

Nachschlagewerk: Ja

Ämtliche Sammlung: Ja

ZPO §§ 596, 529

- a) Das Abstehen vom Urkundenprozeß ist in der Berufungsinstanz zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht es für sachdienlich erachtet.
- b) Steht der Kläger vom Urkundenprozeß erst in der Berufungsinstanz ab, so ist die Nichtzulassung einer Aufrechnung des Beklagten, wenn überhaupt, nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen möglich.

BGH, Urt. v. 25. Februar 1959 - V. ZR 139/57 - OLG Köln
LG Aachen

V ZR 139/57

Verkündet
am 25. Februar 1959
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. des Landwirts Wilhelm D [REDACTED],
2. der Ehefrau Hubertine D [REDACTED] geb. R [REDACTED],
beide wohnhaft in G [REDACTED], Gut E [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Landwirt Albert S t [REDACTED] jun.,
2. die Ehefrau Hilde W [REDACTED] geb. St [REDACTED],
beide wohnhaft in Stift Al [REDACTED] bei K [REDACTED]/A [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 1959
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und
der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Frei-
tag und Dr. Mattern

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 26. Juni 1957 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten des Re-
visionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagten kauften im Jahre 1952 von den Klägern ein Gut in der Pfalz für 370 000 DM und weitere Gegenleistungen, darunter die Übernahme der "die Verkäufer treffenden Veräußerungsgewinnsteuer". Die Parteien streiten um die Bedeutung dieser Klausel. Die Kläger verstehen darunter die vom Veräußerungsgewinn zu entrichtende Einkommensteuer sowie die darauf entfallende Abgabe Notopfer Berlin, die durch inzwischen rechtskräftig gewordene Steuerbescheide des Finanzamts für den Erstkläger auf insgesamt 24 092,35 DM und für die Zweitklägerin auf insgesamt 18 274,05 DM festgesetzt wurden. Die Beklagten halten die Klausel für gegenstandslos, weil es eine "Veräußerungsgewinnsteuer" als solche nicht gebe und eine Übernahme von Einkommensteuer und Notopfer Berlin mangels Kenntnis der individuellen Einkommensverhältnisse der Kläger für die Beklagten auch unzumutbar gewesen sei; sie machen weiter Dissens und arglistiges Nichtbekämpfen der Steuerbescheide durch die Kläger geltend.

Das Landgericht hat der im Urkundenprozess erhobenen Klage auf Zahlung jener insgesamt 42 366,40 DM (für Rechnung der Kläger) an das Finanzamt durch Vorbehaltsurteil stattgegeben.

In der Berufungsinstantz haben die Kläger vom Urkundenprozeß Abstand genommen und ihre Klage umgestellt auf Befreiung von ihrer Zahlungspflicht in der genannten Höhe gegenüber dem Finanzamt. Die Beklagten haben diesen Änderungen widersprochen und fürsorglich die Aufrechnung mit einer gleich hohen Schadensersatzforderung wegen an-



geblichen Sachmangels (stauende Nässe) erklärt, wegen dessen auch ein Rechtsstreit zwischen ihnen und ihrem Pächter schwebt.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagten in Abänderung des landgerichtlichen Urteils vorbehaltlos zur begehrten Schuldbefreiung verurteilt.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Klagabweisung weiter. Die Kläger bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage ist trotz Vorliegens einer vollstreckbaren Urkunde von den Vorinstanzen mit Recht bejaht. Das Berufungsgericht geht stillschweigend hiervon aus. Das Landgericht stellt zutreffend darauf ab, daß die Höhe der Schuld, von der befreit werden soll, in dieser Urkunde nicht beziffert ist. Darüber hinaus ergibt sich das Rechtsschutzbedürfnis schon daraus, daß die Beklagten materiellrechtliche Einwendungen erheben.

II.

