BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 196/14

Verkündet am:
22. Januar 2016
Weschenfelder
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1

a) Ob ein wesentlicher Verfahrensmangel i. S. d. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO - wie die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör - vorliegt, ist allein auf Grund des materiell-rechtlichen Standpunkts des Erstgerichts zu beurteilen, auch wenn das Berufungsgericht ihn nicht teilt (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Urteil vom 22. September 2006 - V ZR 239/05, NJW-RR 2006, 1677 und BGH, Urteil vom 14. Mai 2013 - VI ZR 325/11, NJW 2013, 2601 jeweils mwN).

b) Im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO notwendig ist eine umfangreiche oder aufwendige Beweisaufnahme, wenn sie durch oder infolge der Korrektur des wesentlichen Verfahrensfehlers sicher zu erwarten ist. Nicht ausreichend ist, wenn sie zwar unter bestimmten Voraussetzungen erforderlich wird, der Eintritt dieser Voraussetzungen aber nicht sicher ist.

ZPO § 554 Abs. 3 Satz 2

Hat das Berufungsgericht als Folge einer Kassationsentscheidung die für eine Entscheidung über das Anschlussrechtsmittel erforderlichen Feststellungen nicht getroffen, kommt

ECLI:DE:BGH:2016:220116UVZR196.14.0

der von dem Revisionsführer mit Erfolg gerügte Verstoß gegen § 538 Abs. 2 ZPO dem Anschlussrevisionsführer ausnahmsweise auch ohne eigene Verfahrensrüge zugute.

BGH, Urteil vom 22. Januar 2016 - V ZR 196/14 - OLG Dresden
LG Leipzig

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 2016 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und Dr. Brückner, den Richter Dr. Göbel und die Richterin Haberkamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 8. Juli 2014 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger hatte mit seiner damaligen Ehefrau - Frau K. (fortan Frau K) - ein Mietshaus gekauft und den Kauf durch ein mit Grundpfandrechten gesichertes Darlehen finanziert. 2008 wurde das Grundstück im Zusammenhang mit der Scheidung der Eheleute in hälftiges Miteigentum der nunmehr geschiedenen Eheleute aufgeteilt. Die alleinige Verwaltung des Objekts übernahm Frau K. Mit notariellem Vertrag vom 17. Dezember 2009 verkaufte der Kläger der

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Beklagten seinen Miteigentumsanteil für 583.500 €. Von dem Kaufpreis sollten 83.500 € bar bezahlt werden, was auch geschah. Die restlichen 500.000 € sollten durch Freistellung des Klägers von den Kapitaldienstverpflichtungen erbracht werden. Dazu war in Nr. 3.2 (a) des Kaufvertrags Folgendes vorgesehen:

> „Der Käufer wird den Verkäufer im Innenverhältnis ... wie folgt freistellen: Der Kapitaldienst für das Darlehen von monatlich 5.800,00 EUR soll weiterhin von dem Hauskonto ... eingezogen werden.
>
> Der Käufer wird sich bei der Verwaltung des Grundbesitzes ergebende Unterdeckungen und hieraus resultierende Überziehungen des Hauskontos vornehmlich durch Einzahlungen auf das Hauskonto beseitigen bzw. abwenden.
>
> Alternativ hierzu, kann der Käufer seiner Freistellungsverpflichtung durch entsprechende Zahlungen an die Bank direkt nachkommen. Dies gilt jedoch nicht für Unterdeckungen durch Verwaltungsmaßnahmen, die vor dem Zeitpunkt des wirtschaftlichen Überganges veranlasst worden sind und nach dem Zeitpunkt des wirtschaftlichen Übergangs zu Ausgaben führen.
>
> Diese Freistellungserklärung gilt auch für die Zahlungspflichten des Verkäufers hinsichtlich des von der Bruchteilsgemeinschaft bei Frau K aufgenommen Darlehens; dies jedoch nur in Höhe des 50%igen Anteils des Verkäufers..."

