

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 21/65

URTEIL

Verkündet am

10. April 1968

Hirth, Justiz-
angestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Holzhändlers Karl Friedrich Johann R [REDACTED] in A [REDACTED]
[REDACTED] über V [REDACTED] ([REDACTED]),

Beklagten, Berufungsklägers und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann August S [REDACTED] in A [REDACTED] über
V [REDACTED] ([REDACTED]),

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag, Hill und Offterdinger für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 8. Dezember 1964 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung des Beklagten zurückgewiesen worden ist. Die Sache wird in diesem Umfang zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte und der Kaufmann Gustav E. in A. schlossen am 28. Februar 1941 einen notariellen Vertrag. Nach § 1 dieses Vertrages verkaufte der Beklagte von seinem Grundstück Artikel 2068 der Gemeinde V. ein näher beschriebenes, von den Vertragschließenden bereits abgestecktes, jedoch noch amtlich zu vermessendes Teilstück der Parzelle 359/102 der Flur 29. Der Kaufpreis sollte nach § 2 des Vertrages 0,60 RM pro Quadratmeter betragen und bei der Auflassung in bar an den Verkäufer zu bezahlen sein. § 4 des Vertrages bestimmt, daß die Auflassung drei Monate nach Beendigung des Krieges erfolgen solle und daß das Grundstück frei von allen Belastungen in Abteilung III des Grundbuchs aufzulassen sei. In § 6 des Vertrages bewilligten und beantragten die Vertragsteile, zur Sicherung

- 3 -

des dem Käufer zustehenden Rechts auf Auflassung des Trennstücks eine Vormerkung im Grundbuch einzutragen; die Vormerkung ist im August 1941 in das Grundbuch eingetragen worden. In der Folgezeit wurde der Auflassungsanspruch mehrfach durch notarielle Verträge abgetreten, zuletzt durch notariellen Vertrag vom 27. April 1962 an den Kläger. Diese Abtretung ist im Grundbuch eingetragen worden.

Der Kläger fordert vom Beklagten Auflassung der verkauften Parzelle, die auf 3170 qm vermessen worden ist und in der Zwischenzeit die neue Parzellenbezeichnung 361/102 der Flur 29 der Gemeinde V. [REDACTED] erhalten hat. Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, zu erklären, "ich bin mit dem Kläger darüber einig, daß das Eigentum am Grundstück Band 51 Blatt 756 Parzelle 361/102 des Grundbuchs der Gemeinde V. [REDACTED] auf den Kläger übergeht und beantrage und bewillige, daß der Kläger als Eigentümer der Parzelle unter Bildung eines neuen Grundbuchblattes Zug um Zug gegen Zahlung von 1 902 DM eingetragen wird."

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat behauptet, er sei bei Abschluß des Vertrages mit dem ursprünglichen Käufer E. [REDACTED] darüber einig gewesen, daß der Kaufvertrag im Falle eines ungünstigen Kriegsausgangs nicht gültig sein solle. Diese Bestimmung sei nicht ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen worden, da der beurkundende Notar das für bedenklich gehalten habe. Auf seinen Rat sei die aus der Urkunde ersichtliche Fassung gewählt worden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, da der Beklagte sich nach § 405 BGB auf die von ihm behauptete



Abrede nicht berufen könne, seine Behauptung zudem auch nicht bewiesen sei.

In der Berufungsinstantz hat der Beklagte vorgetragen, er berufe sich gar nicht darauf, daß ein Scheingeschäft abgeschlossen worden sei. Er mache nur geltend, daß im Wege der Auslegung der Vereinbarung, wonach die Auflassung drei Monate nach Kriegsende erfolgen solle, der von beiden Vertragsschließenden gewollte Sinn dahin zu geben sei, daß unter Kriegsende nur ein für Deutschland siegreiches Kriegsende zu verstehen sei. Für die Behauptung, daß dies der Sinn der Abrede gewesen sei, trat er weiteren Beweis an.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß in der Urteilsformel die Worte "und beantrage" entfallen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen bisherigen Antrag weiter, soweit ihm das Berufungsgericht nicht stattgegeben hat.

Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I.

Das Landgericht hatte nach Durchführung einer Beweisaufnahme der Klage stattgegeben, weil der Beklagte mit seinem Einwand, es liege ein Scheingeschäft vor, nach § 405 BGB

nicht zu hören sei. Zudem sei aber dieses Vorbringen auch nicht bewiesen, wie die Beweisaufnahme ergeben habe. Für die Vernehmung des Beklagten als Partei fehlten die gesetzlichen Voraussetzungen.

Demgegenüber hat das Berufungsgericht ausgeführt, schon § 405 BGB stehe den vorgebrachten Einwendungen des Beklagten entgegen, so daß es auch keiner Erhebung der vom Beklagten hierfür noch angebotenen Beweise bedürfe.

