

Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Amtliche Sammlung!

2361 024

18

1. Gesetz: BGB § 247

Rechtssatz: Ist ein gleitender Zinssatz (z.B.: Verzinsung zum Reichsbanklombardsatz) vereinbart, der zu einer höheren Verzinsung als 6 % jährlich führen kann, so entsteht das Kündigungsrecht des Schuldners nach § 247 Abs 1 BGB erst, wenn infolge der Entwicklung der Verhältnisse (z.B. einer Erhöhung des Lombardsatzes) ein 6 % übersteigender Zins geschuldet wird.

Bei der Bemessung des Zinssatzes i.S. des § 247 BGB bleiben Vertragspflichten, die nicht als Zinsen anzusehen sind, außer Betracht.

2. Gesetz: BGB § 242

Rechtssatz: Wird eine Gastwirtschaft durch Feindeinwirkung zerstört, so kann dadurch die Geschäftsgrundlage eines Bierlieferungsvertrages so erschüttert werden, daß der Gastwirt zur Kündigung des Vertrages berechtigt ist. Der Gastwirt kann sich aber auf dieses Kündigungsrecht nicht mehr berufen, wenn die Gastwirtschaft unter Mitwirkung der Brauerei wieder hergestellt worden ist.

Aktenzeichen: V ZR 123/51

Urteil des BGH vom 20. März 1953

OLG Düsseldorf

V ZR 123/51

Verkündet
am 20. März 1953
Hoffmeister, Just. Angest.
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

der Witwe Ferdinand H., D.,
N.straße,

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisions-
klägerin und Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Brauerei Dietrich Ho GmbH., vertreten durch
ihren Geschäftsführer, D., Du-
straße,

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisions-
beklagte und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 20. März 1953 unter Mitwirkung des Senatspräsi-
denten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. v. Normann, Dr.
Hückinghaus, Dr. Heck und Schuster

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 9. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 11. Juli
1951 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußrevision der Beklagten wird dieses Urteil,
soweit es zu Gunsten der Klägerin erkannt hat, und im
Kostenpunkt aufgehoben und dahin erkannt;

Die Berufung der Klägerin gegen das am 11. Januar 1951
verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts
in Düsseldorf wird in vollem Umfang zurückgewiesen. Die
Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Klägerin
auferlegt.

Von Rechts wegen

78

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks N[REDACTED]straße [REDACTED] in D[REDACTED] und Inhaberin der darauf befindlichen Gaststätte "Z[REDACTED] No[REDACTED]", die sie von ihrem 1938 verstorbenen Ehemann Ferdinand H[REDACTED] geerbt hat. Dieser schuldete seinem Bruder Jakob H[REDACTED] einen auf dem Grundstück hypothekarisch gesicherten Restkaufpreis in Höhe von 17 500 RM. Jakob H[REDACTED] war bereit, bei sofortiger Zahlung seine noch nicht fällige Forderung auf 16 000 RM zu ermäßigen. Ferdinand H[REDACTED] ging deshalb die Beklagte um ein Darlehen in dieser Höhe an, das ihm gewährt wurde. Am 10. Mai 1927 erklärte er zu Niederschrift des Notars B[REDACTED] in D[REDACTED] (Register Nr 1367 für 1927) -in den Vorinstanzen als notarieller Vertrag bezeichnet- von der Beklagten ein Darlehen von 16 000 GM erhalten und darüber mit ihr folgende Einigung getroffen zu haben:

"Das Darlehen ist vom heutigen Tage an verzinslich zum jeweiligen Lombardzinsfuß der Reichsbank, mindestens aber mit 6 vom Hundert und höchstens mit 12 vom Hundert fürs Jahr in vierteljährigen am 1. Februar, 1. Mai, 1. August und 1. November jeden Jahres erfallenden Raten, erstmals ratierlich am 1. August dieses Jahres. Die Verzinsung ist gleitend, das heißt, je nachdem der Diskontsatz fällt oder steigt, sind die Zinsen zu entrichten. Die Tilgung des Darlehns erfolgt durch einen Aufschlag von 5 Goldmark pro Hektoliter Bieres, welches ich von der Gläubigerin beziehe. Die Zahlung der Bierrechnungen erfolgt wöchentlich, die Gutschrift der getilgten Beträge am Monatsschluß. Die Tilgung soll jedoch am 1. August 1927 beginnen. Es bleibt der Gläubigerin überlassen, ob sie gezahlte Amortisationsbeträge auf das Darlehn oder zunächst auf Bierschuld verrechnet. Ich verpflichte mich, für die Dauer des Schuldverhältnisses, gleichviel, ob das Darlehn ganz oder nur noch zu einem Teil verschuldet wird, monatlich mindestens 40 Hektoliter Bier von der obengenannten Gläubigerin zu beziehen und diese Bierbezugsverpflichtung meinen jeweiligen Rechtsnachfolgern, seien es Mieter, Pächter, Vertreter oder Rechtsnachfolger im Eigentum, aufzuerlegen."

.....
"Ich unterwerfe mich der Gläubigerin gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der gegenwärtigen Urkunde."

[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

[\(mobile App\)](#)

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

In derselben Niederschrift beurkundete der Notar anschließend eine Erklärung des miterschiedenen Bruders Jakob H., daß er die Löschung eines Teilbetrages der Restkaufpreishypothek von 1 500 GM bewillige und "zur Sicherung des vorgedachten Darlehns von 16 000 GM nebst Zubehörungen die vorgedachte noch bestehende Restkaufpreishypothek von 16 000 GM unter Übergabe des Hypothekenbriefes" an die Beklagte abtrete und die Eintragung dieser Abtretung im Grundbuch bewillige und beantrage. Ferdinand H. erklärte seinerseits, der Löschung des Teilbetrages von 1 500 GM zuzustimmen. Am Schlusse der Niederschrift wurde vermerkt, daß die miterschiedenen Prokuristen der Beklagten E. und K. "alles Vorstehende für die Beklagte anzunehmen erklärten". Anschließend wurde vermerkt, daß die Verhandlung den Erschiedenen vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden sei; die Urkunde trägt jedoch nur die Unterschriften von Ferdinand und Jakob H. und des Notars, dagegen nicht die Unterschriften der beiden Vertreter der Beklagten.

Ferdinand H., der schon vor Aufnahme des Darlehns langjähriger Kunde der Beklagten war, bezahlte das vereinbarte Aufgeld bis zum Juli 1929. Soweit das Darlehen dadurch getilgt worden war, hat die Beklagte ihm weitere Beträge vorgeschossen, so daß die Schuldsomme sich nicht veränderte. Im Jahre 1931 erhielt Ferdinand H. von der Beklagten ein weiteres Darlehen über 5 000 RM mit der gleichen Tilgungsabrede, das ebenfalls hypothekarisch gesichert wurde; dieses Darlehen ist durch Zahlung von Aufgeld auf den Bierpreis zum Teil getilgt worden.

Am 23. April 1944 wurde das Gebäude durch Bombenangriff zerstört; der Wirtschaftsbetrieb kam zum Erliegen. Im Jahre 1947 stellte die Klägerin zunächst das Erdgeschoß wieder her

(I. Bauabschnitt); die Beklagte stellte ihr dabei Material und Arbeitskräfte zur Verfügung, so daß im April 1948 der Ausschank wieder eröffnet werden konnte. Mitte 1949 setzte die Klägerin den Wiederaufbau fort (II. Bauabschnitt); die Gaststätte im Erdgeschoß wurde erweitert und der 1. Stock als Wohnung ausgebaut. Für diese Arbeiten räumte die Beklagte der Klägerin aus eigenen Mitteln einen Kredit von 15 000 DM ein, außerdem übernahm sie gegenüber dem Bankverein Westdeutschland die selbstschuldnerische Bürgschaft für einen von dieser Bank der Klägerin gewährten Kredit von 30 000 DM. Die Klägerin nahm diese Kredite nur teilweise in Anspruch; soweit dies geschah, zahlte sie sie im Dezember 1949 zurück. Um diese Zeit entschloß sie sich, das gesamte Haus wieder herzustellen und in einen Hotelbetrieb umzuwandeln (III. Bauabschnitt). Dies geschah; die notwendigen Mittel wurden der Klägerin von dritter Seite zur Verfügung gestellt. Nach Wiedereröffnung des Betriebes im April 1948 bezog die Klägerin wieder laufend Bier von der Beklagten, die sie bis zum 16. März 1950 belieferte.