2 Die Unterschreitung des Betrags von 500.000 € sollte nicht zu Rückzahlungsansprüchen des Klägers, die Überschreitung der Summe nicht zu Erstattungsansprüchen der Beklagten führen. Für den Fall der Nichterfüllung der Freistellungsverpflichtung sieht der Vertrag ein Rücktrittsrecht des Klägers vor.

3 Mit Schreiben vom 10. Dezember 2011 forderte Frau K den Kläger zur Erstattung von 29.000 € als Ausgleich für von ihr geleistete Zahlungen auf das Darlehen für den Zeitraum Februar bis November 2011 auf. Der Kläger forderte die Beklagte unter Fristsetzung vergeblich zur Freistellung von dieser Verpflichtung auf und trat mit Schreiben vom 21. Juli 2012 von dem Vertrag zurück. Er

verlangt von der Beklagten (ohne Gegenleistung) die Abgabe der für die Rückübertragung des Miteigentums und für die Abtretung sämtlicher Ansprüche aus der Verwaltung des Anwesens erforderlichen Erklärungen sowie Zahlung von 11.592,31 € Schadensersatz nebst Zinsen. Die Beklagte verlangt widerklagend Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten von 7.868,28 €.

4 Das Landgericht hat Klage und Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Sache unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision strebt die Beklagte eine Sachentscheidung zu ihren Gunsten an. Der Kläger hat sich der Revision der Beklagten angeschlossen und möchte umgekehrt eine Sachentscheidung in seinem Sinne erreichen. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung der jeweils anderen Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

5 Das Berufungsgericht stützt die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht auf § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Das Landgericht sei verfahrensfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, die Beklagte habe den Kläger nach dem Vertrag nicht von seinen Verpflichtungen freizustellen, die ihn als Gesamtschuldner gegenüber der finanzierenden Bank im Innenverhältnis zu Frau K träfen; der Vertrag lasse sich in diesem Sinne auch nicht ergänzend auslegen. Dabei habe das Landgericht unter Verstoß gegen Art. 103 GG einen entscheidungserheblichen Beweisantritt übergangen. Es habe den Urkundsnotar zu dem Vortrag des Klägers vernehmen müssen, „dass einzig und allein für den

einen geregelten Fall der Veranlassung von Verwaltungsmaßnahmen vor dem Zeitpunkt des wirtschaftlichen Übergangs mit finanziellen Lasten die vertragliche Regelung das Risiko ausnahmsweise nicht bei der Beklagten sehe. Ausschließlich für diesen Fall sei das von den Parteien auch beabsichtigt gewesen; aus diesem Grund habe der Notar die Regelung ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen". Ohne eine Vernehmung des Zeugen habe das Landgericht den Vertrag nicht in dem beschriebenen Sinne auslegen dürfen. Es sei nicht ausgeschlossen, dass es nach einer Vernehmung des Zeugen zu einem anderen Verständnis der Freistellungsverpflichtung gelangt wäre. Die Klage sei auch nicht aus anderen Gründen abzuweisen. Die Hilfserwägung des Landgerichts, der Kläger habe Freistellung jedenfalls nicht ohne Vorlage einer Einnahmenabrechnung verlangen können, sei unzutreffend. Aus den Vorbemerkungen des Vertrags ergebe sich, dass sich die Beklagte darauf eingelassen habe, dass Frau K keine Abrechnung erstellt habe und erstelle. Eine Fortführung des Rechtsstreits in zweiter Instanz scheide aus. Wenn das Landgericht zu dem Ergebnis gelange, die Beklagte schulde auch Freistellung von den Verpflichtungen des Klägers aus dem Gesamtschuldnerinnenausgleich, müsse Beweis zu einer Vielzahl von Sach- und Rechtsmängeln und dazu erhoben werden, ob der Kläger arglistig gehandelt habe. Von der Arglist des Klägers hänge auch die Entscheidung über die Widerklage ab.

II.

6 Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

7 Zur Revision der Beklagten

8 Die Revision der Beklagten hat teilweise Erfolg.

9 1. Das Berufungsgericht durfte die Sache nicht an das Landgericht zurückverweisen. Es musste vielmehr selbst eine Sachentscheidung treffen. Das rügt die Beklagte zu Recht.

