

V ZR 36/59

Verkündet am
29. März 1961

Justizangestellter
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 Margarete B [REDACTED] geb. K [REDACTED] in Be [REDACTED]-S [REDACTED],
Kr [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Arzt Dr. med. Günter B r [REDACTED] in Be [REDACTED]-Z [REDACTED],
C [REDACTED]-Allee [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 29. März 1961 unter Mitwirkung des Senatspräsi-
denten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Hückinghaus, Schuster,
Dr. Rothe und Dr. Freitag

für Recht erkannt:

Auf Revision und Berufung der Beklagten werden, unter
Zurückweisung der Rechtsmittel im übrigen, das Urteil des
7. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 8. Januar 1959
teilweise aufgehoben und das Urteil der 2. Zivilkammer des
Landgerichts in Berlin-Charlottenburg vom 23. April 1954 teil-
weise abgeändert.

Es wird festgestellt, daß der Beklagten aus den Verträgen
vom 17. Juni und 4. November 1952 ein Restkaufgeldanspruch in
Höhe von mehr als 7 000 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Januar
1953 nicht zusteht.

Die Beklagte wird verurteilt, in die Löschung

- a) der im Grundbuch des Amtsgerichts Spandau von Spandau Band 76 Blatt 2527 in Abteilung III unter Nr. 18 eingetragenen Restkaufgeldhypothek von 12 500 DM, soweit sie den Betrag von 7 000 DM übersteigt,
- b) der ebenda in Abteilung II unter Nr. 6 zu ihren Gunsten eingetragenen Vormerkung

zu willigen.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Hinsichtlich der weitergehenden Ansprüche des Klägers, soweit sie in die Revisionsinstanz erwachsen sind (Feststellung des Nichtbestehens eines Restkaufgeldanspruchs auch im übrigen, Verurteilung der Beklagten zur Löschung der Hypothek in restlicher Höhe und zur Zahlung von 2 382,42 DM nebst Zinsen), wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den bisher entstandenen Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen

- a) 9/10 der Kosten des ersten Rechtszuges,
- b) 9/11 der Kosten des zweiten Rechtszuges,
- c) 8/15 der Kosten des früheren Revisionsverfahrens und
- d) 16/35 der Kosten des gegenwärtigen Revisionsverfahrens.

Die Entscheidung über sämtliche weitere Kosten, einschließlich derjenigen der Nebenintervenienten S. [REDACTED] und Dr. N. [REDACTED], wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der im Jahre 1952 (Verträge vom 17. Juni und 4. November) von der Beklagten ein Hausgrundstück gekauft hat und in der Folgezeit als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist, wurde nach Kaufabschluß vom Finanzamt auf Zahlung von Lastenausgleichsabgaben (zunächst Übergangs-, später Hypothekengewinnabgabe) in Anspruch genommen. Er ist der Ansicht, diese Abgaben habe im Innenverhältnis der Parteien nicht er, sondern die Verkäuferin zu tragen; zum mindesten könne er dafür von ihr einen angemessenen Ausgleich verlangen. Deshalb hat er Klage erhoben mit dem Antrage, festzustellen, daß der Beklagten kein restlicher Kaufpreisanspruch mehr zustehe, und sie zu verurteilen, in die Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Restkaufgeldhypothek von 12 500 DM zu willigen; hilfsweise begehrt er Feststellung, daß er gegen sie einen Ausgleichsanspruch in Höhe eines Teilbetrages von 12 500 DM habe und berechtigt sei, die Leistung aus der Restkaufgeldhypothek zu verweigern. Die Beklagte ist der Klage mit der Behauptung entgegengetreten, der Kläger habe sich bei Kaufabschluß bereit erklärt, etwa entstehende Lastenausgleichsabgaben zu bezahlen. Sie hat ferner behauptet, daß er den Kaufvertrag wegen Irrtums angefochten habe, und hat widerklagend beantragt, die Nichtigkeit des Vertrages festzustellen und den Kläger zur Herausgabe des Grundstücks, zur Rechnungslegung über seine Grundstückseinnahmen und -ausgaben sowie zur Löschung eines inzwischen zugunsten seiner Eltern eingetragenen Nießbrauchsrechts zu verurteilen.

Das Landgericht hat dem Hauptantrag der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten wurde vom Kammergericht durch Teilurteil die Klage abgewiesen und auf die Widerklage der Kläger zur Rechnungslegung verurteilt. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung (Urteil des erkennenden Senats



vom 18. Dezember 1957, V ZR 35/56, WM 1958, 175).

In der neuen Berufungsverhandlung war unstreitig, daß die Beklagte im Laufe des Rechtsstreits die Restkaufgeldhypothek von 12 500 DM an einen Makler S. abgetreten hat; S. pfändete die Grundstücksmieten und trieb auf diese Weise insgesamt 9 054,33 DM vom Kläger bei. Ferner wurde auf Grund einstweiliger Verfügung zugunsten der Beklagten eine Vormerkung zur Sicherung ihres Anspruchs auf Rückübertragung des Grundstückseigentums eingetragen. Der Kläger hat sich daraufhin der Berufung angeschlossen mit dem Antrage, die Beklagte zur Zahlung von 9 054,33 DM und zur Löschung der Vormerkung zu verurteilen. Das Kammergericht hat die Berufung zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung die Beklagte verurteilt, an den Kläger 2 382,42 DM nebst Zinsen zu zahlen und in die Löschung der Vormerkung zu willigen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge auf Abweisung der Klage, Zurückweisung der Anschlußberufung und Verurteilung des Klägers zur Rechnungslegung weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Die Parteien hatten in den Vorinstanzen verschiedenen Personen den Streit verkündet. Von diesen sind der Makler Simmel der Beklagten und der Notar Dr. N. dem Kläger als Nebenintervenienten beigetreten, ohne sich indessen in der Folgezeit weiter am Rechtsstreit zu beteiligen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Parteien streiten darüber, wie sich die von ihnen bei Kaufabschluß nicht erwartete Lastenausgleichs-Verbindlichkeit auf ihre vertraglichen Beziehungen ausgewirkt hat.