In materieller Hinsicht führt das Berufungsgericht aus:

"Veräußerungsgewinnsteuer" im Sinne der fraglichen Ver-

tragsklausel sei die vom Veräußerungsgewinn zu entrichtende Einkommensteuer sowie die darauf entfallende Abgabe Notopfer Berlin. Zwar sei die Höhe dieser Abgaben wegen ihrer Abhängigkeit vom übrigen Einkommen (§ 34 des Einkommensteuergesetzes) zunächst unbestimmt; aber sie sei bestimmbar, die Klausel also nicht schon deshalb unwirksam. Dissens liege nicht vor; der Vertragswille sei übereinstimmend auf einen Nettopreis von 370 000 DM für die Kläger und Befreiung der Kläger von den durch den Veräußerungsgewinn möglicherweise auszulösenden Abgaben gerichtet gewesen; daß die Parteien über die mögliche Höhe dieser Belastung keine klaren Vorstellungen gehabt hätten, berühre ihre vertragliche Einigung nicht, sondern hätte allenfalls ihre Beweggründe und Willensbildungen beeinflussen können. Dieser auf den Nettoerlös gerichtete Vertragswille ergebe sich aus dem objektiv nächstliegenden Wortsinn, der dahingehenden Vertragsauslegung durch den früheren eigenen Anwalt der Beklagten selbst, aus der Übernahme sonstiger in der gleichen Richtung liegender Leistungen nach Abschnitt V und Abschnitt XVI Nr. 6 des Vertrags, sowie aus der Beweisaufnahme, wobei das Berufungsgericht im wesentlichen auf die Zeugenaussagen der Ehefrau und der Mutter des Klägers abstellt, die es trotz ihres verwandtschaftlichen Verhältnisses für glaubhaft hält.

Ein etwaiges Anfechtungsrecht der Beklagten wegen Irrtums (Vorstellung einer wesentlich niedrigeren oder ganz anderen Steuerart) sei nicht unverzüglich ausgeübt (§ 121 BGB).

Arglist und Vertragsuntreue der Kläger werden verneint. Daß sie ihre Einkommensverhältnisse trotz ihrer Bedeutung für die Steuerbemessung den Beklagten nicht offenbaren, sei nicht zu beanstanden, da die Beklagten eine solche Offenbarung nicht gefordert hätten und angesichts der Ungewißheit der Parteien darüber, was man sich unter Veräußerungsgewinnsteuer im einzelnen vorzustellen habe, die Notwendigkeit einer Offenbarung für die Kläger nicht erkennbar gewesen sei. Daß die Kläger die Steuerbescheide nicht aus eigenem Antrieb bekämpft hätten, sei nicht zu beanstanden, da die Bescheide auf ihren eigenen Angaben beruhten und, wie das Rechtsmittelverfahren ergeben habe, objektiv richtig gewesen seien, es auch Sache der Beklagten gewesen sei, sich vor Kaufabschluß über die steuerliche Veranlagung des gekauften Gutes ein genaues Bild zu machen.

Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen sind unbegründet.

1. Die Revision hält Dissens (§ 155 BGB) für gegeben und bei der gegenteiligen Feststellung des Berufungsgerichts Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) für verletzt. Sie meint: der Umfang der hier interessierenden Käuferleistung ("Veräußerungsgewinnsteuer") sei von mehreren unbestimmten Faktoren abhängig gewesen, nämlich von dem sonstigen Einkommen der steuerpflichtigen Kläger, von der Aufteilung des Kaufpreises und damit des Veräußerungsgewinns im Innenverhältnis zwischen den beiden Klägern, was diesen selbst überlassen gewesen sei, und schließlich vom freien Ermessen des Finanzamts bei der Bemessung des Steuersatzes. Das Berufungsgericht habe daher prüfen müssen, ob die Beklagten nach ausreichender Belehrung bereit gewesen seien, diese Unsicherheitsfaktoren auf sich zu nehmen; nur bei Bejahung sei die getroffene Auslegung erlaubt gewesen; somit liege der Tatbestand des Dissenses vor.

Die Rüge ist unbegründet. Daß die Beklagten vor Vertragsschluß über die vorhandenen Unsicherheitsfaktoren belehrt waren, ist nicht Voraussetzung für die Feststellung, daß sie diese Unsicherheit und das damit verbundene Risiko bewußt in Kauf nahmen. Gerade ein solches bewußtes Inkaufnehmen aber bejaht das Berufungsgericht durch die Feststellung, "daß die Parteien unter Veräußerungsgewinnsteuer Abgaben von ihnen noch unbekannter Höhe verstanden haben, die vom Veräußerungsgewinn, also von einem Teil des Verkaufserlöses zu entrichten waren und diesen mithin schmälern mußten, und daß sie versichert haben, diese Mehrbelastung der Kläger sollte von der (richtig: den) Beklagten übernommen werden", wobei "den Parteien die genaue Kenntnis der steuerlichen Begriffe und der nach Anzahl und Höhe im einzelnen anfallenden Abgaben und Steuern fehlte" (BU S.22). Damit hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum Willenseinigung der Parteien bejaht. Die Geltendmachung von Dissens enthält einen unzulässigen Angriff gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung.