Mit Schreiben vom 25. Februar 1950 kündigte die Klägerin die beiden Hypotheken von 16.000 und 5.000 RM; sie ließ diese Kündigung am 3. Mai 1950 durch ein Schreiben des Notars Kr. wiederholen. In der Folge überwies sie der Beklagten den Betrag von 2.073,03 DM. Die Beklagte nahm den Betrag unter Vorbehalt an; einen Teilbetrag von 473,03 DM verrechnete sie mit Kapital und Zinsen der umgestellten Hypothek über 5.000 RM.

Mit der Klage beantragt die Klägerin

- 1) Verurteilung der Beklagten zur Bewilligung der Löschung der für sie eingetragenen Hypothek von 16.000 GM,

- 2) Feststellung, dass sie der Beklagten aus dem Darlehensvertrage vom 10. Mai 1927 nichts mehr verschulde.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Hypothek sei im Verhältnis 10 : 1 in Deutsche Mark umgestellt worden, die so sich ergebende Hypothekenforderung von 1.600 DM nebst Zinsen habe sie durch ihre Zahlungen beglichen. Die Tilgungsabrede stehe dem nicht entgegen. Die Beklagte habe nämlich nur die hypothekarisch gesicherte Restkaufpreisforderung von Jakob H. erworben, und für die Rückzahlung dieser Forderung gelte die Tilgungsabrede des Darlehensvertrages nicht. - Aber auch abgesehen davon schulde sie der Beklagten aus dem Vertrage vom 10. Mai 1927 nichts mehr. Die in diesem Vertrag enthaltene Tilgungsabrede sei von beiden Parteien seit langem nicht mehr beachtet und damit hinfällig, das Darlehen daher ein gewöhnliches Darlehen und mit der gesetzlichen Frist kündbar geworden. Da die hypothekarisch gesicherte Restkaufpreisforderung der Sicherung der Darlehensforderung habe dienen sollen, sei der der Beklagten gezahlte Restkaufpreis mit der Darlehensforderung zu verrechnen; diese Aufrechnung hat die Klägerin im Rechtsstreit ausdrücklich erklärt. Die Tilgung des Darlehens ergebe sich ferner daraus, dass bei Beginn der Währungsreform infolge genügenden Bierbezugs Tilgungsraten in Höhe der Darlehenssummen gestundet gewesen seien; die gestundete Forderung habe die Klägerin jederzeit zurückzahlen können. Hilfsweise beruft sich die Klägerin auf das gesetzliche Kündigungsrecht des § 247 BGB. - Weiter macht sie geltend, es sei sittenwidrig, wenn die Beklagte sie noch länger an dem Vertrag festhalten wolle, dessen Grundlage durch die Zerstörung des Anwesens hinfällig geworden sei; die Wiedereröffnung des Betriebes habe den Vertrag nicht wieder aufleben lassen. Zu dem Wiederaufbau des Anwesens habe die Beklagte nur unzureichend beigetragen, weil sie das Grundstück selbst habe erwerben wollen; dadurch sei die Klägerin gezwungen worden, sich an an-

dere Geldgeber zu wenden und ihre Beziehungen zu der Beklagten zu lösen.

Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Sie ist der Ansicht, die Hypothek sei durch Zahlung der Valuta an Jakob H. Eigentümergrundschild geworden, diese Eigentümergrundschild sei ihr zur Sicherung der Darlehensforderung abgetreten worden. Die Klägerin könne daher die Löschung nur fordern, wenn sie der Beklagten aus dem Darlehensvertrage vom 10. Mai 1927 nichts mehr schulde. Die Darlehenssumme, die übrigens nach § 18 Nr. 3 UmstG zum Nennbetrag umgestellt sei, sei noch nicht zurückbezahlt; vor der Währungsreform seien keine Tilgungsraten rückständig oder gestundet gewesen.

Das Landgericht wies die Klage ab. Auf die Berufung der Klägerin änderte das Oberlandesgericht dieses Urteil dahin ab, dass die Beklagte verurteilt wurde, die Löschung der Hypothek zu bewilligen, im übrigen wies es die Berufung zurück.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den abgewiesenen Feststellungsantrag weiter. Die Beklagte hat um Zurückweisung des Rechtsmittels gebeten und Anschlußrevision eingelegt, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils durch Abweisung des Löschantrags anstrebt. Die Klägerin hat beantragt, die Anschlußrevision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. zur Revision:

Beide Vorinstanzen haben den Feststellungsantrag der Klägerin abgelehnt. Die Revision nimmt die Angriffe der Klägerin gegen Entstehung und Fortdauer ihrer Verpflichtungen aus dem Vertrage wieder auf und erhebt weitere Einwendungen.

1. Die Revision macht geltend, der Vertrag vom 10. Mai 1927 sei formnichtig, da die notarielle Verhandlung unter Verletzung des § 177 FGG von den Vertretern der Beklagten nicht unterschrieben worden sei. Allerdings sei notarielle Form nicht gesetzlich vorgeschrieben, sondern die Beobachtung dieser Form beruhe auf Vereinbarung, und daher führe der Mangel der Form nur im Zweifel zur Nichtigkeit (§ 125 BGB). Es sei jedoch kein Umstand ersichtlich, der den Schluß zulasse, die Parteien hätten den Vertrag trotz des Formmangels aufrechterhalten wollen. Eine Bestätigung komme nicht in Betracht, da sie die Kenntnis der Nichtigkeit voraussetze, die nicht bestanden habe.

Das Berufungsgericht hat sich mit diesem erst in der Revisionsinstanz vorgetragenen Einwand nicht auseinandergesetzt. Er ist nicht begründet. Die Ausführungen der Revision verkennen die Bedeutung der notariellen Urkunde vom 10. Mai 1927. Das Berufungsurteil geht zwar davon aus, dass zwischen den Parteien an jenem Tage ein notarieller Darlehensvertrag geschlossen worden sei. Das bedeutet aber nicht eine tatsächliche Feststellung, sondern eine rechtliche Würdigung der an diesem Tage aufgenommenen notariellen Urkunde, die das Revisionsgericht nicht bindet. - Wie die Revision nicht verkennt, war die notarielle Beurkundung des Darlehensvertrages durch gesetzliche Vorschriften nicht gefordert; der Darlehensvertrag unterliegt keinem Formzwang, und auch die Verbindung mit der Bierbezugspflicht ändert daran nichts. Eine Vereinbarung der Parteien, dass der Darlehensvertrag in notarieller Form habe geschlossen werden sollen, ist in den Tatsacheninstanzen, soweit ersichtlich, nicht behauptet, jedenfalls nicht festgestellt worden; eine neue Behauptung dieses Inhalts könnte in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden. Es ist also davon auszugehen, dass der Darlehensvertrag mündlich geschlossen werden konnte. Damit stimmt der Wortlaut der von dem Ehemann H. zu Nieder-

schrift des Notars abgegebenen Erklärung überein, dass er ein Darlehen von der Beklagten erhalten und mit der Gläubigerin bezüglich dieses Darlehens die anschliessend des näheren wiedergegebene Einigung getroffen habe. Der notariellen Form bedurfte jedoch die gleichzeitig von dem Ehemann H. erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§ 794 Abs 1 Ziff 5 ZPO), und offensichtlich diente die notarielle Beurkundung dem Zweck, eine vollstreckbare Urkunde im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung zu schaffen. Hierzu genügte die notarielle Erklärung des Schuldners, also des Ehemanns H.; die Annahme dieser Erklärung seitens der Vertreter der Beklagten bedurfte keiner Form; ihr Fehlen in der notariellen Urkunde berührt die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung nicht. Es ist daher unschädlich, dass die notarielle Urkunde eine solche Erklärung der Vertreter der Beklagten erwähnt, sie aber nicht förmlich zum Inhalt der Niederschrift macht. Dass das Fehlen der Unterschriften der Vertreter der Beklagten unter der notariellen Urkunde nicht auf ein Versehen des Notars zurückzuführen ist, sondern dass ihre Erklärungen gar nicht beurkundet werden sollten, ergibt sich auch daraus, dass weder ihre Identität festgestellt worden ist, wie dies § 176 Abs 3 FGG vorschreibt, noch beurkundet ist, dass ihre Befugnis, die Beklagte zu vertreten, geprüft und nachgewiesen worden sei. Infolgedessen wird der Bestand des Darlehensvertrages selbst durch das Fehlen der Unterschriften der Vertreter der Beklagten in der Urkunde nicht berührt.