Nach Ansicht der Beklagten bestehen solche Beziehungen überhaupt nicht oder zum mindesten nicht mehr, weil der Kaufvertrag mit Erfolg angefochten worden oder wegen Einigungsmangels von vornherein nichtig gewesen sei; sie hat daher mit der Widerklage vom Kläger Rückgabe des verkauften Grundstücks und - zur Vorbereitung dieses Anspruchs - Rechnungslegung über die Grundstückseinnahmen und -ausgaben gefordert. Das Berufungsgericht ist dem jedoch nicht gefolgt. Es erachtet den Vertrag für rechtswirksam zustandegekommen; auch sei weder eine Anfechtungserklärung abgegeben worden, noch hätten die Parteien nachträglich eine Auflösung ihres Vertragsverhältnisses vereinbart. Demgemäß hat es die Berufung, soweit sie sich gegen die Abweisung der Widerklage richtete, zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung die Beklagte zur Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung verurteilt.

Wenn die Revision hiergegen einwendet, die Vertragsschließenden hätten aber doch hinsichtlich der Hypothekengewinnabgabe inhaltlich widersprechende Erklärungen abgegeben und somit fehle es ("wegen Dissenses") an einem wirksamen Vertragsabschluß, so vermag sie damit das Urteil nicht zu erschüttern. Der Berufungsrichter ist bei seiner Auslegung der Kaufvereinbarungen - worauf im folgenden näher einzugehen sein wird - zu dem Ergebnis gelangt, die Haftung für etwaige Lastenausgleichsschulden im Innenverhältnis sei von den Parteien vertraglich in einem bestimmten Sinne geregelt worden. Hieraus hat er zutreffend gefolgert, daß weder ein offener noch ein versteckter Einigungsmangel (§§ 154, 155 BGB) vorliege. Mit Recht beanstandet allerdings die Revision die weitere Erwägung des Urteils, die Beklagte verstoße gegen die prozessuale Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO), wenn sie einerseits vertragliche Übernahme der Abgabeschuld durch den Kläger behaupte und sich

andererseits auf "Dissens" berufe. Denn die Beklagte hatte - was auch das Berufungsgericht nicht verkennt - die zweite Behauptung nur für den Fall aufgestellt, daß ihr der Beweis der ersten nicht gelingen sollte (Schriftsatz vom 18. Oktober 1958); ein solcher, in Haupt- und Hilfsbegründung aufgespaltener Sachvortrag läuft, wie allgemein anerkannt ist, der Wahrheitspflicht keineswegs zuwider (BGHZ 19, 387, 390 m. Nachw.; vgl. auch die Urteile des erkennenden Senats vom 14. November 1956, V ZR 8/56, S. 14, und vom 3. Juni 1959, V ZR 155/58, LM ZPO § 260 Nr. 9). Aber der Fehler ist unschädlich, weil er nur eine Hilfserwägung betrifft, auf der die angefochtene Entscheidung nicht beruht.

Zu Unrecht macht die Revision noch geltend, ein Einigungsmangel liege auch darin, daß der Kläger möglicherweise das Wort "Aufbaugrundschulden" im § 4 des Kaufvertrages falsch aufgefaßt und darunter etwas anderes verstanden habe als die Beklagte; er könne die Grundschulden als "Platzhalter" für etwa später entstehende Lastenausgleichsabgaben angesehen haben, während die Beklagte an Eigentümergrundschulden gedacht habe, welche sie selbst verwerten könne. Es mag dahinstehen, ob das nicht eine unzulässige neue Tatsachenbehauptung ist (§ 561 ZPO). Denn auf jeden Fall stellt das Berufungsurteil ausdrücklich fest (S. 21), es sei "ja nicht so" gewesen, daß jede Partei fälschlich angenommen habe, die andere habe sich zur Übernahme einer etwaigen Abgabeschuld verpflichtet; vielmehr seien beide Teile sich über diesen Punkt einig geworden.

II.

Zur Klage (soweit sie auf Feststellung des Nichtbestehens einer Restkaufpreisschuld, Löschung der Hypothek und Erstattung der durch S. [REDACTED] beigetriebenen Gelder gerichtet ist)

34

entnimmt das Berufungsgericht aus dem Inhalt des notariellen Kaufvertrages im Zusammenhang mit dem teils unstreitigen und teils durch Beweisaufnahme ermittelten Sachverhalt, daß die Beklagte als Verkäuferin sich vertraglich verpflichtet habe, den Kläger von einer etwaigen Hypothekengewinnabgabe zu befreien. Es fährt dann aber fort: beide Vertragspartner seien damals infolge Belehrung durch den beurkundenden Notar von der irrigen Erwartung ausgegangen, daß die Entstehung einer Abgabepflicht unwahrscheinlich sei und praktisch nicht mit ihr gerechnet zu werden brauche. Hieraus zieht es unter Anwendung der Grundsätze über die ergänzende Vertragsauslegung den Schluß, die Parteien würden, wenn sie die spätere Entwicklung vorausgesehen hätten, sich je zur Hälfte in die zusätzliche Belastung geteilt haben. Deshalb könne der Kläger von der Beklagten Schuldbefreiung nicht in voller Höhe verlangen, sondern nur hinsichtlich der halben Hypothekengewinnabgabe.