2. Eine Verfahrensrüge richtet sich gegen die Feststellung des Berufungsurteils (S. 19), die Beklagten hätten zur Zeit des Vertragsschlusses "gewußt, daß sie in Abschnitt V c eine besondere, in ihrer Art und Bemessung von der Art der Wertzuwachssteuer wesentlich abweichende ... Steuer übernehmen". Die Revision weist darauf hin, die Kläger selbst hätten vorgetragen, daß die Beklagten vom Erstkläger dahin informiert worden seien, die Veräußerungsgewinnsteuer sei "so etwas ähnliches wie die frühere Wertzuwachssteuer" - und, wie zu ergänzen ist, die Beklagten hätten sich diesen Vortrag zu eigen gemacht -; an diesen Vortrag seien Kläger und Berufungsgericht gebunden gewesen.

Ein Widerspruch zwischen dem Parteivortrag und der Urteilsfeststellung liegt indessen nicht vor. Denn der Parteivortrag hatte ersichtlich eine Ähnlichkeit in anderer Beziehung im Auge als die Urteilsfeststellung: dort war die Gleichheit des Anknüpfungspunktes für die Besteuerung (Wertzuwachs bzw. Veräußerungsgewinn) gemeint, hier dagegen die Verschiedenheit der Berechnungsart der Abgaben.

Aber selbst wenn der gerügte Verstoß vorläge, würde das Urteil auf ihm nicht beruhen. Wie bereits ausgeführt (oben 1), gründet sich das Berufungsurteil entscheidend auf die Überzeugung des Berufungsgerichts, daß die Kläger den bezifferten Kaufpreis "netto" haben und alle durch den Verkauf entstehenden abgabemäßigen Belastungen auf die Beklagten abwälzen wollten, daß die Beklagten dies erkannten und billigten und daß beide Vertragsteile keine klare Vorstellung von Art und Höhe dieser Belastung hatten, die Beklagten also bewußt ein Risiko auf sich nahmen. Diese Überzeugung hat das Berufungsgericht aus einer Reihe von Erwägungen gewonnen, unter denen die beanstandete nur eine untergeordnete Rolle im Rahmen der Beweiswürdigung spielt. Für die Überzeugung von der bewußten Risikoübernahme durch die Beklagten war es ersichtlich ohne Bedeutung, ob die Beklagten an eine mehr oder weniger weitgehende Ähnlichkeit zwischen der sogenannten Veräußerungsgewinnsteuer und der früheren Wertzuwachssteuer glaubten oder nicht. Der beanstandete Satz des Berufungsurteils enthält also nur eine beiläufige Bemerkung, keine für den Bestand des Urteils wesentliche Feststellung.

III.

Dagegen ist die Art der Verfahrensgestaltung des Berufungsgerichts nicht in allem rechtsirrtumsfrei.

1. Das Abstehen der Kläger vom Urkundenprozeß ist allerdings entgegen der Annahme der Revision ohne Rechtsverstoß als sachdienlich zugelassen worden.

a) Ein Abstehen vom Urkundenprozeß ist in erster Instanz ohne weitere Voraussetzung zulässig (§ 596 ZPO). In der Berufungsinstanz wird es, wie die Revision nicht verkennt, von der jetzt durchaus herrschenden Meinung in sinn- gemäßer Anwendung des § 264 ZPO unter den gleichen Voraus- setzungen wie eine Klagänderung zugelassen, nämlich (seit der Zivilprozeßnovelle von 1933) bei Einverständnis des Gegners oder bei Sachdienlichkeit (KG JW 1931, 2039 und 2040; OLG Stuttgart JW 1938, 1416; Rosenberg, Zivilprozeß- recht 7. Aufl. § 158 II 2; Stein/Jonas/Schönke, ZPO 17. Aufl. § 596 I; Wieczorek, ZPO § 596 A II c; Baumbach/Lauterbach, ZPO 25. Aufl. § 596 Anm. 1 B; enger - nur bei Einverständ- nis, nicht auch bei Sachdienlichkeit - Nikisch, Zivilprozeß- recht 1950 S. 547, unter zeitlich überholter Berufung auf Rosenberg, 3. Aufl. sowie Zöllner, ZPO 9. Aufl. § 596 Anm. 1; vgl. für die frühere Rechtslage RG JW 1898, 246 Nr. 6 und JW 1926, 579; Hellwig/Oertmann, System des deutschen Zivilpro- zeßrechts 2. Teil 1919 S. 60 zu Fußnote 12). Die Wirkung eines solchen zulässigen Abstehens in zweiter Instanz ist nicht, daß das Berufungsgericht ohne Prüfung zur Sache ent- sprechend § 538 Nr. 1 und 4 ZPO das Urteil erster Instanz aufheben und die Sache dorthin zurückverweisen müßte (so die Revision mit KG aaO; OLG Koblenz NJW 1956, 427; Schneider, JW 1934, 2829; Zöllner, ZPO 9. Aufl. § 538 zu Nr. 4 und § 596 Anm. 13), sondern daß der Rechtsstreit in zweiter In- stanz ins ordentliche Verfahren übergeht und damit das noch in erster Instanz anhängige Nachverfahren gegenstands- los wird (OLG Stuttgart aaO sowie das übrige genannte heutige Schrifttum). Eine rein formale Zurückverweisung wäre

