

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 133/71

### URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

13. Juli 1973

H i r t h  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

der Frau Elfriede K [REDACTED] geb. G [REDACTED], L [REDACTED],  
H [REDACTED] weg ●,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Elfriede L [REDACTED] geb. H [REDACTED], L [REDACTED],  
H [REDACTED] weg ●,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1973 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Freitag, Offterdinger, Dr. Grell und von der Mühlen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Juli 1971 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Klägerin vermietete der Beklagten und ihrem Ehemann am 3. Januar 1968 die Wohnung im Obergeschoß und Dachgeschoß (Spitzboden) ihres noch nicht bezugsfertigen Hauses in L[REDACTED]. Die Wohnfläche des Obergeschosses betrug einschließlich des Balkonanteils 109,32 qm. Im Dachgeschoß waren nach der Darstellung der Beklagten zwei Wohnräume, eine Toilette und Nebenräume von zusammen 40 qm vorgesehen. Nach dem Mietvertrage galt eine Größe der Wohnung von 150 qm als vereinbart.

- 3 -

Am 8. Februar 1968 schlossen die Klägerin und der Ehemann der Beklagten einen privatschriftlichen Vorvertrag über den Kauf dieser Wohnung; darin wird sie als "Wohnung im 1. Obergeschoß mit Nebenraum im Dachgeschoß (Trocken- und Abstellraum)" gekennzeichnet. Im März 1968 lag den Parteien der Entwurf eines notariellen Vertrages für einen Verkauf der Wohnung an die Beklagte vor; danach sollte das Sondereigentum bestehen aus der "im Obergeschoß des Hauptbaus liegenden Wohnung, Wohnfläche 109,32 qm".

Die Beklagte machte Anzahlungen auf den Kaufpreis und Aufwendungen für den Ausbau der Wohnung. Am 29. Mai 1968 bewilligte ihr die Klägerin in notariellem Verträge eine brief- und zinslose, Zug um Zug gegen Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu löschende Grundschuld von 70 000 DM zur Sicherung der Ansprüche aus diesen Zahlungen und Verwendungen und unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. Im gleichen Verträge verpflichteten sich die Parteien zum Abschluß eines Kaufvertrages über die Wohnung. In diesem Zusammenhang bestimmt der Vertrag: "Die näheren Bedingungen werden auf der Grundlage des privatschriftlichen Vertrages vom 8. Februar 1968 und auf der Grundlage des Vertragsentwurfs, den der Notar den Beteiligten Anfang März 1968 zugestellt hat, abgeschlossen. Die genauen Vertragsbedingungen werden jedoch noch ausgehandelt."

Nach der Beurkundung erfuhr der Notar, daß im Dachgeschoß abweichend von den baubehördlich genehmigten Plänen Wohnräume ausgebaut worden waren. Er machte



seine weitere Mitwirkung von der Vorlage einer den wirklichen Zustand des Dachgeschosses wiedergebenden und mit behördlichem Genehmigungsvermerk versehenen Bauzeichnung abhängig. Darum bemühte sich die Klägerin vergeblich; die Behörde versah eine Grundrisszeichnung des Dachgeschosses mit dem Vermerk "keine Aufenthaltsräume".

Die Beklagte lehnte daraufhin den Kauf der Wohnung ab. Sie erhebt Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin. Auf ihren Antrag wurde durch Beschluß vom 10. Februar 1969 die Zwangsversteigerung des Grundstücks aufgrund der Unterwerfungsklausel in der Urkunde vom 29. Mai 1968 angeordnet.

Die Klägerin hat zunächst beantragt, die Zwangsvollstreckung in vollem Umfange für unzulässig zu erklären. Das Landgericht hat sie für unzulässig erklärt, soweit sie wegen eines Betrages von mehr als 29 870,08 DM betrieben wird; in dieser Höhe sei die Sicherungsgrundschuld durch fällige Forderungen gegen die Klägerin valutiert.