2. Einen weiteren Einwand gegen die Entstehung ihrer Darlehensverpflichtung will die Revision daraus ableiten, dass der Darlehensvertrag als Realvertrag erst durch die Hingabe des Darlehens zustande komme, an dieser fehle es. Dem Ehemann H. sei der Darlehensbetrag niemals gegeben worden; gegeben worden sei lediglich ein Betrag von 16.000 GM an den Bruder Jakob H. als Entgelt für die Abtretung

der Hypothek. - Dieser Einwand geht fehl. Im Tatbestand des Berufungsurteils wird festgestellt, dass der Gastwirt Hansen die Beklagte um ein Darlehen von 16.000 RM gebeten und diese es ihm gewährt habe; gleicherweise wird in den Gründen des Berufungsurteils ausgeführt, dass der Gastwirt Hansen nach der Übertragung der Hypothek seines Bruders an die Beklagte "die von der Beklagten erhaltene Valuta" an seinen Bruder bezahlt habe. Das Berufungsgericht stellt also fest, dass der Darlehensbetrag von der Beklagten an den Ehemann der Klägerin bezahlt und von diesem an seinen Bruder weitergegeben worden ist. Diese tatsächlichen Feststellungen, denen gegenüber die Revision keine zulässigen Verfahrensrügen erhoben hat, sind für das Revisionsgericht bindend; wenn die Revision eine Darlehenshingabe bestreitet, so setzt sie sich mit den Feststellungen des Berufungsgerichts in Widerspruch und kann damit nicht gehört werden. Steht fest, dass der Ehemann der Klägerin den Darlehensbetrag empfangen hat, so ist die Voraussetzung eines Darlehens nach § 607 Abs 1 BGB gegeben.

Damit erledigen sich die Ausführungen, mit denen die Revision daraus Folgen abzuleiten sucht, dass die Beklagte, sei es mit, sei es ohne Auftrag des Gastwirts H., die 16.000 RM unmittelbar an Jakob H. ausgezahlt habe (§ 4 der Revisionsbegründung unter e).

3. Die Besonderheit des zur Entscheidung stehenden Darlehensvertrages sieht das Berufungsgericht darin, dass die Rückzahlung des Darlehens mit einer Bierbezugsverpflichtung gekoppelt worden sei. Diese Besonderheit habe - so führt es aus - beiden Teilen Vorteile geboten; der Ehemann der Klägerin sei dagegen geschützt gewesen, zu ungelegener Zeit auf Rückzahlung in Anspruch genommen zu werden; andererseits sichere der Vertrag der Beklagten den Absatz einer bestimmten Menge Bieres für längere Zeit, woran ihr mehr gelegen

sein müsse, als an einer baldigen Rückzahlung des Darlehenskapitals. Aus dieser Interessenlage schliesst das Berufungsgericht, dass der Vertrag dahin ausgelegt werden müsse, dass der Rechtsvorgänger der Klägerin und jetzt diese selbst das Darlehen nicht nur durch Zahlung des Aufgeldes auf das bezogene Bier habe tilgen dürfen, sondern dass sie nur auf diesem Wege, also durch gleichzeitigen Bierbezug, zur Tilgung berechtigt gewesen sei, dass es ihr aber nicht gestattet gewesen sei, das Darlehen zu kündigen und ohne gleichzeitigen Bierbezug zurückzuzahlen. Diese Auslegung greift die Revision an.

Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, dass eine Abrede des von ihm angenommenen Inhalts zulässig ist. Durch die Vereinbarung, dass ein Darlehen nur in bestimmten Teilbeträgen zurückbezahlt werden darf, wird ein Kündigungsrecht des Darlehensschuldners ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluss ist - vorbehaltlich der der Vertragsfreiheit insbesondere in den §§ 138, 242 BGB gesetzten Grenzen - zulässig; § 609 Abs 1 BGB ist nachgiebiges Recht, und auch die Auslegungsregel des § 271 BGB, wonach der Schuldner im Zweifel vor Fälligkeit leisten darf, gilt nur, falls nichts anderes bestimmt oder den Umständen zu entnehmen ist, schliesst also eine abweichende Parteivereinbarung nicht aus. Dies ist in der Rechtsprechung anerkannt. Ein dauernder Ausschluss, der allerdings als nichtig angesehen werden müsste (Soergel 8. Aufl § 609 Anm 2 a), liegt nicht vor.

Die Revision hält die Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht deswegen für irrig, weil kein Grund festgestellt sei, der den Ausschluss einer vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens rechtfertigen würde. Die Interessenlage erfordere eine solche Regelung nicht. In aller Regel werde die Dauer eines Bierlieferungsvertrages durch die wirtschaftliche Lage des Gastwirts und durch seine Abhängigkeit von der Braue-

rei bestimmt. Hätte im vorliegenden Falle die Kündigung des Darlehens seitens des Schuldners ausgeschlossen werden sollen, so hätte nichts näher gelegen, als das ausdrücklich zu bestimmen; das sei nicht geschehen.

Der streitige Darlehensvertrag ist ein Individualvertrag, dessen Auslegung das Revisionsgericht nur in beschränktem Umfange nachprüfen kann. Diese Nachprüfung ergibt keinen Anlass zu Bedenken gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts. Die von ihm gefundene Auslegung ist möglich; sie widerspricht dem Wortlaut nicht; sie lässt keinen Verstoß gegen allgemeine Auslegungsregeln, gegen Denkgesetze oder gegen Sätze der Erfahrung erkennen. Ob auch eine andere Auslegung möglich gewesen wäre und ob für die von der Revision vertretene Auslegung beachtliche Gründe angeführt werden können, ist unerheblich.

Die Revision greift die Ausführungen des Berufungsurteils mit einer aus § 286 ZPO hergeleiteten Verfahrensrüge an. Der Ehemann der Klägerin sei ein alter Kunde der Beklagten gewesen. Er habe das Darlehen nicht zum Ausbau der Wirtschaft, sondern zur Abfindung seines Bruders benötigt. Er habe viele Jahre lang ohne rechtliche Bindung Bier von der Beklagten bezogen und das auch weiterhin beabsichtigt. Daher habe weder die Beklagte Anlass gehabt, ihn anlässlich der Darlehensgewährung vertraglich zu binden, noch habe er selbst Anlass gehabt, eine solche Bindung zu übernehmen. Diese Tatsachen habe das Berufungsgericht ausser acht gelassen und damit gegen seine Pflicht zur allseitigen Würdigung des vorhandenen Prozeßstoffes verstoßen.