schon an sich nicht sehr zweckmäßig, da dann ein Abste-
hen vom Urkundenprozeß in der Berufungsinstanz für den
Kläger wenig Wert hätte (Levis, JW 1931, 2039 Anm.); dazu
kommt, daß eine Zurückverweisung seit dem Vereinheitli-
chungsgesetz von 1950 auch für die gesetzlichen Fälle nicht
mehr zwingend vorgeschrieben ist (§ 540 ZPO). Daß auf diese
Weise durch Vorgänge im Rahmen des zweitinstanzlichen Ver-
fahrens ein noch in erster Instanz anhängiges Restverfah-
ren gegenstandslos wird, stellt zwar im Gesamtaufbau des
Zivilprozesses eine Systemwidrigkeit dar; sie ist jedoch
1950 vom Gesetzgeber selbst durch Schaffung des § 540 ZPO
grundsätzlich eingeführt worden (vgl. auch § 538 Abs. 1
Nr. 3 Ende) und entspricht der neueren Entwicklung unseres
Zivilprozeßrechts zur Zusammenfassung und Beschleunigung,
zu deren Gunsten das Interesse der Parteien an vollständi-
ger Ausschöpfung aller Instanzen für den gesamten Prozeß-
stoff in den Hintergrund gedrängt wird (vgl. bereits BGHZ
1, 65, 73). In gleicher Richtung liegt die vom Bundesge-
richtshof bejahte Möglichkeit, bei Anfechtung eines Teilur-
teils den noch in erster Instanz anhängigen restlichen
Prozeßstoff durch in zweiter Instanz gestellte Erweiterungs-
anträge des Klägers oder sogar des Beklagten in die Beru-
fungsinstanz zu ziehen (BGHZ 8, 383; BGH NJW 1954, 640, in-
soweit in BGHZ 11, 175 nicht abgedruckt; vgl. bereits RGZ
171, 129). Die im Schrifttum erhobenen Bedenken wegen einer
zeitweiligen Doppelabhängigkeit in zwei Instanzen (für den
Fall der Klagerweiterung bei Teilurteil: Lent Anm. zu BGH
NJW 1954 aaO; für den Fall des Abstehens vom Urkundenpro-
zeß: Lewis aaO) sind ohne praktische Bedeutung; denn das
Verfahren der unteren Instanz wird in derartigen Fällen durch-
weg tatsächlich nicht betrieben werden können, weil sich
die Akten bei der oberen Instanz befinden. Nach allem ist
der Senat der Auffassung, daß das Abstehen vom Urkundenpro-

zeß in der Berufungsinstanz bei Einverständnis des Gegners oder Sachdienlichkeit zulässig ist mit der Wirkung, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren der zweiten Instanz anhängig wird.

b) Das Berufungsgericht hat die Sachdienlichkeit dieses Übergangs bejaht. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Entscheidung nicht in entsprechender Anwendung des § 270 ZPO einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen ist. Denn eine etwa zulässige Nachprüfung ergibt, daß die Bejahung der Sachdienlichkeit keinen Rechtsvorstoß enthält.