1. Die Revision bekämpft den Ausgangspunkt des angefochtenen Urteils, wonach ursprünglich und vertragsgemäß die Beklagte der im Innenverhältnis zur Tragung der gesamten Abgabelast verpflichtete Teil gewesen sein soll. Sie meint unter Bezugnahme auf das frühere Urteil des erkennenden Senats in dieser Sache, aus der Nichtanwendbarkeit des § 123 Abs. 2 LAG auf den vorliegenden Fall ergebe sich, daß es grundsätzlich bei der Regelung des § 436 BGB verblieben sei und daß infolgedessen kraft Gesetzes allein der Kläger als Käufer, nicht aber die Beklagte als Verkäuferin die Hypothekengewinnabgabe tragen müsse; schon die Fragestellung des Berufungsrichters, ob der Kläger die Abgabe etwa vertraglich übernommen habe (BU S. 8 bis 10), sei daher verfehlt gewesen. Der Einwand ist nicht stichhaltig. Es mag auf sich beruhen, ob bei Grundstückskaufverträgen, die vor Inkrafttreten des Lastenausgleichsgesetzes geschlossen wurden, die Haftung für die Hypothekengewinnabgabe sich nach § 436 BGB bestimmt oder ob nicht insoweit eine Gesetzeslücke vorliegt (so z.B. Kühne/Wolff, LAG § 123 Anm. 1 und

Riedel JZ 1953, 396, 397, wohl auch Nehlert JR 1953, 365; vgl. zu dem Problem das Urteil des erkennenden Senats vom 11. Juni 1958, V ZR 277/56, NJW 1958, 1389 = WM 1958, 965). Denn eine etwaige gesetzliche Regelung wäre abdingbar, da die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nachgiebiges Recht darstellen (RG HRR 1932 Nr. 441). Hier aber haben die Parteien laut Feststellung des angefochtenen Urteils in der Tat eine von § 436 BGB abweichende Haftungsvereinbarung getroffen.

Soweit die Revision diese Feststellung als fehlerhaft rügt und die Erwägungen des Berufungsrichters durch zahlreiche Einzelbeanstandungen zu entkräften sucht, handelt es sich um verfahrensrechtlich unzulässige Angriffe gegen die Auslegung eines Individualvertrages. Das gilt insbesondere von ihrem Einwand, der Gedanke, daß der Kläger nicht mehr als 61 000 DM für das Grundstück habe aufwenden wollen und daß infolgedessen die Hypothekengewinnabgabe gemäß § 4 des Kaufvertrages zu Lasten der Verkäuferin gehen müsse, sei "kein brauchbares Argument", weil sich rein logisch (und angeblich sogar mit größerer Berechtigung) auch das Gegenteil sagen lasse, nämlich daß die Beklagte auf jeden Fall einen Nettopreis von 61 000 DM angestrebt und deshalb keine Veranlassung zu einer Übernahme künftiger öffentlicher Lasten gehabt habe. Wenn das Urteil an späterer Stelle (S. 17) die beiderseitigen Argumente, wie die Revision meint, als gleichwertig behandelt haben sollte, so läge darin kein Widerspruch; denn an jener Stelle geht es um ergänzende Vertragsauslegung, also um die Ermittlung des "hypothetischen" und nicht, wie hier, des wirklichen Parteiwillens. Die Behauptungen und Beweisanträge der Beklagten über den objektiven Wert des verkauften Grundstücks waren unerheblich, da es allein darauf ankam, wieviel Geld der Kläger anzulegen gewillt war. Daß man bei den Kaufverhandlungen

über die besondere Natur der Berliner Aufbaugrundsschulden (als vermutliche "Platzhalter" einer zu erwartenden Hypothekengewinnabgabe) nicht gesprochen hat, spielte für die Entscheidung ebensowenig eine Rolle wie die Frage, ob damals die Beklagte und ihr Bevollmächtigter Kaltoven der Ansicht gewesen sind, diese Grundschulden stünden dem Grundeigentümer und niemand anderem zu; denn das schloß nicht die Möglichkeit aus, daß der durch ihre Ausnutzung erlangte Gewinn später einmal eine öffentliche Abgabeschuld auslösen würde.

Wieso sich aus zwei bei den Grundakten befindlichen Urkunden (Bl. 70 und 65 ff), deren Nichtberücksichtigung die Revision unter Hinweis auf §§ 286, 139 ZPO rügt, die Unrichtigkeit der richterlichen Vertragsauslegung ergeben soll, ist nicht ersichtlich; außerdem waren nach dem Urteilstatbestand zwar die Grundakten als solche, nicht aber die beiden jetzt als übergegangen bezeichneten Urkunden Gegenstand der mündlichen Verhandlung, und dem Berufungsgericht oblag es keineswegs, jedes einzelne Schriftstück in derartigen Akten, solange es nicht von den Prozeßbeteiligten in den Rechtsstreit eingeführt wurde, von sich aus zu prüfen (RGZ 91, 60, 62; BGH Urteil vom 13. Juli 1960, IV ZR 25/60, WM 1960, 1190, 1192). Mit ihrem Einwand, daß das angefochtene Urteil den Begriff der Eintragung im § 4 des Kaufvertrages ("sämtliche in Abteilung III eingetragenen Belastungen") falsch gewürdigt habe, versucht die Revision unzulässigerweise ihre eigene Vertragsauslegung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Nicht anders verhält es sich mit ihren Angriffen gegen die Würdigung der Zeugenaussagen. Wenn bei Vertragsabschluß noch keine Hypothekengewinnabgabe vorhanden war, so schloß das nicht aus, daß gleichwohl ihre Ablösung versprochen wurde, weil auch künftig entstehende Belastungen Gegenstand eines solchen Versprechens sein können; das von der Revision in diesem Zusammenhang hervorgehobene Wort "Rückstände" kommt im § 6 des Vertrages nicht