Es ist richtig, dass das Berufungsgericht die von ihm vertretene Auslegung nur kurz begründet und sich mit den von der Revision hervorgehobenen Tatsachen in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich auseinandersetzt. Daraus kann jedoch

nicht geschlossen werden, dass es sie übersehen hätte. Dass der Ehemann der Klägerin mit der Darlehensaufnahme die Abfindung seines Bruders und nicht die Vergrößerung seines Geschäftes bezweckte, stellt das Berufungsgericht ausdrücklich fest; für die rechtliche Beurteilung des Vertrages vom 10. Mai 1927 war dieser Umstand ohne Belang (RG Recht 1930 Nr 557). Ebenso ist im Tatbestand des Berufungsurteils erwähnt, dass der Ehemann der Klägerin schon vor Vertragsschluss ein langjähriger Kunde der Beklagten war. Das Berufungsgericht hat diese Tatsachen also in den Kreis seiner Erwägungen gezogen; welche Bedeutung es ihnen für die Auslegung des Vertrages beimessen wollte, war Sache der tatrichterlichen Würdigung und entzieht sich der Nachprüfung des Revisionsrichters. Auf dem Gebiet der Tatsachenwürdigung liegt vor allem die Frage, ob die Beklagte trotz der langjährigen guten Geschäftsbeziehungen Grund hatte, die Darlehensgewährung an den Ehemann der Klägerin dazu zu benützen, ihn durch eine Bierbezugsverpflichtung des vom Berufungsgerichts ermittelten Inhalts zu binden, und ob dieser Anlass hatte, auf eine solche Bindung einzugehen. Im übrigen entspricht es durchaus der Lebenserfahrung, dass eine Brauerei die Darlehensgewährung an einen Gastwirt von der Übernahme einer Bierbezugsverpflichtung abhängig macht, wie das im vorliegenden Falle geschehen ist, und auch unter den von der Revision hervorgehobenen Gesichtspunkten ist die dem Vertrag gegebene Auslegung keinesfalls unmöglich oder auch nur bedenklich.

In der mündlichen Verhandlung hat die Revision noch geltend gemacht: Wäre der Vertrag so, wie geplant, durchgeführt und das Darlehen durch Zahlung des Aufgeldes auf das bezogene Bier getilgt worden, so hätte die Tilgung bei einem Bezuge von 40 hl im Monat nicht ganz sieben Jahre in Anspruch genommen. Eine Bierbezugsverpflichtung für einen solchen Zeitraum könnte vielleicht dem Vertrage entnommen werden. Unmöglich sei es jedoch, den Vertrag dahin auszulegen, dass jetzt,

nachdem die Klägerin 26 Jahre Bier bezogen habe und ihren vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen sei, die Beklagte immer noch berechtigt sein solle, die Klägerin weitere sieben Jahre am Verträge festzuhalten; eine solche Auslegung sei nicht nur im Ergebnis unmöglich, sondern verstoße auch gegen die Denkgesetze. - Dieser Angriff scheitert daran, daß für die Auslegung eines Vertrages maßgebend sein muss, was die Parteien beim Vertragsschluss gewollt haben. Welche Folgen sich daraus ergeben, dass die Parteien im Laufe der Zeit den Vertrag nicht in der ursprünglich geplanten Art und Weise durchführen, kann für die Auslegung nicht entscheidend sein.

4. Das Berufungsgericht prüft nunmehr, ob der Darlehens- und Bierbezugsvertrag etwa sittenwidrig sei. Es verneint dies mit folgenden Ausführungen: Gegen die Zulässigkeit der Verbindung eines Brauereidarlehens mit einem Bierbezugsvertrag und mit einer Tilgungsabrede des erwähnten Inhalts könne grundsätzlich nichts eingewandt werden. Besondere Umstände, die eine unzumutbare Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Darlehensnehmers zur Folge hätten oder ihm übermäßige Opfer auferlegten, seien nicht ersichtlich. Es handle sich nicht um eine ausschliessliche Bierbezugsverpflichtung; der Ehemann der Klägerin habe sich nicht verpflichtet, nur von der Beklagten Bier zu beziehen. Die vertragliche Mindestmenge von 40 hl monatlich sei erheblich geringer als der Umsatz, der zur Zeit des Vertragsschlusses und auch später monatlich bis zu 100 hl betragen habe. Auch die Dauer der Bierbezugsverpflichtung halte sich in mäßigen Grenzen. Beim Bezug der vertraglichen Mindestmenge und planmäßiger Tilgung durch Bezahlung des Aufgeldes wäre das Darlehen in weniger als 7 Jahren getilgt gewesen. Die Beklagte hätte das Ende des Vertrages auch nicht dadurch auf unbestimmte Zeit hinauschieben können, daß ihr die Entscheidung darüber zustand, ob eine Zahlung auf das Darlehen oder auf Bierschulden anzurechnen sei; bei pünktlicher und vollständiger Bezahlung der

Bierrechnungen hätte die Beklagte die zum Zweck der Tilgung bezahlten Beträge als solche annehmen müssen. Der Darlehensnehmer habe es daher in der Hand gehabt, das Vertragsverhältnis in angemessener Zeit zu beenden. Dass die Abwicklung des Vertrages durch Zahlung des vereinbarten Aufgeldes nicht durchgeführt worden sei, liege nur daran, dass der Ehemann der Klägerin wiederholt um Aufschub der Tilgung gebeten und die Beklagte das zugestanden habe. Auch sonst enthalte der Vertrag keine Abrede, die eine Knebelung des Darlehensnehmers bedeute; es sei nicht einmal eine Vertragsstrafe vereinbart. Ein Sittenverstoß sei daher nicht feststellbar.

Diese Ausführungen entsprechen den in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Grundsätzen (vgl. RGZ 63, 390; 152, 251; JW 1935, 3217 u.a.) und lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Revision ist auf diese Punkte nicht zurückgekommen. - Ein Verstoß gegen Art V Ziffer 9 a 2 der VO Nr 78 der Britischen Militärregierung (Verbot der übermäßigen Konzentration deutscher Wirtschaftskraft) kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil keine ausschliessliche Bierbezugspflicht der Klägerin bei der Beklagten vereinbart ist, also eine Beschränkung des Wettbewerbs nicht vorliegt (vgl. hierzu das Urteil des I. Zivilsenats vom 23. November 1951, Lindenmaier-Möhring Art V MRVO (BrZ) 78 Nr2).

5. Die Klägerin hatte geltend gemacht, die Zerstörung der Gastwirtschaft im Jahre 1944 habe die Grundlage des Vertrages beseitigt. Das Berufungsgericht hat diesen Einwand zurückgewiesen. Es meint zwar, so lange die Gastwirtschaft noch nicht wieder aufgebaut gewesen sei, habe der Klägerin die Erfüllung der Bierbezugspflicht nicht zugemutet werden können; während dieser Zeit hätte sie sich mit Erfolg auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen und dadurch die vorzeitige Beendigung des Vertrages erreichen können. Nachdem jedoch der Ausschank im Erdgeschoss wieder eröffnet

worden sei, sei die Klägerin wieder in der Lage, die vertraglich ausbedungene Mindestmenge Bieres von der Beklagten zu beziehen und abzusetzen, wie sie nicht bestreite; jetzt könne ihr zugemutet werden, den Vertrag zu erfüllen. Sie könne sich auch nicht darauf berufen, dass sie nur unter erheblichen finanziellen Opfern, so durch Verkauf eines Hauses und ihres Schmuckes, den Neubau errichtet und dadurch erst die weitere Durchführung des Vertrages ermöglicht habe. Denn der Vertrag vom 10. Mai 1927 begründe eine Beteiligung der Darlehensgeberin an dem Risiko des Darlehensnehmers in seiner Eigenschaft als Hausbesitzer und Gaststätteninhaber nicht. Die Beklagte habe im I. Bauabschnitt der Klägerin Baumaterialien und Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt, mit Hilfe dieser Leistungen, möchten sie auch nur 10 % des Geldwertes der Gesamtaufwendungen betragen, habe der Ausschank im April 1948 eröffnet werden können. Schon mit Rücksicht auf diesen Beitrag widerspreche es Treu und Glauben, wenn die Klägerin sich nunmehr vom Vertrage lossagen wolle. Aber auch für den II. Bauabschnitt habe die Beklagte durch Bereitstellung erheblicher Kredite Hilfe geleistet, und für den III. Bauabschnitt habe sie Hilfe zugesagt, wie die Klägerin nicht bestreite, obwohl der Ausbau des Hauses als Hotel über den Rahmen eines Wiederaufbaues des früheren Betriebes hinausgehe. Wenn die Klägerin sich der finanziellen Unterstützung der Beklagten in dem III. Bauabschnitt nicht mehr bedient habe, so gehe das offenbar darauf zurück, dass sie inzwischen andere Bindungen eingegangen sei, die sie an einer Fortsetzung des Vertrages mit der Beklagten verhinderten. Dass sie solche Bindungen gegenüber Dritten habe eingehen müssen, um den Betrieb in dem früheren Rahmen wieder aufzubauen, habe die Klägerin nicht ausreichend dargetan. Aus diesen Erwägungen sei auch ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grunde abzulehnen.