Mit der Berufung hat die Beklagte die volle Abweisung der Klage begehrt. Die Klägerin hat im Wege der Anschlußberufung beantragt, die Zwangsvollstreckung auch insoweit für unzulässig zu erklären, als sie wegen eines Betrages von mehr als 14 751,71 DM betrieben wird. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen und nach dem Antrage der Anschlußberufung erkannt. Eine erst in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage der Beklagten auf Zahlung des durch die Grundschuld

nicht gedeckten Betrages ihrer Aufwendungen und Schäden hat es als unzulässig abgewiesen (§ 529 Abs. 4 ZPO).

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Vollabweisung der Klage; die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### Entscheidungsgründe

-----

Der Berufungsrichter hält die Zwangsvollstreckung aus der Grundsuld in vollem Umfange für unzulässig, sieht sich jedoch an der entsprechenden Entscheidung dadurch gehindert, daß die Klägerin das landgerichtliche Urteil in Höhe von 14 751,71 DM nicht angefochten hat. Er führt aus:

Die Grundsuld habe die Beklagte nach dem erkennbaren Willen der Parteien wegen ihrer Vorauszahlungen und wegen ihrer auf den Kaufpreis anzurechnenden eigenen Aufwendungen für den Fall sichern sollen, daß der Wohnungskauf aus Gründen unterbleibe, die nicht von ihr zu vertreten waren, sondern entweder von der Klägerin oder von keiner der Parteien.

Zum Kauf der Wohnung sei es deswegen nicht gekommen, weil die Beklagte sich geweigert habe, das dem Vorvertrage vom 29. Mai 1968 entsprechende Angebot der Klägerin anzunehmen. In diesem Vertrage sei die Klägerin verpflichtet worden, der Beklagten eine aus Wohnräumen im

Obergeschoß und Nebenräumen (Trocken- und Abstellraum) im Dachgeschoß bestehende Eigentumswohnung zu verkaufen, nicht aber, wie die Beklagte behauptete, eine Wohnung in dem tatsächlich bestehenden Zustande, das heißt mit Wohnräumen im Obergeschoß und im Dachgeschoß. Die Sollbeschaffenheit des Kaufgegenstandes sei durch die Bezugnahme des Vorvertrages auf die Urkunden von Februar und März 1968 festgelegt worden.

Hilfsweise erwägt der Berufungsrichter, daß die Beklagte von der Sicherungsgrundschuld auch dann keinen Gebrauch machen dürfe, wenn als ungeklärt angesehen werde, ob die Klägerin verpflichtet gewesen sei, der Beklagten eine Wohnung mit baupolizeilich genehmigten Wohnräumen im Dachgeschoß anzubieten. In diesem Falle habe die Beklagte den Beweis für den Eintritt der nach der Sicherungsabrede erforderlichen Verwertungsvoraussetzungen nicht erbracht.

Die Revision wendet sich zunächst gegen die tatrichterliche Auslegung der Sicherungsabrede in Abschnitt II des Vertrages vom 29. Mai. Sie bittet um Nachprüfung, ob die Berechtigung der Beklagten zur Verwertung der Grundschuld ohne weiteres entfalle, wenn der Kauf aus Gründen unterblieb, die sie zu vertreten hatte. Auch in einem solchen Falle verblieben der Beklagten mindestens Bereicherungsansprüche, die vom Verschulden der Beteiligten unabhängig seien und deswegen als durch die Grundschuld gesichert angesehen werden müßten; davon gehe offenkundig auch das Berufungsurteil aus.

Dem kann nicht beigetreten werden. Die Entscheidung des Berufungsrichters beruht auf der Überzeugung, daß der Beklagten ein Zugriff auf das Grundstück verwehrt sein sollte, wenn sie zu vertreten hatte, daß der Kauf nicht zustandekam und damit für die Klägerin die Möglichkeit entfiel, die Vorleistungen der Beklagten mit der Kaufpreisforderung gegen die Beklagte zu verrechnen. Diese Auslegung ist möglich; sie entspricht dem Ausschluß von Brief, Zins und Übertragbarkeit wie der Vereinbarung, daß das Pfandrecht Zug um Zug gegen die Auflassungsvormerkung zu löschen sei. Eine Verfahrensrüge erhebt die Revision nicht; ihre rechtliche Erwägung greift nicht durch: die Klägerin ist Zahlungsansprüchen wegen Bereicherung nur ausgesetzt, weil die Beklagte nach tatrichterlicher Überzeugung ein vertragsgemäßes Kaufangebot abgelehnt hat.