vor, vielmehr ist dort von "etwa nach diesem Zeitpunkt" - d.h. dem 1. Juli 1952 - "anfallenden Rechnungen" die Rede. Daß das Vorbringen der Beklagten zum Nachtragsvertrag vom 4. November 1952 im Berufungsurteil nicht ausdrücklich erörtert wird, stellt keinen Verstoß gegen § 286 ZPO dar; denn abgesehen davon, daß der Richter, sofern nur eine sach-entsprechende Beurteilung überhaupt stattfindet, nicht auf jedes einzelne Parteivorbringen einzugehen braucht (BGHZ 3, 162, 175), war der genannte Vertrag, wie auch der erkennen-de Senat in seinem früheren Urteil (S. 7) betont hat, nicht entscheidungserheblich, da er lediglich Höhe und Zahlungs-weise des Restkaufpreises betraf und keinen neuen Kaufab-schluß enthielt.

2. Weitere Revisionsrügen wenden sich gegen die Auffas-sung des Berufungsgerichts, der Kaufvertrag bedürfe aus dem Grunde einer ergänzenden Auslegung, weil bei seinem Ab-schluß beide Parteien - wenn auch die Beklagte vertraglich die Hypothekengewinnabgabe übernommen habe - davon ausge-gangen seien, daß die Entstehung einer Abgabepflicht un-wahrscheinlich sei und man mit ihr nicht ernstlich zu rechnen brauche. Die Revision bezeichnet das als unlogisch und widerspruchsvoll: wer nicht damit rechne, daß etwas entstehe, oder die Entstehung für unwahrscheinlich halte, übernehme nicht das für unwahrscheinlich Gehaltene. Das ist jedoch nicht richtig; daß jemand eine Verpflichtung eingeht, von der er glaubt oder hofft, sie werde niemals praktisch werden, kommt erfahrungsgemäß gar nicht selten vor (Bürgschaftsübernahme).

Die Feststellung beruht auch nicht, wie die Revision meint, auf einem Verfahrensverstoß. Den erstmals am 5. Ja-nuar 1959, also drei Tage vor der letzten mündlichen Ver-handlung gestellten Antrag der Beklagten auf Vernehmung des Notars Dr. N. [REDACTED] hat das Berufungsgericht mit Recht als verspätet angesehen und deshalb gemäß § 529 Abs. 2 ZPO nicht mehr zugelassen. Diese Vorschrift setzt keine positive

Feststellung grobnachlässigen Verhaltens voraus, vielmehr genügt zur Nichtzulassung bereits die negative Überzeugung des Gerichts, daß das Fehlen von Verschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit nicht dargetan sei; die Beklagte hätte infolgedessen die Gründe, aus denen die Zeugenbenennung so spät erfolgte, gegenüber dem Berufungsgericht und nicht erst in ihrer Revisionsbegründung angeben müssen (RGZ 147, 303; BGH NJW 1951, 358; Urteil des erkennenden Senats vom 4. Mai 1960, V ZR 163/58, S. 27). Es trifft ferner nicht zu, daß Dr. Noisten noch kurzfristig zum Termin hätte geladen (§ 272 b ZPO) und daß dadurch eine Verzögerung des Rechtsstreits hätte vermieden werden können; denn damals war - worauf übrigens die Revision selbst hingewiesen hat - noch nicht bekannt, ob der Kläger den Zeugen von seiner amtlichen Schweigepflicht entbinden würde (§§ 383 Abs. 1 Nr. 5, 385 Abs. 2 ZPO). Der Einwand, es handele sich, da die Verspätung im Laufe des Berufungsverfahrens erfolgt sei, überhaupt um keinen Anwendungsfall des § 529 ZPO, sondern allenfalls um einen solchen des § 279 ZPO, ist verfehlt, weil der Inhalt dessen, was die Vertragsschließenden über den Lastenausgleich vereinbart hatten, schon im ersten Rechtszuge streitig war.

In Wahrheit lag allerdings eine Vertragslücke, die nach den Grundsätzen über die ergänzende Auslegung, also durch Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ausgefüllt werden mußte, gar nicht vor. Der Berufungsrichter erkennt den Unterschied zwischen Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB einerseits und dem - unter gewissen Voraussetzungen einen Ausgleichsanspruch nach § 242 BGB begründenden - Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage andererseits (Urteil des erkennenden Senats vom 25. März 1959, V ZR 14/58, IM LAG § 199 Nr. 2 = WM 1959, 665, 668 mit Nachw.; Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl § 157 Anm. 70-72 und § 242 Anm. 240). Die einschlägigen Ausführungen des Senats im früheren Revisionsurteil (S. 11 f; vgl. das Wort "gegebenenfalls")

bezogen sich nur auf den Fall, daß bei dem Versuch, den wirklichen Willen der Vertragschließenden zu ermitteln, das Zustandekommen einer konkreten Vereinbarung über die Verteilung künftiger Lastenausgleichsabgaben sich als nicht feststellbar erweisen sollte; dann allerdings wäre weiterhin zu prüfen gewesen, ob der Vertrag etwa lückenhaft sei und entsprechend dem, was die Parteien bei Kenntnis dieser Lücken vereinbart haben würden - hypothetischer Parteiwille -, "ergänzt" werden könne (BGHZ 9, 273; 23, 282). So verhielt es sich hier aber nicht. Die neue mündliche Verhandlung hatte vielmehr, anders als die frühere, zu der positiven Feststellung geführt, daß die Frage, was bei Entstehung einer Lastenausgleichsschuld Rechtens sein sollte, vertraglich geregelt worden sei, indem die Beklagte sich zur Übernahme einer solchen Schuld verpflichtet habe; bei dieser Sachlage war für eine ergänzende Vertragsauslegung kein Raum; denn es fehlte - was übrigens das angefochtene Urteil an früherer Stelle (S. 11) ausdrücklich selbst hervorhebt - an dem Erfordernis einer Vertragslücke.