Es bedarf nicht der von der Revision erbetenen Nachprüfung, ob der notarielle Vertrag vom 28. Februar 1941 als Urkunde im Sinne des § 405 BGB anzusehen ist und ob das Berufungsgericht ohne Verstoß gegen die Prozeßordnung festgestellt hat, die Darstellung des Klägers, daß die Urkunde bei allen späteren Abtretungen vorgelegen habe, sei nicht bestritten worden und entspreche überdies auch der Lebenserfahrung. Die Anwendung des § 405 BGB scheitert nämlich im vorliegenden Fall schon daran, daß das Vorbringen des Beklagten nicht die Behauptung eines Scheingeschäfts enthält.

Der Beklagte hatte im landgerichtlichen Verfahren vortragen, die Parteien seien sich einig darüber gewesen, daß der Kaufvertrag im Falle eines verlorenen Krieges nicht wirksam sein solle. Dieses Vorbringen würdigte der Beklagte in seinen Schriftsätzen teils als aufschiebend bedingten, teils als auflösend bedingten Kaufvertrag. Im Berufungsverfahren hat der Beklagte darauf hingewiesen, daß er gar nicht behauptet habe, das Wort Kriegsende im notariellen Vertrag sei nur zum Schein gebraucht worden. Kriegsende bedeute siegreiches Kriegsende. Die Parteien hätten nichts anderes vereinbart und auch nichts anderes gewollt, als was im Vertrag nie-

dergelegt worden sei, nur sei dieser Text dahin auszulegen, daß es sich um ein siegreiches Kriegsende handeln müsse. Diese Voraussetzung sei nicht eingetreten und deshalb der Auflassungsanspruch zu verneinen. Wenn das Berufungsgericht nun meint, der Beklagte wolle mit diesem Vorbringen behaupten, der Vertrag sei nur zum Schein als unbedingt abgeschlossen worden, so handle es sich also um den Einwand des Scheinvertrages, der nach § 405 BGB ausgeschlossen ist, so kann dem nicht beigetreten werden. Der Vortrag des Beklagten geht vielmehr dahin, der notarielle Vertrag sei ernstlich gewollt, jedoch nicht vollständig protokolliert worden; der Text enthalte nicht die aufschiebende (auflösende) Bedingung, wie sie vereinbart worden sei. Zumindest aber sei das Wort Kriegsende nach dem Willen der Parteien anders auszulegen als der Wortlaut es zunächst nahe legt. Demnach liegt nicht die schlüssige Behauptung eines Scheingeschäfts vor. Der Einwand des Scheingeschäftes ist nämlich nicht erhoben, wenn nur über den Sinn der notariellen Erklärung gestritten wird (RG HRR 1930 Nr. 2143). Es kommen nach dem Vortrag des Beklagten auch nicht etwa zwei Geschäfte in Betracht, ein simuliertes und ein dissimuliertes (§ 117 Abs. 2 BGB). Vielmehr ist nach der Darstellung des Beklagten der beurkundete Vertrag ernstlich gewollt, aber nicht vollständig protokolliert. Das verkennt das Berufungsgericht, wenn es zur Stütze seines Standpunkts auf den Schriftsatz des Beklagten vom 28. Mai 1964 verweist. Denn dort hatte der Beklagte die Nichtigkeit des Kaufvertrages nicht aus § 117 BGB abgeleitet, sondern aus den §§ 125, 313 BGB. Entscheidend für die Frage des Scheingeschäfts ist, daß auch nach dem Vortrag des Beklagten das Rechtsgeschäft von den Vertrags-

teilen ernstlich gewollt war und daß der von ihnen erstrebte Zweck nur bei Gültigkeit des Vertrages überhaupt erreicht werden konnte (vgl. BGHZ 36, 84; 21, 378).

II.

Ist der Einwand des Scheingeschäfts demnach in Wahrheit nicht erhoben, so muß davon ausgegangen werden, daß dem Zessionar nicht verwehrt ist, den wahren Sinn seiner Verpflichtung zur Geltung zu bringen. Der Beklagte hatte aber, wie das Berufungsgericht selbst ausführt, Beweis für seine Behauptung angetreten. Ob es auf diese erkennen will oder ob das Ergebnis der landgerichtlichen Beweisaufnahme zur Würdigung des Vortrags des Beklagten bereits ausreicht, ist Sache des Tatrichters; das Revisionsgericht kann darüber nicht entscheiden. Der Tatrichter hat aber bisher im Gegensatz zum Landgericht hierzu noch nicht Stellung genommen. In der Sache selbst kann aber auch nicht im Sinn einer Klageabweisung durcherkannt werden. Zur Frage der Verwirkung und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage können sich nämlich auf Grund der hinsichtlich der oben wiedergegebenen Darstellung des Beklagten gebotenen tatsächlichen Würdigung neue Gesichtspunkte ergeben, die eine abschließende Beurteilung durch das Berufungsgericht erfordern.

Soweit das Berufungsgericht der Berufung des Beklagten nicht stattgegeben hat, war daher das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht

zurückzuverweisen. Es erschien angebracht, ihm auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu überlassen.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Dr. Freitag

Hill

Offterdinger