Mit Erfolg wendet sich die Revision jedoch gegen die tatrichterliche Auslegung des Abschnitts IV des Vertrages vom 29. Mai und die auf ihr beruhende Feststellung, Gegenstand des Kaufversprechens der Beklagten sei die Wohnung ohne Wohnräume im Dachgeschoß gewesen. Im Berufungsurteil wird darüber ausgeführt:

Der Vorvertrag spreche zunächst von "der Eigentumswohnung". Man müsse daher auf deren Beschreibung im Abschnitt II (Grundschuldbestellung) zurückgreifen. Dort sei zwar festgestellt, die Beklagte bewohne bereits die Wohnung im Ober- und im Dachgeschoß. Zur Wohnung, die der Mieter "bewohne", gehörten aber nach dem Sprachgebrauch auch die Nebenräume; daher besage diese

Feststellung nicht zwingend, daß es sich im Dachgeschoß um Wohnräume gehandelt habe. Auch die Nutzung dieses Geschosses zu Wohnzwecken könnte den Standpunkt der Beklagten, sie habe die Wohnung nur in dem tatsächlichen Ausbau- und Nutzungszustand zu kaufen brauchen, allenfalls rechtfertigen, wenn der Vertrag sonst keinen Anhaltspunkt für die Sollbeschaffenheit des Kaufgegenstandes böte. Abschnitt IV verweise aber auf Urkunden, die das Kaufobjekt eindeutig im Sinne der Klägerin beschrieben. Dieser Fixierung komme für die Auslegung der Vorrang zu; das gelte besonders, weil es durchaus nahe gelegen habe, den baurechtswidrigen Zustand nicht hervorzuheben, und folge schließlich auch aus der Nichterwähnung des Mietvertrages vom 3. Januar 1968.

Nach tatrichterlicher Auslegung haben demnach die Parteien zum Gegenstand ihres Vertrages vom 29. Mai die Wohnung mit Trocken- und Abstellraum im Dachgeschoß gemacht unabhängig davon, wie dieses Geschloß vom Ehemann der Klägerin geplant, wie es ausgebaut und vermietet worden war und von der Beklagten genutzt wurde.

Bedenken gegen diese Auslegung ergeben sich nicht, wie die Revision meint, schon daraus, daß der Berufungsrichter einen naheliegenden Grund für die gewählte Beschreibung des Kaufobjekts in der Baurechtswidrigkeit von Ausbau und Nutzung des Dachgeschosses sieht, ohne festzustellen, daß sich auch die Beklagte dieser Rechts-

widrigkeit bewußt war. Denn damit wird nur eine denkbare Erklärung dafür aufgezeigt, daß der Vertrag vom 29. Mai auf das Schriftstück vom 8. Februar, nicht aber auf den Mietvertrag vom 3. Januar verweist.