Indessen handelt es sich hierbei nur um einen Mangel in der Urteilsbegründung, während das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gelangt ist - die zusätzliche Belastung mit der Hypothekengewinnabgabe müsse von beiden Parteien je zur Hälfte getragen werden -, keinen durchgreifenden Bedenken unterliegt. Die Überlegungen, auf denen diese Entscheidung beruht, lassen sich nämlich umdeuten in eine Anwendung des § 242 BGB. Sie laufen darauf hinaus, daß das Vertragsverhältnis wegen Erschütterung der Geschäftsgrundlage - weil der vertraglich zwar geregelte, aber von beiden Parteien übereinstimmend für völlig unwahrscheinlich gehaltene Fall einer weiteren Grundstücksbelastung wider Erwarten nun doch eingetreten ist - nach Treu und Glauben den veränderten Verhältnissen angepaßt wurde. Das erscheint nicht unvereinbar mit den Grundsätzen, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Ausgleichsansprüche in derartigen Fällen entwickelt worden

sind (Urteil des erkennenden Senats vom 8. Januar 1958, V ZR 165/56, LM BGB § 242 (Bb) Nr. 25 = WM 1958, 297; ferner LM LAG § 199 Nr. 2 = WM 1959, 665 und WM 1960, 665).

Für die Beklagte bedeutet eine solche Vertragsanpassung, was die Revision anscheinend übersieht, keine Beschwer, sondern im Gegenteil eine Besserstellung; denn abweichend von der ursprünglichen Vereinbarung, wonach sie im Innenverhältnis der Parteien allein und in voller Höhe für die Abgabeschuld aufzukommen hatte, braucht sie jetzt nur einen Teil davon zu übernehmen, während der Rest dem Kläger auferlegt bleibt. Soweit die Revision aber die "Halbierung" der Hypothekengewinnabgabe mit dem Ziel bekämpft, deren Abwälzung auf den Kläger in voller Höhe zu erreichen, erweisen sich ihre Rügen als unbegründet. Die Erwägungen, aus denen das Berufungsgericht unter Würdigung und Abwägung der Interessen die zusätzliche Grundstückslast gleichmäßig auf beide Parteien verteilt hat (BU S. 16-18), lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Es trifft insbesondere nicht zu, daß der Kaufvertrag für den Kläger ein "reines Risikogeschäft" gewesen sei (vgl. zu diesem Begriff die Urteile des Senats vom 5. Februar 1958, V ZR 129/56, WM 1958, 330, 332, und vom 25. März 1959, V ZR 14/58, WM 1959, 665, 666); denn nicht er, sondern die Beklagte sollte nach den getroffenen Vereinbarungen eine etwaige Abgabelast tragen. Auch § 286 ZPO ist nicht verletzt. Die Behauptung der Beklagten, sie wäre unter keinen Umständen mit einem niedrigeren Kaufpreis einverstanden gewesen (Schriftsatz vom 3. Oktober 1958), ist vom Berufungsgericht nicht übersehen, sondern gewürdigt worden (BU S. 17). Es hat den Zeugen K. [REDACTED] allerdings nicht danach gefragt, ob er diesen Standpunkt der Beklagten auch bei den Vertragsverhandlungen ausdrücklich verlautbart habe, obgleich das im Beweisbeschuß vom 20. Oktober 1958 vorgesehen war; aber die Beklagte und ihr Prozessbevollmächtigter, die im Beweisaufnahmetermin anwesend wa-

ren (vgl. Sitzungsniederschrift vom 1. Dezember 1958), haben bei der anschließenden Verhandlung über das Beweisergebnis keine Einwendungen gegen die unterbliebene Fragestellung erhoben (§ 295 ZPO; vgl. Urteil des BGH vom 25. Januar 1961, IV ZR 224/60, S. 11 f.).

3. Hält somit die Auffassung, daß die Hypothekengewinnabgabe zur Hälfte von der Beklagten getragen werden muß, den Angriffen der Revision stand, so sind indessen die weiteren Folgerungen, die das angefochtene Urteil hieraus zieht, nicht frei von Bedenken. Es geht davon aus, daß die Abgabe, nachdem sie auf Grund besonderer, für Berlin erlassener Vorschrift eine Ermäßigung erfahren hatte, nunmehr 11 656,18 DM betrage. Infolgedessen entfalle auf jede Partei eine Mehrbelastung von 5 828,09 DM. Um diesen Betrag vermindere sich die restliche Kaufpreisschuld des Klägers von 12 500 DM auf 6 671,91 DM. Der Kläger habe also einen Anspruch auf entsprechende Herabsetzung der hypothekarisch gesicherten Restkaufgeldforderung. Nun habe er aber im Zuge der von S. [REDACTED] betriebenen Zwangsvollstreckung schon 9 054,33 DM gezahlt, mithin 2 382,42 DM mehr, als er schuldig gewesen sei. Daraus ergebe sich, daß der Beklagten überhaupt kein Kaufpreisanspruch mehr zustehe, daß die Hypothek von 12 500 DM in voller Höhe zu löschen sei und daß die Beklagte die überschüssigen 2 382,42 DM zurückzahlen müsse.