Gegen diese Ausführungen wendet die Revision zunächst ein, wenn der Klägerin aus der Zerstörung des Anwesens ein Kündigungsrecht erwachsen sei, wie das Berufungsgericht mit Recht annehme, so könne dieses Recht nicht dadurch wieder erlöschen, dass die Klägerin unter Aufwendung eigener Mittel und unter ganz neuen Voraussetzungen den Gastwirtschaftsbetrieb wieder eröffne. Dieser Angriff ist nicht begründet. Es ist feste Rechtsprechung, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grunde gekündigt werden können, auch wenn vertragliche Bestimmungen hierüber nicht getroffen worden sind; dieses Kündigungsrecht tritt bei Dauerschuldverhältnissen anstelle eines bei anderen Schuldverhältnissen infolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erwachsenden Rücktrittsrechts (vgl. Siebert bei Soergel, 8. Aufl. Anm. D IV 4 zu § 242 BGB, ebenso die Entscheidung des erkennenden Senats vom 15. 6. 1951 - V ZR 86/50 -, abgedruckt in NJW 1951, 836). Dieses Kündigungsrecht wird aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) hergeleitet; es findet in diesem Gedanken auch seine Schranken. Voraussetzung des Kündigungsrechts ist, dass dem Schuldner die weitere Erfüllung nicht mehr zugemutet werden kann. Das Kündigungsrecht muss daher sein Ende finden, wenn die weitere Entwicklung der Verhältnisse die Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung beseitigt und die Leistung dem Schuldner nunmehr wieder zugemutet werden kann (so auch Siebert aaO). Dass dieser Fall eingetreten ist, stellt das Berufungsgericht fest; dass es bei seiner Beurteilung den Begriff der Unzumutbarkeit verkannt oder an die Leistungspflicht der Klägerin übermäßige Anforderungen gestellt habe, ist nicht ersichtlich. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin vor der Wiederaufnahme des Bierausschanks im April 1948 in der Zeit, in der ihre Bierbezugspflicht infolge der Einstellung des Ausschanks suspendiert war, hätte kündigen können, denn sie hat in diesem Zeitraum nicht gekündigt, vielmehr die Beihilfe der Beklagten beim Wiederaufbau des Gebäudes entgegengenommen.

Die Revision greift allerdings die Beurteilung der Verhältnisse durch das Berufungsgericht an. Sie hält es für eine Verletzung des materiellen Rechts, wenn das Berufungsgericht einen Verstoß gegen Treu und Glauben darin sieht, dass die Klägerin trotz der Leistungen der Beklagten sich von ihr lösen will. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Behauptung der Klägerin nicht berücksichtigt, dass die Beklagte über zwei Jahrzehnte lang mit dem Ehemann der Klägerin und dann mit dieser selbst ungewöhnlich gute Geschäfte gemacht und dabei ein Vielfaches von dem an Gewinn erzielt habe, was sie der Klägerin - übrigens gegen Entgelt - beim Wiederaufbau an Hilfe geleistet habe. Nachdem die Klägerin 26 Jahre lang Bier bezogen habe, obwohl man bei Vertragsschluss eine Bindung nur auf 7 Jahre ins Auge gefasst hatte, müsse sie doch jetzt in der Lage sein, sich von ihren Verpflichtungen durch Rückzahlung des Kapitals zu befreien.

Die Behauptung der Revision, dass die Klägerin für die der Beklagten zum Wiederaufbau gewährte Hilfe (Material und Arbeitskräfte) ein Entgelt habe bezahlen müssen, steht im Widerspruch zu den Feststellungen des Berufungsurteils, dass die Beklagte im I. Bauabschnitt Material und Arbeitskräfte ohne Vergütung beigesteuert habe; da diese Feststellung nicht mit Verfahrensrügen angegriffen ist, bindet sie das Revisionsgericht. Geht man hiervon aus und berücksichtigt man weiter, dass nach den Feststellungen des Berufungsurteils die Beklagte für den II. Bauabschnitt erhebliche Kredite bereitgestellt und für den III. Bauabschnitt großzügige finanzielle Mithilfe in Aussicht gestellt hat, so ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht der Ansicht ist, dass Treu und Glauben der Klägerin verboten, nach Durchführung des Wiederaufbaues die vorangegangenen Zerstörungen zu benutzen, um ihre Befreiung von dem Vertrage zu erreichen. - Es ist auch nicht begründet, wenn die Revision sich dagegen verwahrt, die Leistungen der Beklagten in den Jahren 1947

bis 1949 mit dem über 20 Jahre früher geschlossenen Vertrage in Beziehung zu setzen. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass die Beklagte die Klägerin beim Wiederaufbau ihres Betriebes unterstützt haben würde, wenn sie nicht daran interessiert gewesen wäre, ihr die Wiederaufnahme des Bierbezuges zu ermöglichen. - Dass die Vertragsbeziehungen der Parteien wegen des von der Klägerin bzw. ihrem Ehemann erbeten Verzichtes auf die Durchführung der Tilgungsabrede sich über einen unerwartet langen Zeitraum hinzogen, und dass die Beklagte in dieser Zeit aus den Bierlieferungen Nutzen zog, rechtfertigt eine Kündigung aus wichtigem Grunde noch nicht.

Zu der Feststellung des Berufungsrichters, die Klägerin habe nicht ausreichend dargetan, dass sie Bindungen zu anderen Geldgebern habe eingehen müssen, weil die Beklagte versagt habe, rügt die Revision mangelnde Ausübung des richterlichen Fragerechts. Unstreitig habe die Beklagte für den III. Bauabschnitt nur 25.000 DM langfristigen Kredit angeboten, weitere 25.000 DM habe sie der Klägerin nur als kurzfristigen Zweimonatskredit bereitstellen können oder wollen. Die Beklagte habe zugegeben, dass die Klägerin sich wegen der Deckung ihres Kapitalbedarfs zunächst an sie gewandt habe, dass sie, die Beklagte, allein nicht in der Lage gewesen sei, den Aufbau zu finanzieren, und dass der Ausbau des Hotels und dessen Einrichtung höhere Mittel erforderten, als sie die Beklagte bereitstellen konnte. Aus diesen Gründen habe die Klägerin nur die Wahl gehabt, entweder auf den Wiederaufbau zu verzichten oder sich an andere Geldgeber zu wenden. Dass die Klägerin nicht ohne zwingende Notwendigkeit Einzelheiten ihrer Beziehungen zu anderen Brauereien habe bekanntgeben wollen, sei verständlich; hätte das Berufungsgericht zu der von ihm vermissten näheren Substantiierung aufgefordert, so würde die Klägerin durch Vorlage der Unterlagen über die Finanzierung des Neubaus schlüssig nachgewiesen haben, dass die von der Beklagten angebotenen

Beträge hierfür nicht ausreichten.