Das Berufungsgericht setzt sich aber, wie die Revision mit Recht rügt, nicht mit der Behauptung der Beklagten auseinander, die Beteiligten seien sich darüber einig gewesen, daß das Kaufobjekt mit dem Mietobjekt identisch sein solle (vgl. u.a. Seite 7 des Schriftsatzes der Beklagten vom 17. März 1970, Bl. 303 GA, und Seite 3 ihres Schriftsatzes vom 26. April 1971, Bl. 491 GA). Das Landgericht hatte dies im übrigen im Tatbestand seines Urteils als zwischen den Parteien unstreitig bezeichnet (Seite 5 des erstinstanzlichen Urteils). Soweit der Vertragswille der Parteien übereinstimmte, war dies für den Vertragsinhalt entscheidend, ohne daß es insoweit darauf ankam, ob auch die notarielle Urkunde dies hinlänglich klar zum Ausdruck brachte. Wird, wie dies für die Revisionsinstanz geboten ist, der bezeichnete Sachvortrag der Beklagten als richtig unterstellt, so könnte sich daraus in Verbindung mit den vom Tatrichter weiter zu würdigenden Begleitumständen ergeben, daß die Parteien als Mietobjekt - und damit als Kaufobjekt - die Räume so verstanden, wie sie in dem Mietvertrag vom 3. Januar bezeichnet waren. Unter diesem Gesichtswinkel konnte auch der tatsächliche Zustand der Räume bei Vertragsschluß von Bedeutung sein. Daß das Berufungsgericht zur Auslegung von Abschnitt II Absatz 2 der Vertragsurkunde ausgeführt hat, zu der "Wohnung", die ein Mieter "bewohnt", gehörten auch die

nicht unmittelbar Wohnzwecken dienenden Räume, kann die bezeichnete Prüfung, ob die Parteien übereinstimmende, in der Urkunde möglicherweise nicht hinreichend zum Ausdruck gebrachte Vorstellungen hatten, nicht ersetzen.

Auch die Hilfsbegründung vermag das angefochtene Urteil nicht zu tragen. Das Berufungsgericht geht dort entgegen der von ihm in der Hauptbegründung entwickelten Auffassung davon aus, daß ungeklärt bleibe, ob die Klägerin sich zum Verkauf einer auch Wohnräume im Dachgeschoß umfassenden Wohnung verpflichtet habe. Für Erwägungen dieser Art ist indessen beim jetzigen Prozeßstand schon deshalb kein Raum, weil der Tatrichter zunächst unter den vorstehend erörterten Gesichtspunkten erneut zu prüfen hat, welchen Inhalt der Vertrag der Parteien hat. Kommt der Tatrichter dann zu dem Ergebnis, daß von der seitens der Beklagten behaupteten Willensübereinstimmung auszugehen ist, so ist dies für die Ermittlung des Vertragsinhalts entscheidend. Läßt sich dagegen jene Übereinstimmung nicht feststellen, so kommt es wiederum auf die Auslegung der die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit genießenden notariellen Urkunde an. Wenn der Tatrichter bei deren Auslegung nach erneuter Prüfung zu dem - der Hilfsbegründung hypothetisch zugrundegelegten - Ergebnis kommen sollte, der Urkunde lasse sich nicht entnehmen, ob die Klägerin sich zur Bildung und zum Verkauf einer auch Wohnräume im Dachgeschoß umfassenden Wohnung verpflichtet habe oder nicht, so hätte er weiter zu prüfen, welche Rechtsfolgen sich daraus nach Maßgabe des § 155 BGB (versteckter

Einigungsmangel) ergeben. Auch dann wäre kein Raum für die Heranziehung der in der Hilfsbegründung erörterten Grundsätze, die Rechtsprechung und Schrifttum für den anders liegenden Fall entwickelt haben, daß zwar der Inhalt der Sicherungsvereinbarung feststeht, aber ungeklärt bleibt, ob und gegebenenfalls inwieweit die zu sichernde Forderung besteht oder nicht (vgl. dazu die auch im angefochtenen Urteil zitierte Entscheidung des Senats WM 1967, 508, 510).

Das angefochtene Urteil war hiernach aufzuheben, soweit es über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zum Nachteil der Beklagten und über die Kosten entschieden hat. Das Berufungsgericht wird die nach den vorstehenden Ausführungen noch ausstehende tatrichterliche Würdigung nachzuholen und auch die vom Ausgang des Rechtsstreits abhängige Entscheidung über die Kosten der Revision zu treffen haben. - Die nur in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ausgesprochene,

von der Revision nicht angegriffene Abweisung der  
Widerklage bleibt aufrechterhalten.

Hill

Dr. Freitag

Offterdinger

Dr. Grell

von der Mühlen