An dieser Entscheidung fällt zunächst auf, daß die Urteilsformel nichts über die Mehrforderung des Klägers besagt. Er hatte mit seiner Anschlußberufung um Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 9 054,33 nebst 4 % Zinsen seit 1. Juli 1957 gebeten. Wenn ihm das Berufungsgericht nur 2 382,42 DM nebst 4 % Zinsen seit 22. März 1958 zuerkannte, hätte es folgerichtig, da es ersichtlich kein Teilurteil erlassen wollte, in Höhe des überschießenden Betrages sowie wegen der Zinsen für die Zeit vorher die Klage unter Zurück-

weisung der Anschlußberufung abweisen müssen.

Das angefochtene Urteil läßt ferner, wie die Revision mit Recht beanstandet, die vom Kläger zu entrichtenden Zinsen unberücksichtigt. Laut Kauf- und Nachtragsvertrag war der Restkaufpreis vom 1. Januar 1953 ab mit 5 % zu verzin- sen, was bei einem Kapital von 12 500 DM jährlich 625 DM ausmacht. Ob und in welcher Höhe der Kläger hierauf etwas gezahlt hat, ist nicht festgestellt worden, weshalb in der Revisionsinstanz davon ausgegangen werden muss, daß er die gesamten Zinsen für die Jahre 1953 bis einschließlich 1958 (die letzte mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht war am 8. Januar 1959) noch schuldet. Dann durfte aber der Berufungsrichter diejenigen Beträge, die er dem Kläger als Kaufpreiszahlungen gutbringen wollte, nicht von den 12 500 DM abziehen. Sie waren vielmehr gemäß § 367 BGB in erster Linie auf die rückständigen Zinsen anzurechnen, und nur hinsichtlich des danach noch verbleibenden Restes kam eine Anrechnung auf das Kapital selbst in Betracht.

Was als Zahlung des Klägers zu gelten hat, ist ebenfalls nicht richtig errechnet worden. Zutreffend erachtet aller- dings das Urteil in Höhe der 9 054,33 DM, die S. [REDACTED] bei- getrieben hat, die Kaufpreisforderung der Beklagten und die zu ihrer Sicherung bestellte Hypothek für getilgt; denn Forderung und Hypothek waren an S. [REDACTED] abgetreten und dieser hat in der angegebenen Höhe die geschuldete Leistung empfan- gen (§§ 398, 362 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB). Von Rechts- irrtum beeinflusst ist dagegen die Ansicht, ein Erlöschen der Restkaufpreisforderung sei ohne weiteres auch insoweit ein- getreten, als die Beklagte dem Kläger gegenüber für die Hypothekengewinnabgabe einzustehen habe, d.h. in Höhe von 5 828,09 DM. Durch die Verpflichtung der Beklagten, die Hälfte dieser Abgabe zu tragen, hat der Kläger, der als Grundstückseigentümer dinglich für die gesamte Abgabeschuld haftet (§ 111 Abs. 1 LAG), in Höhe des halben Schuldbetrages

einen Ausgleichsanspruch gegen sie erlangt. Eine Aufrechnung zwischen diesem Anspruch und dem Restkaufpreis, wie sie dem Berufungsgericht ersichtlich vorschwebt, setzt aber Gleichartigkeit der Forderungen voraus (§ 387 BGB). Ziel des Ausgleichsanspruchs ist nicht Zahlung schlechthin, sondern in erster Linie anteilige Schuldbefreiung: die Beklagte muß den Kläger zur Hälfte von seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Finanzamt freistellen. Gezahlt verlangen kann der Kläger von ihr lediglich die Hälfte derjenigen Geldbeträge, die er seinerseits tatsächlich an das Finanzamt entrichtet hat. Soweit das bisher nicht geschehen ist, entfällt die Möglichkeit einer Aufrechnung, und Raum wäre allenfalls für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB (Urteil des erkennenden Senats vom 19. Februar 1958, V ZR 190/56, WM 1958, 434 m. Nachw.; vgl. zur Natur des Ausgleichsanspruchs ferner das bereits angeführte Urteil WM 1959, 665). Wieviel der Kläger schon auf die Hypothekengewinnabgabe gezahlt hat, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden.

Der Ausgleichsanspruch könnte schließlich eine zahlenmäßige Verringerung auch dadurch erfahren haben, daß der Kläger es möglicherweise schuldhaft unterlassen hat, bei der zuständigen Behörde einen erfolgversprechenden Antrag auf Ermäßigung oder Erlaß seiner Abgabeschuld zu stellen. Das hatte die Beklagte im Schriftsatz vom 9. September 1958 unter Beweis gestellt (vgl. ferner Bl. 76, 115, 149, 297, 349, 368d.A.), und die Revision rügt mit Recht die Nichtbeachtung dieses Vorbringens. Eine Pflicht des Klägers, nach besten Kräften für eine Herabsetzung der - von beiden Teilen hälftig zu tragenden - Hypothekengewinnabgabe bemüht zu sein, läßt sich zwar nicht, wie die Revision meint, aus § 254 BGB herleiten; denn diese Vorschrift gilt nur für Schadensersatzansprüche. Im Wege tatrichterlicher Würdigung wäre aber zu prüfen gewesen, inwieweit sich eine solche Pflicht etwa aus dem Vertragsverhältnis der Parteien ergibt, bei dessen Abwicklung jeder Partner in angemessener

