeschlossenen Finanzierungsvertrages anerkannt. Im übrigen habe der Kläger gegenüber dem die Vereinbarung bestätigenden Schreiben der Beklagten vom 3. Dezember 1974 nicht unverzüglich darauf hingewiesen, daß der Inhalt des Schreibens nicht der getroffenen Vereinbarung entspreche. Der Inhalt dieses Schreibens stelle daher die für die Parteien verbindliche Wiedergabe der vertraglichen Beziehung dar. Danach komme aber nur eine Verrechnung der Aufwendungen im Rahmen des Finanzierungsvertrages zwischen der G [REDACTED]-Bau und der Beklagten in Betracht.

2. Dies hält der revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand:

Zu Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht die vom Kläger angetretenen Beweise zum Inhalt der in der Besprechung vom 28. November 1974 getroffenen Vereinbarung über den Umfang der Anrechnung der durch die Fertigstellung des Bauvorhabens entstandenen Kosten nicht erhoben hat:

a) Soweit das Berufungsgericht die Beweisaufnahme deshalb für entbehrlich gehalten hat, weil der vom Kläger unwidersprochen gebliebene Brief der Beklagten vom 3. Dezember 1974 die verbindliche Wiedergabe der vertraglichen Beziehungen darstelle, vermag der Senat dem nicht zu folgen.

(1) Sollte das Berufungsgericht auf die Beziehungen der Parteien die Grundsätze über die Wirkung eines unwidersprochen gebliebenen kaufmännischen Bestätigungsschreibens haben anwenden wollen, so wäre dabei außer acht gelassen worden, daß die strengen Folgen, welche die Rechtsprechung an das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben knüpft - nämlich: der Empfänger, der das Schreiben widerspruchslos hinnimmt, muß dessen Inhalt gegen sich gelten lassen - einem entsprechenden Handelsbrauch im redlichen Geschäftsverkehr unter Kaufleuten entsprechen (vgl. BGHZ 40, 42, 46; BGH Urteil vom 6. Mai 1975, VI ZR 120/74, NJW 1975, 1358). Allerdings hat die Rechtsprechung den Geltungsbereich des kaufmännischen Brauches auch auf Personen ausgedehnt, die, ohne selbst Kaufleute zu sein, wie solche am Geschäftsleben teilnehmen und erwarten können, daß der Empfänger ihnen gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfährt (vgl. BGHZ 11, 3 für einen nicht eingetragenen Schrotthändler; BGHZ 40, 42 für einen Grundstücksmakler; BGH Urteil vom 9. Januar 1976, IV ZR 59/74, WM 1976, 564 für einen Rechtsanwalt als Nachlaßverwalter eines Kaufmanns; RG Gruch 71, 253 für einen Gutsbesitzer). Der Kläger als Legationsrat gehört jedoch nicht zu einem dieser vom Handelsbrauch erfaßten Personenkreise.

(2) Dem Schweigen eines Verhandlungspartners auf eine eindeutige Stellungnahme des anderen Beteiligten kann zwar auch außerhalb des kaufmännischen Geschäftsverkehrs nach der besonderen Lage der Umstände die Bedeutung einer Zustimmung zukommen (vgl. das erwähnte BGH-Urteil NJW 1975, 1358, 1359 m.w.N.). Solche besonderen Umstände sind hier aber nicht festgestellt.

Nicht der Erörterung bedarf daher die Frage, ob das Schreiben der Beklagten vom 3. Dezember 1974 überhaupt eine eindeutige Darstellung der vertraglichen Gestaltung zwischen den Vertragspartnern enthält.

b) Die beantragte Beweisaufnahme konnte schließlich auch nicht im Hinblick auf die Zeugenaussage des Klägers vom 8. März 1977 im Rechtsstreit Dr. K. [REDACTED] ./.. Firma Ha [REDACTED] (8 O 443/75 LG Bonn) unterbleiben. Es ist schon nicht ersichtlich, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt das Berufungsgericht die damalige Zeugenaussage im vorliegenden Verfahren berücksichtigt hat. Was der Kläger als Zeuge in einem anderen Rechtsstreit ausgesagt hat, kann nicht als Parteivortrag im vorliegenden Verfahren gewertet werden. Davon abgesehen kann die Berücksichtigung der damaligen Zeugenaussage des Klägers die Erhebung der vorliegend von ihm angetretenen Beweise entbehrlich machen.

II.

Soweit das Berufungsgericht im übrigen dem Einwand des Klägers, die Grundschulden, aus denen die Beklagte vollstrecke, seien nicht voll valutiert, den Erfolg versagt hat, sind Rechtsfehler nicht ersichtlich:

Vertragspartner der Beklagten hinsichtlich des Darlehensgeschäftes und der Sicherungsvereinbarung war die C-Bau. Die der C-Bau aus der Sicherungsabrede etwa zustehende Einwendung der nichtvalutierten Grundschuld könnte vom Kläger nur erhoben werden, wenn sie von der C-Bau auf den Kläger übergegangen wäre. Eine ausdrückliche Abtretung ist im Kaufvertrag zwischen der C-Bau und dem Kläger nicht enthalten. Das Berufungsgericht hat im Wege der Auslegung geprüft, ob der Vertrag eine stillschweigende Abtretung enthält. Es hat eine derartige Abtretung jedoch verneint. Dabei sind Rechtsfehler nicht ersichtlich. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist möglich, Verstöße gegen Auslegungsgrundsätze sind nicht ersichtlich. Die Revision hat auch nicht aufgezeigt, daß der Vorderrichter für die Auslegung bedeutsamen Sachvortrag bei seiner Würdigung nicht berücksichtigt habe.

Enthält der notarielle Vertrag zwischen der C-Bau und dem Kläger aber nach der rechtsfehlerfreien Auslegung durch das Berufungsgericht keine Abtretung der Rechte der C-Bau aus der Sicherungsabrede mit der Beklagten an den Kläger, so ist die weitere Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe nicht ausreichend dargelegt, wann unter welchen Umständen ihm außerhalb des beurkundeten Vertrages die Rechte im Wege der Abtretung übertragen worden sind, nicht zu beanstanden.

III.

Soweit das Berufungsgericht die vom Kläger wegen der Zinsen in Höhe von 12 % aus 60 207 DM (83 136 DM abzüglich 22 893 DM) eingelegte Berufung zurückgewiesen hat, bleibt die Revision ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers insoweit nicht als unzulässig verworfen; es hat vielmehr ausweislich der Entscheidungsgründe hier eine Sachentscheidung getroffen. Sie ist, soweit eine Zinsverpflichtung über den hier streitigen Anrechnungsbetrag aufgrund der Vereinbarung vom 28. November 1974 hinaus bejaht worden ist, auch zutreffend. Sie wird insoweit auch nicht von der Revision angegriffen.

IV.

Das Berufungsurteil beruht mithin hinsichtlich der Höhe des sich aus der Vereinbarung vom 28. November 1974 ergebenden und für die Vollstreckungsgegenklage bedeutsamen Anrechnungsbetrages auf einem Rechtsfehler. Da insoweit das Berufungsgericht eine Beweisaufnahme nachzuholen hat, ist das angefochtene Urteil dementsprechend aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Hinsichtlich der den streitigen Anrechnungsbetrag übersteigenden Vollstreckungsforderung der Beklagten ist die Vollstreckungsgegenklage jedoch endgültig unbegründet; die Revision war insoweit zurückzuweisen.

Hill

Dr. Thumm

Hagen

Linden

Vogt