Diese Verfahrensrüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht will offenbar nicht in Zweifel setzen, dass die von der Beklagten für den III. Bauabschnitt angebotenen Kredite zur Finanzierung des Hotelneubaues nicht ausgereicht haben würden. Darauf kam es aber nicht an. Auch wenn man dem Darlehens- und Bierlieferungsvertrage vom 10. Mai 1927 eine Verpflichtung der Beklagten entnehmen will, der Klägerin beim Wiederaufbau ihres Anwesens behilflich zu sein, so wäre doch für die Frage, ob die Beklagte bei dieser Mitwirkung "versagt" hat, entscheidend, ob die von ihr angebotenen Kredite ausgereicht hätten, den Gastwirtschaftsbetrieb in dem früheren Rahmen wieder zu eröffnen, und hierzu stellt das Berufungsgericht fest, die Notwendigkeit der Inanspruchnahme fremder Geldgeber zu diesem Zweck sei nicht ausreichend dargetan. Mit Recht hält das Berufungsgericht für unerheblich, was der tatsächlich ausgeführte Ausbau kostete, sondern stellt darauf ab, was die Wiederherstellung des Gebäudes in dem früheren Rahmen gekostet haben würde; seine Feststellung, es sei nicht dargetan, dass dafür die von der Beklagten angebotenen Mittel nicht ausgereicht hätten, wird durch den Revisionsangriff nicht erschüttert.

6. Gegenüber dem von den Vorinstanzen angenommenen vertraglichen Ausschluss eines Kündigungsrechts seitens des Darlehensnehmers hatte die Klägerin sich auf § 247 BGB berufen, aus dem sie ein zwingendes gesetzliches Kündigungsrecht herleitet. Nach der notariellen Urkunde vom 10. Mai 1927 war das von der Beklagten gewährte Darlehen zum jeweiligen Lombardzinsfuß der Reichsbank, mindestens aber mit 6 % und höchstens mit 12 % jährlich zu verzinsen; die Verzinsung sollte "gleitend" sein, d.h. dem Fallen oder Steigen des Diskontsatzes sich anpassen. In dieser Bestimmung sieht die Klägerin die Vereinbarung eines höheren Zinssatzes als 6 %

jährlich, so dass nach der genannten Bestimmung die Schuldnerin das Darlehen nach einer Vertragsdauer von 6 Monaten unter Einhaltung einer sechsmonatlichen Kündigungsfrist kündigen könne.

Das Berufungsgericht hält diese Bestimmung nicht für anwendbar. Es sei unstreitig, dass die Beklagte niemals höhere Zinsen als 6 %, seit 1941 5 % verlangt habe; sie habe verbindlich erklärt, auch in Zukunft keine höheren Zinsen als 6 % fordern zu wollen. Unter diesen Umständen bedürfe die Klägerin nicht eines Schutzes gegen übermäßige Zinsansprüche, wie § 247 BGB ihn gewähre. Daher könne dahinstehen, ob die Klägerin nicht auf das Kündigungsrecht nach dieser Bestimmung verzichtet oder es durch jahrelange Nichtausübung verwirkt habe. Im übrigen würde auch eine Kündigung nach § 247 BGB nicht dazu führen, dass die Verpflichtungen der Klägerin sich auf eine Geldleistung beschränke, durch deren Zahlung alle Vertragspflichten abgegolten werden könnten.

Die Revision macht geltend, für die Anwendung des § 247 BGB komme es nur darauf an, ob ein höherer Zinssatz als 6 % jährlich "vereinbart" sei, und das sei der Fall. Dass seit 1937, vielleicht sogar schon seit Dezember 1931 infolge der Ermäßigung des Lombardsatzes und in Auswirkung der gesetzlichen Zinssenkung (Erster Teil Kapitel III § 1 der 4. VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens vom 8. Dezember 1931 in Verbindung mit Art 2 der 1. DVO hierzu vom 23. Dezember 1931, RGBl I, 699, 793) nicht mehr als 6 % Zinsen verlangt worden seien, sei nicht entscheidend, zumal die erwähnte Zinsherabsetzung den Zinsspielraum nur auf 6 bis 9 % ermäßigt habe. Darauf, dass die Erhöhung des Zinssatzes über 6 % durch Ereignisse ausserhalb des Einflussbereichs der Parteien (nämlich die Höhe des Lombardsatzes) bedingt gewesen sei, komme es nicht an. - Dieser Ansicht vermag der Senat nicht zu fol-

gen. § 247 BGB war durch das Gesetz vom 3.3.1923 (RGBl I, 163) einstweilen ausser Kraft gesetzt worden und galt daher zur Zeit des Vertragsschlusses nicht. Erst durch Kapitel III Abschn 1 § 8 des ersten Teils der erwähnten Notverordnung ist er wieder in Kraft gesetzt worden. Dies steht der Anwendung auf den vorliegenden Fall nicht entgegen; nach herrschender Ansicht trifft § 247 BGB auch Schuldverhältnisse, die bei seinem Wiederinkrafttreten bereits bestanden. (RGRK 10. Aufl § 247 Anm 2 unter Hinweis auf RGZ 66, 41). Ausser Frage ist weiter, dass § 247 BGB auch unter Kaufleuten gilt (RGZ 86, 399). Aber in dem notariellen Verträge vom 10. Mai 1927 ist nicht schlechthin ein höherer Zinssatz als 6 %, sei es allgemein, sei es für bestimmte Fälle (z.B. Zahlungsverzug des Schuldners) vereinbart, sondern ein gleitender Zinssatz, der sich nach dem Lombardzinsfuß der Reichsbank und dem Reichsbankdiskontsatz richtete, jedoch mit einer Begrenzung nach unten auf 6 %, nach oben auf 12 % jährlich. Ein höherer Zinssatz als 6 % war nur zu bezahlen, falls der Reichsbanklombardsatz über 6 % stieg; er war also nur bedingt vereinbart. Das Kündigungsrecht aus § 247 BGB soll den Schuldner gegen übermäßige Zinsansprüche schützen; sinngemäss muss es davon abhängig sein, dass ein höherer Zinssatz als 6 % tatsächlich verlangt werden kann. Ist dies von einer Bedingung abhängig, so ist auch das Kündigungsrecht von dem Eintritt dieser Bedingung abhängig; es kann also erst ausgeübt werden, wenn die Bedingung eingetreten ist und ein höherer Zinssatz als 6 % wirklich geschuldet wird. Nach den Feststellungen des Berufungsurteils ist dieser Fall bisher nicht eingetreten; der Reichsbanklombardsatz ist seit April 1933 bis zum 25. Oktober 1950 trotz wiederholter Veränderungen nicht über 6 % gestiegen, wie die Klägerin selbst vorgetragen hat.

So lagen die Verhältnisse auch im Zeitpunkt der Klageerhebung (August 1950). Wollte man in dieser eine Kündigung sehen, so wäre diese unter dem Gesichtspunkt des § 247 BGB

nicht berechtigt gewesen; gegen eine Würdigung der Klage als Kündigung aus § 247 BGB spricht, dass die Parteien erst durch den Aufklärungsbeschluss des Landgerichts vom 20. Oktober 1950 auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen worden sind. Erst mit Wirkung vom 26. Oktober 1950 ist der Lombardsatz auf 7 % hinaufgesetzt worden (Bekanntmachung des Zentralbankrats der Bank deutscher Länder vom 26. Oktober 1950, Bundesanzeiger Nr 210 vom 31. Oktober 1950 Seite 2). Nunmehr wäre eine Kündigung aus § 247 BGB vielleicht möglich gewesen; die Beklagte hat jedoch mit Schriftsatz vom 13. November 1950 (Bl 66 GA) bindend erklärt, auch künftig nicht mehr als 6 % verlangen zu wollen. Mit dieser Erklärung hat die Beklagte dem Kündigungsrecht aus § 247 BGB die Grundlage entzogen. Dass die Klägerin zwischen der Erhöhung des Lombardsatzes vom 26. Oktober 1950 und dem Schriftsatz der Beklagten vom 13. November 1950 eine Erklärung abgegeben habe, die als Kündigung gedeutet werden könnte, ist nicht behauptet und nicht ersichtlich.