10 a) Nach § 538 Abs. 1 ZPO hat das Berufungsgericht grundsätzlich die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden. Es darf gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Sache an das Gericht des ersten Rechtszuges nur zurückverweisen, wenn einer der in der Vorschrift bestimmten Gründe vorliegt und eine Partei die Zurückverweisung beantragt. Der Kläger hatte zwar die Zurückverweisung an das Landgericht beantragt. Der von dem Berufungsgericht angenommene Zurückverweisungsgrund nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO liegt aber nicht vor. Danach darf das Berufungsgericht die Sache unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückverweisen, wenn das Verfahren im ersten Rechtszug an einem wesentlichen Mangel leidet und auf Grund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwendige Beweisaufnahme notwendig ist. An beiden Voraussetzungen fehlt es.

11 b) Das Verfahren des Landgerichts leidet nicht an einem wesentlichen Verfahrensmangel.

12 aa) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Ein wesentlicher Verfahrensmangel kann in der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bestehen (BGH, Urteil vom 3. November 1992 - VI ZR 362/91, NJW 1993, 538 f.; Zöller/Heßler, ZPO, 31. Aufl., § 538 Rn. 20 mwN). Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (Senat, Urteil vom 21. Oktober 2010 - V ZR 30/10, WuM 2011, 299 Rn. 9). Ob ein Verfahrensmangel - wie die Verletzung des Anspruch auf rechtliches Gehör,

um die es hier geht - vorliegt, ist jedoch allein auf Grund des materiell-rechtlichen Standpunkts des Erstgerichts zu beurteilen, auch wenn das Berufungsgericht ihn nicht teilt (Senat, Urteil vom 22. September 2006 - V ZR 239/05, NJW-RR 2006, 1677 Rn. 7 und BGH, Urteil vom 1. Februar 2010 - II ZR 209/08, WM 2010, 892 Rn. 11). Hiernach begründet es keinen Fehler im Verfahren der Vorinstanz, wenn das Berufungsgericht Parteivorbringen materiell-rechtlich anders beurteilt als das Erstgericht (zum Ganzen: BGH, Urteil vom 14. Mai 2013 - VI ZR 325/11, NJW 2013, 2601 Rn. 7 mwN). Das hat das Berufungsgericht nicht beachtet.

13 bb) Nach diesen Grundsätzen scheidet ein wesentlicher Verfahrensmangel aus.

14 (1) Die Vernehmung des beurkundenden Notars zu dem von dem Kläger behaupteten Umfang der Freistellungsverpflichtung war verfahrensrechtlich nur geboten, wenn der in das Wissen des Zeugen gestellte Vortrag erheblich war. Das war aber nach dem maßgeblichen materiell-rechtlichen Standpunkt des Landgerichts nicht der Fall. Dieses hielt den Vortrag für unerheblich. Es stützt seine Entscheidung nicht nur darauf, dass der Kläger nicht schlüssig dargelegt habe, dass die in dem Vertrag vereinbarte Freistellungsverpflichtung auch die Ausgleichspflichten des Klägers aus dem Innenausgleich unter Gesamtschuldnern im Verhältnis zu Frau K umfasse, sondern zudem auf folgende zweite selbständig tragende Erwägung: Der angesprochenen Regelung lasse sich auch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung keine Verpflichtung der Beklagten entnehmen, den Kläger ohne Vorlage einer Abrechnung über die Einnahmen von solchen Ausgleichspflichten freizustellen. Jedenfalls mit dieser Begründung konnte die Klage ohne Vernehmung des Notars verfahrensfehlerfrei abgewiesen werden.