Weise auf die berechtigten Interessen des anderen Rücksicht zu nehmen hat (§ 242 BGB). Ob allerdings der Kläger bei ordnungsmäßiger Antragstellung eine völlige Streichung seiner Abgabeschuld hätte erreichen können, erscheint zweifelhaft. Kriegsschäden und Wiederaufbaukosten (§§ 100, 104 LAG) kamen als Grund hierfür schwerlich in Betracht, da sich das Anwesen, wie die Beklagte selbst vorgetragen hat (Schriftsatz vom 16. September 1954), in einem ausgezeichneten Zustand befunden haben soll und ausweislich des von ihr vorgelegten Kleist'schen Gutachtens nicht kriegsbeschädigt war. Nach diesem Gutachten bestand auch keine ungünstige Ertragslage (§§ 129, 156 LAG). Gegen die Annahme einer wirtschaftlichen Bedrängnis des Klägers (§ 131 LAG) spricht der eigene Sachvortrag der Beklagten in Nr. 2 ihres Schriftsatzes vom 18. November 1958; das Berufungsgericht hat ihm zudem am 20. September 1955 "mangels Mittellosigkeit" das Armenrecht verweigert. Immerhin ist es den Umständen nach nicht ausgeschlossen, daß der Kläger wegen seiner wirtschaftlichen Lage wenigstens eine Herabsetzung oder den Erlaß einzelner fälliger Abgabelieferungen erlangt hätte.

4. Angesichts dieser Mängel kann die Entscheidung des Berufungsgerichts, soweit es das Nichtbestehen eines Restkaufgeldanspruchs in voller Höhe festgestellt und die Beklagte zur Löschung der gesamten Restkaufgeldhypothek sowie zur Zahlung von 2 382,42 DM verurteilt hat, nicht bestehen bleiben. Diese Klageansprüche sind bisher nur zu einem Teil entscheidungsreif.

Fest steht bereits jetzt, daß die Forderung aus dem Kaufvertrag sich um die von S [REDACTED] beigetriebenen 9 054,33 DM verringert hat. In diesem Umfang ist das angefochtene Urteil also richtig. Der Kläger hat nach der Sachlage auch ein rechtliches Interesse, den Untergang der durch S [REDACTED] Vollstreckungsmaßnahmen getilgten Teilforderung alsbald festgestellt zu wissen (§ 256 ZPO), und er kann zugleich gemäß

§ 894 BGB die Löschung des zur Eigentümergrundschild gewordenen Teiles der Hypothek verlangen (RGZ 91, 218, 226; 101, 231, 234). Daß Forderung und Hypothek an S. [REDACTED] abgetreten worden sind, steht einer Inanspruchnahme der Beklagten nicht im Wege, weil die Abtretung erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgt ist (§ 265 ZPO); deshalb mag dahingestellt bleiben, ob sich die Passivlegitimation auch, wie das Berufungsgericht meint, aus einer Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen Vertragsverletzung im Zusammenhang mit einem zugunsten des Klägers bei der Hypothek eingetragenen Widerspruch nach §§ 892, 899 BGB ergibt.

In welcher zahlenmäßigen Höhe Feststellungs- und Lösungsanspruch allein schon wegen der Zwangsvollstreckung Simmel Erfolg haben müssen, läßt sich allerdings wegen der Notwendigkeit, die beigetriebenen Gelder in erster Linie nicht auf die Hauptforderung, sondern auf die rückständigen Zinsen anzurechnen (§ 367 BGB), im Augenblick nur überschläglich berechnen. Da nach der eigenen Darstellung des Klägers (Schriftsatz vom 21. März 1958) die Mietpfändungen frühestens im Sommer 1956 eingesetzt haben, konnten bis dahin, d.h. in dreieinhalb Jahren, an Zinsen - wenn man die Zahlungen des Klägers an das Finanzamt und eine dadurch möglicherweise eingetretene Forderungstilgung außer Betracht läßt - 2 187,50 DM aufgelaufen sein. In den folgenden zweieinhalb Jahren bis zur letzten Tatsachenverhandlung kamen dann noch weitere Zinsen hinzu. Sie waren aber niedriger als in den Jahren vorher; denn der Restkaufpreis verringerte sich durch die fortlaufenden Vollstreckungsmaßnahmen ständig. Sicher ist daher zum mindesten soviel, daß die Restschuld des Klägers, nachdem sie sich um die 9 054,33 DM vermindert hatte, am Schluß der Berufungsinstanz keinesfalls 7 000 DM überstiegen haben kann. Bis zu diesem Betrag war daher die angefochtene Entscheidung aufrechtzuerhalten.

Inwieweit jedoch auch der über 7 000 DM hinausgehende Teil der Restkaufpreisforderung erloschen ist, vermag der Senat noch nicht abschließend zu entscheiden. Hierzu bedarf es weiterer Aufklärung durch den Tatrichter. Dieser wird unter Beachtung der oben erörterten Gesichtspunkte (vgl. zu Nr. 3) vor allem zu ermitteln haben, in welcher Höhe dem Kläger wegen des von der Beklagten zu tragenden Teiles der Hypothekengewinnabgabe ein Ausgleichsanspruch erwachsen ist. Dabei kann Veranlassung bestehen, die bisher unstreitige Annahme, daß die aus den beiden alten Grundpfandrechten entstandene Abgabeschuld zum 1. Juli 1952 insgesamt 11 656,18 DM betragen habe (BU S. 3), auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Die genannte Zahl dürfte nämlich nach dem Finanzamtsbescheid vom 21. September 1955 (Bl. 275 ff d.A.) nur die Abgabe aus der Hypothek Abteilung III Nr. 6 betreffen, während diejenige aus der nicht eingetragenen Hauszinssteuerabgeltungslast darin nicht enthalten ist. Es fragt sich indessen, ob nicht auch die letztere, sofern man bei Vertragsabschluß nicht mit ihrer Entstehung gerechnet hat, von beiden Parteien je zur Hälfte getragen werden müßte. Daraus ergäbe sich, da insoweit Abgabeschuldner gegenüber dem Finanzamt nicht der Kläger, sondern die Beklagte ist (§ 118 Abs. 3 LAG; vgl. Schreiben der "Beauftragten Stelle nach § 139 LAG" vom 14. Juni 1957, Bl. 368 a d.A.), möglicherweise eine interne Ausgleichspflicht in umgekehrter Richtung, durch die sich der Anspruch des Klägers entsprechend vermindern würde. Voraussetzung dafür wäre allerdings, daß die Abgabeschuld der Beklagten ihr nicht seitens der öffentlichen Hand erlassen worden ist, worauf ihr Vortrag in einer Eingabe an den Bundesgerichtshof vom 11. Februar 1959 hindeuten scheint.

Ist der Umfang des Ausgleichsanspruchs ermittelt - wobei, wie dargelegt, auch ein etwaiges schuldhaftes Nichtstellen

erfolgsversprechender Erlaß- oder Ermäßigungsanträge seitens des Klägers von Einfluß sein könnte -, so wird das Berufungsgericht weiter zu klären haben, welche Beträge der Kläger bisher tatsächlich an das Finanzamt entrichtet hat. Von der Höhe dieser Beträge (genauer gesagt: von ihrer halben Höhe) hängt es ab, inwieweit der Ausgleichsanspruch auf Zahlung gerichtet und daher aufrechenbar ist, während sein überschüssender Teil lediglich Schuldbefreiung zum Gegenstand hat und daher unter den Voraussetzungen des § 273 BGB die Grundlage für ein Zurückbehaltungsrecht, wie es der Kläger mit seinem Hilfsantrag geltend macht, bilden könnte. Für den erwähnten Schuldbefreiungsanspruch kommt es entgegen der Meinung der Revision nicht auf den Ablösungsbetrag der Hypothekengewinnabgabe (§ 199 LAG), sondern auf ihre wirkliche Höhe an. Denn der Kläger ist nicht verpflichtet, von der gesetzlichen Ablösungsmöglichkeit Gebrauch zu machen (Urteil des Senats vom 18. April 1956, V ZR 165/54, WM 1956, 1233 = BB 1956, 870); jedoch steht es im Belieben der Beklagten, ihrerseits den Ablösungsbetrag zur Verfügung zu stellen und auf diese Weise ihre Schuldbefreiungspflicht zu erfüllen.

Endlich bedarf es der Feststellung, bis zu welcher genauen Höhe, über die oben nur als Mindestbetrag errechneten 7 000 DM hinaus, die Restkaufpreisforderung nebst Zinsen durch Simmels Vollstreckungsmassnahmen und durch die (zur Hälfte anzurechnenden) Leistungen des Klägers an das Finanzamt getilgt worden ist und ob die Beklagte etwa sogar mehr erhalten hat, als ihr vertragsgemäß zusteht. Hierbei wird es auf Zeitpunkt und Betrag jeder einzelnen Zahlung ankommen, da sich nur so die jeweilige Zinshöhe berechnen läßt.

III.

Das Berufungsurteil hält sonach den Angriffen der Revision nur teilweise stand. Bestehen bleibt die Abweisung der Widerklage sowie die Verurteilung der Beklagten, die zu ihren Gunsten eingetragene Vormerkung löschen zu lassen; soweit das

Berufungsgericht die Beklagte zur Löschung der Hypothek von 12 500 DM verurteilt und das Nichtbestehen einer entsprechenden Restkaufpreisforderung festgestellt hat, läßt sich das Urteil gegenwärtig nur aufrechterhalten hinsichtlich eines 7 000 DM übersteigenden Teilbetrages von Hypothek und Forderung, d.h. in Höhe von 5 500 DM. In dem geschilderten Umfange ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Der übrige Teil der angefochtenen Entscheidung - nämlich die Verurteilung der Beklagten, 2 382,42 DM zu zahlen und in die Löschung der erststelligen 7 000 DM der Hypothek zu willigen, sowie die Feststellung, daß ihr in Höhe von 7 000 DM keine Restkaufpreisforderung mehr zustehe - unterliegt der Aufhebung; insoweit muß die Sache gemäß § 565 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Hierbei erschien es zweckmäßig, die gesamte Entscheidungsformel neu zu fassen.

Auch im Kostenpunkt erweist sich eine Aufhebung als erforderlich. Soweit infolge Zurückweisung ihrer Revision die Beklagte rechtskräftig unterliegt, können ihr gemäß §§ 91, 92, 97 ZPO schon jetzt die bisherigen Kosten sämtlicher Rechtszüge in entsprechender Höhe auferlegt werden. Die Entscheidung über die restlichen Kosten, einschließlich derjenigen des gegenwärtigen Revisionsverfahrens, hängt von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits ab und ist daher dem Berufungsgericht zu übertragen. Bei der neuen Kostenentscheidung wird auf § 101 ZPO Bedacht zu nehmen sein; mit dieser Vorschrift war es nicht vereinbar, wenn das Berufungsgericht im angefochtenen Urteil dem Notar Dr. Noisten,

der dem Rechtsstreit auf Seiten des - nach dem Berufungsurteil im wesentlichen siegreich gebliebenen - Klägers beigetreten war, die Kosten der Nebenintervention auferlegt hat.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus

Schuster

Rothe

Dr. Freitag