Die Revision weist darauf hin, daß zu Gunsten der Kläger das erstinstanzliche Urteil, das wegen der damaligen Verfahrensart (Urkundenprozeß) ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar war (§ 708 Nr. 4 ZPO), noch fortbestand und das Berufungsgericht die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung daraus nur gegen Sicherheitsleistung (in Höhe von 50 000 DM) bewilligt und die beantragte Streichung der Sicherheitsleistung abgelehnt habe; die Zulassung des Abstehens vom Urkundenprozeß ohne Beseitigung der nur für den Urkundenprozeß geltenden unbedingten vorläufigen Vollstreckbarkeit stelle eine Verkennung des Begriffs der Sachdienlichkeit dar.

Dies trifft jedoch nicht zu. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beseitigung der unbedingten vorläufigen Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils im Hinblick auf das Abstehen vom Urkundenprozeß in zweiter Instanz rechtlich möglich und etwa sogar geboten gewesen wäre, sei es auf dem Weg einer entsprechenden Anwendung der §§ 719, 707 ZPO (vorläufig) oder des § 718 ZPO (endgültig), oder

ger in entsprechender Anwendung des § 775 Nr. 4 ZPO (vgl. dazu Levis aaO). Dann falls eine solche Möglichkeit bestand, liegt ein etwaiger Rechtsverstoß des Berufungsgerichts zwar darin, daß es die unbedingte Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils nicht beseitigt hat, aber nicht darin, daß es den Übergang ins ordentliche Verfahren zugelassen hat. Bestand aber jene Möglichkeit nicht, dann entspricht es dem Gesetz, daß die Beklagten bei einer solchen Verfahrenslage (Abstehen vom Urkundenprozeß in zweiter Instanz) jenen Nachteil grundsätzlich in Kauf nehmen; er kann dann zwar vielleicht im Einzelfall dem Berufungsgericht Anlaß geben, die Sachdienlichkeit des Abstehens zu verneinen, macht aber das Abstehen nicht grundsätzlich unsachdienlich. Dafür, daß das Berufungsgericht dies verkannt hätte, liegt kein Anhaltspunkt vor. Im übrigen hat es die Bejahung der Sachdienlichkeit bereits im Beschluß vom 3. August 1955 ausführlich begründet und darauf im Urteil Bezug genommen (BU 16); ein Rechtsverstoß ist auch hierbei nicht ersichtlich. Insbesondere kann dem mündlichen Vortrag der Revision nicht gefolgt werden, eine sonst etwa nach § 529 ZPO mögliche Beschneidung des Vorbringens des Beklagten müsse dazu führen, die Sachdienlichkeit des Abstehens vom Urkundenprozeß in zweiter Instanz zu verneinen; diese Erwägung spielt nicht schon hier, sondern erst für die Frage der Anwendbarkeit des § 529 ZPO selbst eine Rolle (unten 3).

2. Der Übergang von der Zahlungs- zur Schuldbefreiungsklage war als Klagänderung bei Sachdienlichkeit ebenfalls zulässig (§ 264 ZPO). Gegen diese Annahme bestehen weder deshalb Bedenken, weil das Verfahren in der Berufungsinstanz schwebt, noch deshalb, weil es aus einem Urkundenprozeß hervorgegangen ist (ebenso in letzterer Hinsicht für den

vergleichbaren Fall des erstinstanzlichen Nachverfahrens BGHZ 17, 31). Das Berufungsgericht hat die Sachdienlichkeit unanfechtbar (§ 270 ZPO) bejaht. Die Revision erhebt insoweit auch keine Einwendungen.

3. Die Revision beanstandet weiter, daß das Berufungsgericht das auf ein Gegenrecht wegen Sachmangels (stauende Nässe) gestützte Vorbringen der Beklagten gemäß § 529 ZPO nicht zugelassen hat. Diese Rüge ist im Ergebnis begründet.