Die Revision macht geltend, der gesetzgeberische Grund der genannten Bestimmung fordere, dass neben den Zinsen auch andere mit dem Darlehen verbundene Lasten berücksichtigt werden, wenn diese, wirtschaftlich betrachtet, die Zinslast erhöhen. Eine derartige Belastung der Klägerin will die Revision in ihrer Bierbezugspflicht sehen. Dem kann nicht gefolgt werden. § 247 ist eine Sondervorschrift für Zinsvereinbarungen. Der Begriff der Zinsen ist im Gesetz nicht bestimmt; es sind darunter wiederkehrende Vergütungen für den Gebrauch eines Kapitals zu verstehen, die nach Bruchteilen dieses Kapitals berechnet und im voraus dem Betrage nach bestimmt sind (RGZ 86, 399; 168, 284). Dabei widerspricht es dem Begriff der Zinsen nicht, wenn die Höhe der zu leistenden Vergütung nicht ein für allemal feststeht, sondern sich nach bestimmten, möglicherweise wechselnden Umständen richtet, wie bei der Anpassung des Zinssatzes an den jewei-

ligen Reichsbankdiskontsatz (RGZ 118, 152 [156]). Dagegen hat die Rechtsprechung es ständig abgelehnt, anders gear- tete Leistungen als Zinsen den für diese geltenden Vor- schriften zu unterstellen, so vereinbarte Gewinnanteile (vgl die oben genannten Entscheidungen des Reichsgerichts, ferner RG JW 1928, 1368; Warn 1910 Nr 417 Seite 434; neuer- dings Geßler-Hefermehl-Hildebrand-Schröder, HGB 2. Aufl Anm 1 a zu § 352) oder Sachleistungen (RGZ 160, 71 [78 ff]), die als Vergütung nicht für den Gebrauch, sondern für die Über- lassung oder Hingabe des Kapitals vereinbart waren.

Für den Bereich des § 247 BGB kann der Begriff des Zin- ses nicht anders verstanden werden. Das zur Tilgung des Dar- lehens vereinbarte Aufgeld fällt unter den Begriff des Zin- ses zweifellos nicht; Tilgungsleistungen sind nicht Erträge des Kapitals, sondern Teile der Kapitalschuld (RGZ 91, 299). Die Ausführungen der Revision haben aber auch weniger das Aufgeld im Auge als die Bierbezugsverpflichtung als solche, die als gesetzliche Belastung dem zu bezahlenden Zins hinzuzu- schlagen sei, so dass sich ein höherer Satz als 6 % errech- ne. Der Gedanke, in den Rahmen der Zinsbelastung auch noch andere Nebenleistungen einzubeziehen, ist abwegig; er ist, soweit ersichtlich, noch nirgends vertreten und in der Ent- scheidung des Reichsgerichts RGZ 160, 170 für einen ähnlich gelagerten Fall abgelehnt worden. Dem schliesst der Senat sich an. Der von der Revision vertretene Gedanke würde bei folgerichtiger Durchführung dazu zwingen, die gesamten Aus- wirkungen des Vertrages auf beide Parteien abzuwägen, zu prüfen, ob und welche Nachteile aus der Bierbezugsverpflich- tung für die Klägerin etwa entstehen, diese Nachteile in Geld zu veranschlagen, und die so errechneten Beträge in Prozenten des Darlehenskapitals auszudrücken, um sie dem vereinbarten Zins hinzurechnen zu können. Abgesehen von der praktischen Unmöglichkeit einer solchen Rechnung, würde eine solche Ausdehnung des § 247 BGB auch völlig ausserhalb des

Rahmens liegen, den der Gesetzgeber bei Schaffung dieser Bestimmung im Auge gehabt hat. Sie würde dazu führen, dass Schuldner sich von wirtschaftlich ungünstigen Verträgen, die mit einer Zinspflicht verbunden sind, unter Einhaltung der in § 247 BGB bestimmten Frist jederzeit lösen könnten. Damit würden die in § 138 BGB, insbesondere in Abs 2 dieser Bestimmung, für den Schutz des Schuldners gegebenen Schranken gesprengt und eine weitgehende Rechtsunsicherheit herbeigeführt werden. Das Berufungsgericht hat daher ein Kündigungsrecht aus § 247 BGB zu Recht verneint.

Nach dem Ausgeführten sind die Angriffe der Revision in allen Punkten unbegründet. Diese war daher zurückzuweisen.

B. zur Anschlußrevision:

1. Das Berufungsgericht legt zugrunde, dass Jakob H. in der notariellen Verhandlung vom 10. Mai 1927 die auf dem Grundstück seines Bruders eingetragene Kaufgeldresthypothek - abgesehen von dem Teilbetrage von 1.500 RM, dessen Löschung er gleichzeitig bewilligte - an die Beklagte abgetreten habe. Diese Abtretungserklärung bedurfte der notariellen Form nicht; jedoch war, da es sich um eine Briefhypothek handelte, Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefes erforderlich (§ 1154 Abs 1 Satz 1 BGB). Dass der Brief übergeben worden ist, stellt das Berufungsurteil fest. Der Schriftform bedurfte nur die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers; die Annahme der Abtretung seitens der Beklagten konnte formlos, also mündlich oder durch schlüssige Handlungen, vorgenommen werden. Der Schriftform wurde durch die notarielle Beurkundung genügt (§ 126 Abs 3 BGB). Für die Wirksamkeit der Abtretung ist es unschädlich, dass die Annahmeerklärungen der Vertreter der Beklagten in der Niederschrift vom 10. Mai 1927 nur erwähnt, aber nicht beurkun-

det sind; es kommen insoweit dieselben Gesichtspunkte zur Anwendung wie für die Beurteilung der einseitigen Verpflichtungserklärung des Ehemanns der Klägerin (oben A 1). Die Klägerin hat die Wirksamkeit der Abtretung nicht in Zweifel gezogen.

2. Das Berufungsgericht erwägt nun, dass die der Beklagten abgetretene Hypothek nicht die Darlehensforderung der Beklagten gegen die Klägerin oder ihren Rechtsvorgänger gesichert habe, sondern die Restkaufpreisforderung des Jakob H. Da die Hypothek nicht ohne die gesicherte Forderung habe abgetreten werden können (§ 1153 Abs 2 BGB), müsse die Abtretung vom 10. Mai 1927 als eine Abtretung der Kaufpreisrestforderung samt der zugehörigen Hypothek verstanden werden. Damit sei noch nicht die Darlehensforderung der Beklagten unmittelbar durch die Hypothek gesichert worden. Dieses Ergebnis wäre nur durch eine Forderungsauswechslung (§ 1180 BGB) zu erreichen gewesen, die in der Urkunde vom 10. Mai 1927 nicht erklärt und jedenfalls mangels der nach § 1180 Abs 1 BGB erforderlichen Eintragung im Grundbuch nicht wirksam geworden sei. Die Beklagte habe daher als Sicherheit für ihre Darlehensforderung die hypothekarisch gesicherte Restkaufpreisforderung erworben. An dieser Rechtslage habe die Zahlung der Darlehensvaluta von Ferdinand Hansen an Jakob H. nichts geändert. Ein Erlöschen der Kaufpreisrestforderung und die Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschild sei durch diese Zahlung nicht herbeigeführt worden, denn Jakob H. sei im Zeitpunkt dieser Zahlung nicht mehr Gläubiger der Kaufpreisrestforderung gewesen. Die Zahlung sei vielmehr die Gegenleistung dafür gewesen, dass er die hypothekarisch gesicherte Kaufpreisrestforderung der Beklagten (übrigens in gleicher Weise die ihm zustehenden Rechte aus der nur sicherheitshalber erfolgten Abtretung auf den Ehemann der Klägerin) übertragen habe. - Die Tilgung der Kaufpreisrestforderung richte

sich nach ihren eigenen Bedingungen und nicht nach denen für die Tilgung des Darlehens. Infolgedessen sei durch die Zahlung der Klägerin diese Kaufpreisrestforderung - die nach § 16 UmstG im Verhältnis 10 : 1 in Deutsche Mark umgestellt worden sei - getilgt und erloschen. Damit habe die Hypothek sich in eine Eigentümergrundschuld verwandelt. Unter Hinweis auf RGZ 101, 231 führt das Berufungsgericht aus, dass die Klägerin bei dieser Sachlage die Beklagte nicht nur auf Bewilligung der Grundbuchberichtigung in Anspruch nehmen, sondern auch die Zustimmung zur Löschung der Hypothek fordern könne.