15 (2) Der beurkundende Notar sollte den Vortrag des Klägers bestätigen, die Beklagte habe ihn nach dem Vertrag auch von seinen Ausgleichsverpflichtungen als Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu Frau K freizustellen. Aus der Sicht des Landgerichts kam es darauf nicht entscheidend an. Aus seiner Sicht stellte sich dann nämlich die weitere Frage, ob die Beklagte zu einer solchen Freistellung auch ohne Vorlage einer Abrechnung über die Einnahmen verpflichtet sein sollte. Zu dieser Frage hatte der Kläger, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, den Zeugen nicht benannt. Das Landgericht verneint die Frage im Kern mit dem Argument, die Beklagte hätte sich nach seiner Überzeugung nicht auf eine Verpflichtung eingelassen, Frau K monatlich die Hälfte des Kapitaldienstes (das sind 2.900 €) ohne Rücksicht auf die Bewirtschaftungslage zu zahlen. Das Berufungsgericht kommt zum gegenteiligen Ergebnis, stützt dieses aber nicht auf einen Verfahrensfehler des Landgerichts, sondern auf eine andere Auslegung des Vertrags. Das erlaubt eine Zurückverweisung an das Landgericht nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nicht.

16 c) Einer Zurückverweisung der Sache an das Landgericht nach dieser Vorschrift steht außerdem entgegen, dass der vermeintliche Verfahrensfehler entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine umfangreiche oder aufwendige Beweisaufnahme erforderlich macht.

17 aa) Den wesentlichen Verfahrensfehler sieht das Berufungsgericht, wie ausgeführt, darin, dass das Landgericht den beurkundenden Notar nicht zum Umfang der Freistellungsverpflichtung der Beklagten vernommen hat. Die Korrektur dieses Verfahrensfehlers macht unmittelbar nur die Vernehmung des Notars zu dieser Frage erforderlich. Die Vernehmung eines ortsansässigen Zeugen zu einem noch dazu begrenzten Beweisthema ist ebenso wie die Einnahme des Augenscheines (Senat, Urteil vom 22. September 2006 - V ZR 239/05, BGH-Report 2006, 1492 Rn. 14) oder die Einholung eines Sachverständigen-

gutachtens (BGH, Versäumnisurteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 270/03, MDR 2005, 645) weder eine umfangreiche noch eine aufwendige Beweisaufnahme (Begründung des Regierungsentwurfs in BT-Drucks. 14/4722 S. 102). Das sieht das Berufungsgericht nicht anders. Es begründet die Notwendigkeit einer umfangreichen und aufwendigen Beweisaufnahme damit, dass die Vernehmung des Notars das Landgericht zu der Annahme führen könne, die Beklagte habe den Kläger auch von seinem Pflichten als Gesamtschuldner des Darlehens im Verhältnis zu Frau K freizustellen, und dass dann eine umfangreiche Beweisaufnahme zu den von der Beklagten gerügten zahlreichen Mängeln des Gebäudes auf dem Grundstück und dazu erforderlich werde, ob der Kläger diese Mängel arglistig verschwiegen habe.

18 bb) Aus diesen Gründen kommt eine Zurückverweisung der Sache an das Erstgericht nicht in Betracht.

19 (1) Nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO darf die Zurückverweisung wegen eines wesentlichen Verfahrensfehlers nur erfolgen, wenn auf Grund des Fehlers eine umfangreiche oder aufwendige Beweisaufnahme „notwendig ist". Dazu genügte schon nach dem Wortsinn dieser Formulierung nicht, dass die Beweisaufnahme im weiteren Verlauf des Verfahrens nur möglich (BGH, Urteil vom 14. Mai 2013 - II ZR 76/12, WM 2013, 1210 Rn. 11) oder dass ihre Notwendigkeit nicht abzuschätzen ist (BGH, Versäumnisurteil vom 1. Februar 2010 - II ZR 209/08, WM 2010, 892 Rn. 16). Im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO notwendig ist eine Beweisaufnahme aber auch nicht, wenn sie zwar unter bestimmten Voraussetzungen erforderlich wird, der Eintritt dieser Voraussetzungen aber nicht sicher ist. Die Zurückverweisung an das Erstgericht soll nach der Konzeption des Gesetzgebers ein Ausnahmefall bleiben; sie ist deshalb auf Fälle zu beschränken, in denen die Durchführung des Verfahrens in der Berufungsinstanz voraussichtlich zu größeren Nachteilen führt als die Zurückverwei-

sung der Sache an das erstinstanzliche Gericht (Senat, Urteil vom 22. September 2006 - V ZR 239/05, BGH-Report 2006, 1492 Rn. 14; BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 270/03, MDR 2005, 645). Das ist nur der Fall, wenn die umfangreiche oder aufwendige Beweisaufnahme durch oder infolge der Korrektur des wesentlichen Verfahrensfehlers sicher zu erwarten ist.

20 (2) Daran fehlt es hier. Umfangreich würde die Beweisaufnahme hier nur, wenn über die von der Beklagten behaupteten zahlreiche Mängel an dem Gebäude auf dem Grundstück und darüber Beweis erhoben werden müsste, ob der Kläger diese Mängel arglistig verschwiegen hat. Das wiederum hängt davon ab, ob das Landgericht die Vereinbarung nach Vernehmung des beurkundenden Notars in dem von dem Berufungsgericht beschriebenen Sinne auslegt. Das aber ist ebenso wie das Ergebnis der Vernehmung des Zeugen völlig offen. Eine umfangreiche und aufwendige Beweisaufnahme ist deshalb nur möglich, aber nicht sicher zu erwarten.

21 2. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Die Sache ist aber entgegen der Ansicht der Beklagten nicht in ihrem Sinne zur Endentscheidung reif.

22 a) Die Beklagte wäre nach § 346 Abs. 1 BGB zur Rückübertragung des von dem Kläger erworbenen Miteigentumsanteils und nach § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie ihre Freistellungsverpflichtung nicht vertragsgemäß erfüllt hätte und der Kläger deshalb nach Nr. 5.6 des Vertrags zum Rücktritt berechtigt gewesen wäre und auf Grund dessen den geltend gemachten Schaden erlitten hätte. Das wäre der Fall, wenn die Beklagte den Kläger auch von seinen Ausgleichsverpflichtungen als Gesamtschuldner der Darlehensverpflichtungen im Verhältnis zu Frau K freizustellen hätte und wenn sie dazu ohne vorherige Abrechnung der Einnahmen verpflichtet wäre.

23 b) Ob die Regelung in diesem Sinne auszulegen ist, wenngleich beides im Text der Regelung in Nr. 3.2 (a) des Vertrags über die Modalitäten der Freistellungsverpflichtung der Beklagten keinen Niederschlag findet, lässt sich ohne ergänzende Feststellungen nicht beurteilen.

24 aa) Die Parteien haben in ihrem Vertrag einerseits bestimmt, dass der Kaufpreis für den Miteigentumsanteil, den der Kläger der Beklagten übertragen hat, in Höhe von 500.000 € (das sind etwa 5/6 des Kaufpreises) durch Freistellung des Klägers von seinen Verpflichtungen aus dem Darlehen „bezahlt" werden soll, das er und Frau K zur Anschaffung des Grundstücks aufgenommen haben. Andererseits haben die Parteien in Nr. 3.2 (a) des Vertrags diese Freistellungsverpflichtung näher ausgestaltet und bestimmt, dass die Beklagte ihr durch den Ausgleich von Unterdeckungen des Hauskontos nachzukommen hat. Das Zusammenspiel dieser beiden Regelungen ist dadurch gestört, dass Frau K die Darlehensraten offenbar nicht mehr von dem Hauskonto bezahlt oder von diesem Konto abbuchen lässt. Die Regelung in Nr. 3.2 (a) verfehlt als Folge dieser Veränderung ihren Zweck.

25 bb) Nach den Vorbemerkungen ihres Vertrags standen die Parteien vor der Schwierigkeit, dass die Beklagte einerseits den Kläger von seinen Darlehensverpflichtungen freistellen sollte, andererseits aber nicht auf die Einnahmen aus der Vermietung zugreifen konnte, weil die andere Miteigentümerin, Frau K, die Mieten allein vereinnahmte und darüber nicht abrechnete. Die Parteien haben mit der Regelung in Nr. 3.2 (a) des Vertrags versucht, dieser Schwierigkeit dadurch zu begegnen, dass die Freistellung durch Auffüllungen von Unterdeckungen des Hauskontos erfolgen sollte. Wenn nämlich, wie von den Parteien im ersten Absatz dieser Regelung vorausgesetzt, der Kapitaldienst weiterhin von dem Hauskonto eingezogen würde, würden durch die vorgesehene Auffüllung dieses Kontos sowohl die angestrebte Freistellung des

Klägers als auch die Anrechnung der Einnahmen zugunsten der Beklagten auch ohne Abrechnung gelingen. Die Erwartung der Parteien ist indessen nicht eingetreten. Frau K verlangt jetzt - wohl als Folge einer geänderten Abwicklung der Darlehensverpflichtungen - von dem Kläger (nach § 426 BGB) Ausgleich im Innenverhältnis. Damit können die der Regelung in Nr. 3.2 (a) des Vertrags zugedachten Wirkungen nicht mehr eintreten. Die Beklagte kann den Kläger nicht freistellen, indem sie das Hauskonto auffüllt. Denn dessen Unterdeckungen bilden nur noch die Defizite bei den Verwaltungskosten ab, nicht jedoch die Darlehensverbindlichkeiten. Ein Ausbleiben von Unterdeckungen führt auch nicht ohne weiteres zu der angestrebten gewissermaßen „automatischen" Verrechnung der Einnahmen zugunsten der Beklagten.

26 cc) Es spricht einiges dafür, dass die Beklagte den Kläger als Folge dieser Veränderung auch von seinen Verpflichtungen als Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu Frau K freizustellen hat. Die Parteien haben in Nr. 3.2 (a) Absatz 3 des Vertrags als Alternative zur Auffüllung des Hauskontos zwar eine unmittelbare Zahlung der Beklagten an die Bank vorgesehen. Auch diese Möglichkeit der Freistellung kommt aber nur in Betracht, wenn die finanzierende Bank die Erbringung der Darlehensraten in zwei Teilleistungen ihrer Darlehensnehmer akzeptiert und sich nicht nur an einen von ihnen hält, wozu sie nach § 421 Satz 1 BGB berechtigt ist und was sie offenbar auch so handhabt. Dann kann die geschuldete Freistellung nur gelingen, wenn der Kläger von seinen Ausgleichspflichten freigestellt wird.

27 dd) Eine Verpflichtung zur Freistellung auch von diesen Verpflichtungen muss einerseits nicht bedeuten, darin ist der Beklagten Recht zu geben, dass der Kläger von ihr ohne vorherige Abrechnung über die Einnahmen aus dem Grundstück Freistellung verlangen kann. Auszuschließen ist diese Folge andererseits auch nicht. Die Notwendigkeit einer Abrechnung begründete einen Ein-

wand gegen die Ausgleichsverpflichtung des Klägers. Nach allgemeinen Grundsätzen wäre die Geltendmachung solcher Einwände nicht Aufgabe des Freistellungsberechtigten - hier des Klägers -, sondern Sache des Freistellungsverpflichteten - hier der Beklagten (Senat, Urteil vom 19. April 2002 - V ZR 3/01, NJW 2002, 2382; BGH, Urteil vom 15. Dezember 2010 - VIII ZR 86/09, WM 2011, 861 Rn. 12). Die Parteien könnten mit der Regelung in Nr. 3.2 (a) zugunsten der Beklagten von diesen Grundsätzen abgewichen sein, um ihr die an sich gebotene Auseinandersetzung mit Frau K zu ersparen. Ob sich die Auseinandersetzung der Beklagten mit Frau K angesichts deren offenbar geänderter Praxis bei der Abwicklung der Darlehensverpflichtungen weiterhin vermeiden lässt, ist jedoch zweifelhaft. Der Kläger hat der Beklagten nämlich seinen Miteigentumsanteil mit allen begleitenden Rechten und Befugnisse übertragen. Das führt dazu, dass jetzt nur noch die Beklagte eine rechtliche Möglichkeit hat, Frau K zu einer Abrechnung der Einnahmen zu zwingen, nicht jedoch der Kläger.

28 Zur Anschlussrevision des Klägers

29 Auch die Anschlussrevision des Klägers hat teilweise Erfolg.

30 1. Zu seinen Gunsten ist zu berücksichtigen, dass das Berufungsgericht die Sache nicht an das Landgericht zurückverweisen durfte, sondern selbst eine Sachentscheidung treffen musste.

31 a) Verfahrensfehler, zu denen auch die fehlerhafte Anwendung von § 538 Abs. 2 ZPO gehört (BGH, Urteil vom 18. Februar 1997 - XI ZR 317/95, MDR 1997, 590), sind allerdings nach § 554 Abs. 3 Satz 2, § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe b ZPO zugunsten des Anschlussrevisionsführers nur zu berücksichtigen, wenn dieser sie auch selbst gerügt hat. Der Anschlussrevisionsführer darf von der eigenen Rüge im Grundsatz auch dann nicht absehen, wenn

der Revisionsführer die Rüge erhoben hat und sie das gesamte Verfahren betrifft. Etwas anderes gilt nur in dem Sonderfall, dass die Angriffe beider Seiten in einem untrennbaren Zusammenhang stehen (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1993 - VI ZR 155/92, NJW 1994, 801, 803; MüKoZPO/Krüger, 4. Aufl., § 554 Rn. 12; Wieczorek/Prütting, ZPO, 4. Aufl., § 554 Rn. 12). Dieser Sonderfall liegt hier vor.

32 b) Rügt der Anschlussrevisionsführer Verfahrensfehler nicht, wäre über sein Rechtsmittel an sich unter Zugrundelegung des Verfahrens als fehlerfrei zu entscheiden (MüKoZPO/Krüger, aaO). Das ist indessen nicht möglich, wenn - wie hier - das Berufungsgericht als Folge einer Kassationsentscheidung nach § 538 Abs. 2 ZPO die für eine revisionsgerichtliche Entscheidung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nicht getroffen hat. Das Fehlen dieser Feststellungen führt dann dazu, dass der von dem Revisionsführer mit Erfolg gerügte Verfahrensfehler dem Anschlussrevisionsführer ausnahmsweise auch ohne eigene Verfahrensrüge zugutekommt.

33 2. Die Sache ist entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht in seinem Sinne zur Endentscheidung reif.

34 a) Die von den Parteien vereinbarte Erfüllung der Freistellungsverpflichtung der Beklagten durch Auffüllung des Hauskontos verfehlt zwar ihren Zweck. Das kann dazu führen, dass die Beklagte den Kläger auch von seinen Verpflichtungen als Gesamtschuldner des Darlehens im Verhältnis zu Frau K freizustellen hat. Ohne nähere Feststellungen lässt sich aber nicht entscheiden, ob diese Freistellung auf bloße Anforderung des Klägers zu erfolgen hat oder erst nach einer Abrechnung der Einnahmen. Zur näheren Erläuterung wird auf die Ausführungen zu dem entsprechenden Vorbringen der Beklagten Bezug genommen.

35 b) Nichts anderes gilt, soweit der Kläger einen weiteren Rücktritt auf die Weigerung der Beklagten gestützt hat, ihn von dem auf ihn entfallenden Teil von Darlehensraten unmittelbar gegenüber der finanzierenden Bank freizustellen. Dazu wäre die Beklagte zwar nach Nr. 3.2 (a) Absatz 3 des Vertrags berechtigt. Ohne nähere Feststellungen lässt sich aber nicht entscheiden, ob sie dazu als Folge des Scheiterns einer Freistellung durch Auffüllung des Hauskontos ohne vorherige Einnahmenabrechnung auch verpflichtet ist.

III.

36 Die Sache ist deshalb unter Aufhebung des Berufungsurteils zur neuen Verhandlung und (eigenen) Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stresemann Schmidt-Räntsch Brückner

Göbel Haberkamp

Vorinstanzen:

LG Leipzig, Entscheidung vom 02.10.2013 - 4 O 2994/12 -
OLG Dresden, Entscheidung vom 08.07.2014 - 14 U 1754/13 -