a) Durch das nach dem Gesagten zulässige Absteigen vom Urkundenprozeß in zweiter Instanz wird allerdings ein "ordentliches Verfahren" (§ 596 ZPO) vor dem Berufungsgericht herbeigeführt, wofür grundsätzlich die Vorschriften des Berufungsverfahrens, nicht des erstinstanzlichen Verfahrens gelten. Die hieraus an sich logisch zu folgernde Anwendung auch des § 529 ZPO ist jedoch deshalb praktisch nicht unbedenklich, weil dadurch (nicht nur der Kläger, der das seiner eigenen Antragstellung zuzuschreiben hätte, sondern auch) der Beklagte für sein im Urkundenprozeß etwa nicht statthaftes Vorbringen (§ 598 ZPO) zu der ersten Instanz, die er durch den erst nachträglich erfolgten Übergang ins ordentliche Verfahren verlor, auch noch die zweite Instanz unter leichteren Voraussetzungen (§ 529 gegenüber § 279 ZPO) verlieren kann. Das gilt besonders für den im vorliegenden Fall erhobenen Aufrechnungseinwand, der nach § 529 Abs. 5 ZPO bei Unsachdienlichkeit auch ohne jedes Verschulden des Beklagten (anders als in den Fällen von § 529 Abs. 2, 3) unzulässig wäre. Die Frage, ob § 529 ZPO bei zweitinstanzlichem Absteigen vom Urkundenprozeß überhaupt anwendbar ist, braucht jedoch im vorliegenden Fall nicht abschließend beantwortet zu werden. Denn auch wenn

man sie grundsätzlich bejaht, müssen, jedenfalls was den Beklagten anlangt, für die Zurückweisung bzw. Nichtzulassung besonders strenge Anforderungen gestellt werden, damit das Verfahren in seiner Wirkung nicht weitgehend zu einer Beschränkung des rechtlichen Gehörs für den Beklagten führt. Das gilt insbesondere für die Verneinung der Sachdienlichkeit einer Aufrechnung nach § 529 Abs. 5 ZPO. Dieser Fall unterscheidet sich wesentlich von den durch normale Anwendung dieser Bestimmung entschiedenen Fällen, daß eine Aufrechnung in erster Instanz aus dem materiell-rechtlichen Grunde nicht möglich war, weil damals noch keine Aufrechnungslage bestand (BGHZ 5, 373, 377; 17, 124); denn hier liegt der Grund für den Verlust der ersten Instanz in der Sphäre des Beklagten, in Fällen wie dem vorliegenden jedoch auf Seiten des Klägers. In einem solchen Fall darf die Zulassung, wenn überhaupt, nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen versagt werden.

Das Berufungsgericht hat seine Verneinung der Sachdienlichkeit zwar unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ausführlich begründet (BU 25/28). Diese Begründung reicht jedoch für das Vorliegen eines ganz besonderen Ausnahmefalles nicht aus. Vielmehr hat das Berufungsgericht den Sachverhalt unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt überhaupt nicht geprüft. Deshalb ist für das Revisionsverfahren von der verfahrensrechtlichen Zulässigkeit des Aufrechnungseinwands auszugehen.

Die hiernach gebotene sachliche Prüfung des Einwands ergibt allerdings, daß er als solcher materiell-rechtlich unzulässig ist. Denn Voraussetzung der Aufrechenbarkeit ist die Gleichartigkeit der beiden Forderungen (§ 387 BGB). Zwischen dem eingeklagten Zahlungsanspruch und dem entgegen-

gehaltenen Schuldbefreiungsanspruch besteht aber anerkanntermaßen keine Gleichartigkeit im erforderlichen Sinne (RG JW 1910, 332; Recht 1915, 2468; RGZ 158, 6, 14; BGHZ 12, 136, 144; 25, 1, 6/8). Der Aufrechnungseinwand als solcher ist daher sachlich unbegründet. Dadurch, daß er verfahrensrechtlich nicht zugelassen wurde, sind die Revisionskläger nicht beschwert.

b) Die von den Revisionsklägern im mündlichen Vortrag begehrte Umdeutung des Aufrechnungseinwands in den Einwand der Kaufpreisminderung ist nicht möglich. Die Minderung (§ 462 BGB) ist etwas grundsätzlich anderes als der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB; sie ist in den Tatsacheninstanzen nicht geltend gemacht worden, obwohl sie eine dahingehende Willenserklärung (das "Verlangen", § 462 BGB) erfordert. Es fehlt überdies an einer Substantiierung, da die Berechnung der Minderung von der des Schadensersatzanspruchs völlig abweicht (vgl. § 472 BGB). Darin, daß das Berufungsgericht den Minderungsge-sichtspunkt nicht geprüft hat, liegt daher kein für sein Urteil ursächlicher Rechtsverstoß.