Die Anschlußrevision rügt Verletzung der §§ 242, 1153 ff BGB. Sie macht geltend: Die im Berufungsurteil entwickelte Konstruktion, dass an Jakob H. ein Entgelt für die Abtretung gezahlt, und dass die Darlehensforderung der Beklagten unmittelbar nur durch die Kaufgeldrestforderung und nur mittelbar durch die mit dieser verbundenen Hypothek gesichert worden sei, habe den Parteien bei Vertragsschluss völlig fern gelegen. Das wirtschaftliche Ziel aller Beteiligten sei gewesen, Jakob H. durch das von seinem Bruder bei der Beklagten aufgenommene Darlehen abzufinden und die Darlehensforderung der Beklagten durch das bisher für Jakob H. eingetragene Grundpfandrecht zu sichern. Wirtschaftlich sei eine Abtretung der Hypothek verbunden mit einer Forderungsauswechslung gewollt gewesen, die nur wegen des vom Berufungsgericht festgestellten Fehlens der Eintragung im Grundbuch nicht wirksam geworden sei. Unter diesen Umständen verstoße es gegen Treu und Glauben, wenn die Klägerin trotz Fortbestehens ihrer Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrage die Löschung der Hypothek verlange; mit diesem Verlangen setze sie sich in Widerspruch zu ihrem eigenen früheren Verhalten, wie es sich aus dem Vertrag vom 10. Mai 1927 ergebe. Möge die Hypothek, sei es durch Zahlung der 16.000 RM an Jakob H., sei es durch Zahlung des Umstellungsbetrages an die Beklagte, Eigentümergrundschuld geworden sein, so habe die Klägerin doch diese Ei-

gentümergrundschuld sicherungshalber der Beklagten überlassen, oder sei sie aus dem Vertrage vom 10. Mai 1927 in sinn-
gemäßer Auslegung dazu verpflichtet.

Die Klägerin stimmt den Ausführungen der Anschlußrevision darin zu, dass dem wirtschaftlichen Zweck, den die Beteiligten mit dem Vertrage vom 10. Mai 1927 verfolgten, eine Abtretung der Hypothek von Jakob H. an die Beklagte unter gleichzeitiger Auswechslung der bisher gesicherten Kaufpreisrestforderung mit der der Beklagten zustehenden Darlehensforderung entsprochen hätte, dass aber eine Forderungsauswechslung nicht wirksam erfolgt sei. Geht man von diesem Sachverhalt aus, so sind die Ausführungen des Berufungsurteils über die rechtlichen Wirkungen der am 10. Mai 1927 abgegebenen Erklärungen zu billigen. Das gewollte Rechtsgeschäft, die Forderungsauswechslung, ist wegen Formmangels nichtig, die abgegebenen Erklärungen genügen aber den Erfordernissen einer Abtretung der Restkaufgeldforderung mit der Hypothek, und es bestehen keine Bedenken gegen die Annahme, dass die Parteien in Kenntnis der Formnichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts das letztere gewollt haben würden, welches wirtschaftlich wenigstens annähernd zu denselben Ergebnissen führt (§ 140 BGB; RG Warn 1933 Nr 151 Seite 298).

Das Berufungsgericht übersieht jedoch, dass seine Erwägungen sich nur auf die dinglichen Wirkungen der am 10. Mai 1927 getroffenen Vereinbarungen erstrecken. Es unterlässt eine Prüfung, ob nicht aus diesen Vorgängen schuldrechtliche Verpflichtungen des Ehemanns der Klägerin und jetzt dieser selbst entspringen, die dem Lösungsanspruch entgegenstehen. Die Parteien sind darüber einig, dass es der wirtschaftliche Zweck der am 10. Mai 1927 getroffenen Vereinbarungen war, Jakob H. für sein Darlehen abzufinden und die für ihn eingetragene Hypothek der Beklagten zur Sicherung ihrer Neubegründeten Darlehensforderung gegen

den Ehemann der Klägerin zu verwenden. Die dazu notwendige Forderungsauswechslung ist mangels Beobachtung der notwendigen Formen nicht zustande gekommen, die unmittelbare hypothekarische Sicherung der Darlehensforderung der Beklagten ist daher nicht erreicht worden. Das schließt eine schuldrechtliche Verpflichtung der Parteien nicht aus, die beabsichtigte Rechtsänderung herbeizuführen und zu der beabsichtigten Forderungsauswechslung zusammenzuwirken. Eine solche schuldrechtliche Verpflichtung bedurfte der in § 1180 BGB vorgesehenen Form nicht; auch § 873 Abs 2 BGB kommt hier nicht zur Anwendung (RGZ 50, 77 82; HRR 1934 Nr 1679; Staudinger Anm 2 g, 5 a zu § 1180). Für die Klägerin würde diese Verpflichtung darin bestehen, der Beklagten gegenüber zu bewilligen, dass anstelle der ihr abgetretenen Restkaufpreisforderung die Darlehensforderung als gesicherte Forderung tritt. Es könnte auch erwogen werden, ob nicht den am 10. Mai 1927 abgegebenen Erklärungen des Ehemanns der Klägerin entnommen werden muss, dass er die Bedingungen der Restkaufgeldhypothek dahin ändern wollte, dass sie den Bedingungen der Darlehenshypothek entsprechen, so dass eine Rückzahlung auch der Restkaufgeldforderung an die Beklagte nur zu den Tilgungsbedingungen der Darlehensforderung möglich wäre. Ob die eine oder andere Auslegung zu wählen wäre, wäre Sache des Patrichters. Es kommt jedoch darauf nicht an, da eine der beiden Auslegungen Platz greifen muss; da das Berufungsgericht den Vertrag unter diesem Gesichtspunkt nicht geprüft hat, ist der Senat nicht gehindert, die Lücke der Erwägungen des Berufungsgerichts auszufüllen und die Vereinbarungen der Parteien selbständig auszulegen (Lindenmaier-Möhring BGB § 133 A Nr 2, Urteil des II. Zivilsenats vom 24. November 1951, II ZR 51/51). Die Verpflichtung der Klägerin, zu einer Forderungsauswechslung mitzuwirken, oder die Rückzahlungsbedingungen der Restkaufgeldhypothek an die Tilgungsbedingungen der Darlehensforderung anzupassen, berechtigt die Beklagte, der Löschungsklage mit der Einrede der allgemeinen Arglist zu begegnen (RG HRR 1934 Nr 679).

Es bedarf daher nicht der Prüfung, ob nicht auch ohne Annahme einer solchen Verpflichtung der Beklagten der Löschungsanspruch der Klägerin gegen Treu und Glauben verstößt.

Die Anschlußrevision hat daher Erfolg. Soweit sie das Berufungsurteil angefochten hatt, muss es aufgehoben werden. Da der Sachverhalt ausreichend geklärt und der Rechtsstreit zur Entscheidung im Sinne der Anschlußrevision reif ist, hat der Senat von einer Zurückverweisung abgesehen und selbst erkannt (§ 565 Abs 3 Ziff 1 ZPO)..

So ergab sich die getroffene Entscheidung. Über die Kosten wurde nach Maßgabe der §§ 91, 97 ZPO erkannt.

Dr. Tasche

Bundesrichter Dr. v. Normann ist infolge Krankheitsurlaubs verhindert zu unterschreiben.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus

Dr. Heck

Schuster