c) Dagegen war eine Umdeutung des Aufrechnungseinwands in die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB zulässig und daher zu prüfen. Das Zurückbehaltungsrecht weicht zwar ebenfalls in Voraussetzungen und Wirkungen von der Aufrechnung ab; aber es stellt ihr gegenüber nicht ein grundsätzlich verschiedenes, sondern ein in gleicher Richtung zielendes, nur weniger weitgehendes Verteidigungsmittel dar (minus, nicht aliud). Es muß zwar, ebenso wie die Minderung, vom Beklagten geltend gemacht werden, und zwar durch eine auf einstweilige Verweigerung der Schuldnerleistung (hier: der eingeklagten Schuldbefreiung)

gerichtete Einrede. Aber die Erklärung der Beklagten, sie wollten die Klagforderung unter Berufung auf ihre Schadensersatzgegenforderung (durch Aufrechnung) endgültig zum Erlöschen bringen, enthält in der Regel zugleich stillschweigend die weniger weitgehende Erklärung, sie wollten die Klagforderung aus demselben Grunde (durch Zurückbehaltungsrecht) in der Durchsetzung hemmen; dies jedenfalls hilfsweise für den Fall, daß die primär gewollte weitergehende Wirkung nicht erreicht werde (wie hier mangels der Aufrechnungsvoraussetzungen).

Die verfahrensrechtliche Zulassung dieser Einrede ist ebenfalls zu bejahen. Das gilt selbst dann, wenn man das Zurückbehaltungsrecht unter dem Gesichtspunkt des § 529 Abs. 5 ZPO der Aufrechnung entsprechend behandeln wollte (vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO 23. Aufl. § 529 Anm. 5 I); in diesem Falle gilt das oben a) Gesagte in vollem Umfang auch hier. Hält man Abs. 2 und 3 von § 529 ZPO für anwendbar (vgl. RGZ 73, 54), so war eine Zurückweisung schon deshalb unzulässig, weil eine grobe Nachlässigkeit oder gar Verschleppungsabsicht der Beklagten ersichtlich nicht vorliegt. Die Revision weist, wenn auch in anderem Zusammenhang mit Recht darauf hin, daß den Beklagten die Geltendmachung des Gegenrechts bereits in erster Instanz wegen seiner damaligen prozessualen Unzulässigkeit nicht anzusinnen war; sollte das Berufungsurteil im gegenteiligen Sinne zu verstehen sein, so wäre es insoweit rechtsfehlerhaft. Was die Frage der Verspätung in zweiter Instanz betrifft, so ist zwar richtig, daß die Kläger den Übergang ins ordentliche Verfahren (und die Klagänderung vom Zahlungs- zum Befreiungsanspruch) bereits im Verhandlungstermin vom 13. Juli

1955 erklärt haben, der Aufrechnungseinwand der Beklagten aber erst im Verhandlungstermin vom 7. November 1956 unter Überreichung eines Schriftsatzes gleichen Datums erklärt worden ist; dazwischen lag aber die Verfahrensaussetzung wegen des finanzgerichtlichen Verfahrens, die durch Beschluß vom 3. August 1955 verfügt und erst auf Schriftsatz der Kläger vom 21. September 1956 durch die Terminsbestimmung auf 7. November 1956 beendet wurde; die zeitliche Möglichkeit, den Aufrechnungseinwand früher zu bringen, war daher nicht allzu groß, insbesondere genügt die Nichtausnutzung des Zeitraums zwischen 13. Juli und 3. August 1955 noch nicht zur Bejahung einer groben Nachlässigkeit. Zudem war diese etwaige Verspätung für eine Verfahrensverzögerung nicht ursächlich, da auf den Verhandlungstermin vom 7. November 1956 noch nicht Urteil, sondern erst Beweisbeschluß mit anschließender weiterer Beweisaufnahme erging. Eine Zurückweisung nach Abs. 2 oder 3 von § 529 ZPO war daher unzulässig.

Die Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht materiell begründet ist, kann der Senat noch nicht abschließend entscheiden. Es wäre möglich, daß die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts stillschweigend vertraglich ausgeschlossen ist, sei es für die ganze Käuferleistung durch die von den Beklagten erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Kaufurkunde (dort Abschnitt VI), sei es für den hier in Betracht kommenden Kaufpreisteil (Erfüllungsübernahme) wegen der Notwendigkeit pünktlicher Befriedigung des Finanzamts, oder aus sonstigen Gründen. Diese Frage bedarf noch tatrichterlicher Aufklärung.

Da hiervon das Schicksal der Klage im ganzen abhängen kann, war in vollem Umfang Urteilsaufhebung und Zurückverweisung geboten.

Dr. Tasche

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern