

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_62/65

URTEIL

Verkündet am
26. Januar 1968
W i s t ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des früheren Rechtsbeistandes und Wirtschaftsberaters
Dr.jur. Alexander Wilhelm K [REDACTED] in
H [REDACTED], H [REDACTED] Landstraße [REDACTED],
vertreten durch seinen Pfleger, den Rechtsanwalt
Dr. Herbert B [REDACTED] in H [REDACTED], C [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -

g e g e n

den kaufmännischen Angestellten Nikolaus K [REDACTED] -
M [REDACTED] in H [REDACTED], U [REDACTED] Weg [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Hill und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Zivilsenats 7 b des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 22. Dezember 1964 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist alleiniger Geschäftsführer der G [REDACTED] (im folgenden GEWUS genannt). Diese war Eigentümerin des 3940 qm großen Grundstücks K [REDACTED] in H [REDACTED]. Hiervon verkaufte sie in notarieller Urkunde vom 4. August 1959 an zwei Grundstücksnachbarn, Frau K [REDACTED] und Architekt von S [REDACTED], zwecks Vergrößerung von deren Grundstücken "einen angrenzenden Streifen von 23 m Tiefe und rund 45 m Breite im Nordosten ihres Grundstücks gemäß roter Umrandung auf anliegendem Plan"; Frau K [REDACTED] sollte ein Trennstück "in Breite ihres jetzigen Grundstücks mit rd. 500 qm" und der Architekt von S [REDACTED] "das westlich davon gelegene Stück des Streifens in Breite seines jetzigen Grundstücks mit rd. 535 qm" erhalten; die genauen Grenzen und Größen der Trennstücke sollte die Vermessung ergeben. In einer weiteren notariellen Urkunde

- 3 -

vom selben Tage machte die GEWUS, vertreten durch den Beklagten, dem Kläger ein Verkaufsangebot, dessen § 1 Abs. 1 lautete:

"Die Verkäuferin verkauft ihr in H [REDACTED], K [REDACTED], gelegenes Grundstück, groß 3940 qm, jedoch nach Abtrennung der Nordostecke in Größe von rd. 1035 qm - die abgetrennte Fläche ist auf anliegendem Plan rot umrandet - mit allen Bestandteilen und allem Zubehör an (Kläger)."

In notarieller Verhandlung vom 24. August 1959, an der außer dem Kläger auch der Beklagte beteiligt war, erklärte der Kläger, daß er das - zuvor von den Beteiligten in einzelnen Punkten abgeänderte - Angebot der GEWUS annehme.

Am 8. Juni 1960 bewilligte die GEWUS zugunsten des Klägers die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Diese wurde am 21. Juli 1960 wie folgt in das Grundbuch eingetragen: "Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einem etwa 2905 qm großen Trennstück".

Bereits vorher war es zu Meinungsverschiedenheiten insbesondere darüber gekommen, ob der Kläger seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllt habe. Die GEWUS, die das in Abrede stellte, hatte am 19. Oktober 1959 ihren Rücktritt von dem Vertrag erklärt. Mit Schreiben vom 23. August 1960 focht sie außerdem diesen Vertrag wegen arglistiger Täuschung an. Der Kläger verklagte in einem Vorprozeß (4 O 192/60 LG Hamburg) die GEWUS, das Grundstück von 3940 qm Größe nach Abtrennung der Nordostecke in einer Größe von rund 1035 qm gemäß näherer Bezeichnung im Kaufvertrag vom 4./24. August 1959 an ihn



aufzulassen. Landgericht und Oberlandesgericht gaben der Klage statt; die Revision der GEWUS wies der erkennende Senat mit der Maßgabe zurück, daß festgestellt wurde, die GEWUS sei verpflichtet, "nach gehöriger Wegmessung den verbleibenden Grundstücksteil an den Kläger aufzulassen und dessen Eintragung als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen" (Urteil vom 13. März 1963, V ZR 154/61). In Wirklichkeit waren damals die an Frau K. und an den Architekten von S. verkauften Teilflächen bereits vermessen und auch schon im Grundbuch auf die beiden Erwerber umgeschrieben; die Vermessung hatte hinsichtlich des Trennstücks K. eine Größe von 425 qm und hinsichtlich des Trennstücks von S. eine solche von 541 qm ergeben, so daß ein Restgrundstück von 2974 qm verblieben war. Die GEWUS weigerte sich, dem Kläger dieses Grundstück zu übereignen, da es um 69 qm größer sei als die seinerzeit an ihn verkaufte Fläche. Sie wurde daraufhin vom Kläger auf Auflassung verklagt (5 O 76/63 LG Hamburg) und unterlag in allen drei Instanzen (zweites Revisionsurteil des Senats vom 8. April 1964, V ZR 169/63).

Inzwischen hatte der Beklagte als Gläubiger einer Grundschuld die Zwangsversteigerung des Grundstücks von 2974 qm eingeleitet. Ihm wurde am 9. Juli 1963 der Zuschlag erteilt. Die Auflassungsvormerkung des Klägers war in das geringste Gebot aufgenommen worden und blieb infolgedessen bestehen.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger, indem er sich auf diese Vormerkung beruft, die Verurteilung des Beklagten, der Auflassung des Grundstücks durch die GEWUS an ihn, den Kläger, sowie seiner Eintragung als Eigen-

tümer zuzustimmen. Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er vertritt den Standpunkt, das Grundstück von 2974 qm, zu dessen Auflassung die GEWUS verurteilt worden ist, sei ein anderes als das mit der Auflassungsvormerkung belastete Grundstück von nur 2905 qm, so daß der Kläger mit der begehrten Zustimmung seinen Auflassungstitel nicht verwirklichen könne; außerdem bestehe der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht, da die GEWUS rechtswirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sei und diesen auch mit Erfolg wegen arglistiger Täuschung angefochten habe; vorsorglich macht der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht geltend wegen eines Anspruchs auf Zahlung von 6 % Zinsen aus einer auf dem Grundstück eingetragenen Grundschuld von 3 390 DM.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. In der Berufungsinstanz hat der Beklagte unter Aufrechterhaltung seines Klageabweisungsantrages Widerklage erhoben auf Feststellung, daß dem Kläger gegen die GEWUS kein Auflassungsanspruch zustehe und daß die Auflassungsvormerkung nichtig sei. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Widerklage als unzulässig abgewiesen wurde.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Seine Rüge, daß das Berufungsgericht nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei (§ 551 Nr. 1 ZPO, Art.

101 Abs. 1 Satz 2 GG und §§ 63, 115, 117 GVG), hat der Beklagte in der mündlichen Revisionsverhandlung nicht aufrechterhalten.

2. Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Voraussetzungen der §§ 883, 888 BGB vorliegen. Hiernach braucht der Kläger das Grundstückseigentum des Beklagten, das dieser in der Zwangsversteigerung erworben hat (§ 90 ZVG), dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn dadurch ein ihm gegen die GEWUS zustehender und durch Vormerkung gesicherter Auflassungsanspruch vereitelt würde (§ 883 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB), sondern kann verlangen, daß der Beklagte der Auflassung an ihn, den Kläger, zustimmt (§ 888 Abs. 1 BGB). Der Beklagte verneint einmal das Bestehen eines Auflassungsanspruchs, weil die GEWUS nicht verpflichtet sei, das Grundstück in seiner jetzigen Größe von 2974 qm an den Kläger zu übereignen; außerdem stellt er in Abrede, daß ein solcher Anspruch den Gegenstand der Auflassungsvormerkung bilde.

a) Den Einwand, der gegenwärtige Flächenbestand entspreche nicht dem, was der Kläger im August 1959 von der GEWUS gekauft habe, hat das Berufungsgericht nicht durchgreifen lassen, wobei es auf die Urteile im Vorprozeß 5 O 76/63 verwiesen und sich die dortigen Ausführungen zu eigen gemacht hat: Der Beklagte habe hierzu keine neuen Tatsachen vorgetragen, und es seien auch keine sonstigen, bisher unberücksichtigt gebliebenen rechtlichen Gesichtspunkte erkennbar. Soweit der Beklagte - ebenso wie sinngemäß schon die GEWUS im Vorprozeß - behauptete, ein Abweichen der Grundstücksgröße von etwa 2905 qm um 69 qm zugunsten des Klägers habe nicht im

Sinne der Beteiligten, jedenfalls nicht der Verkäuferin, gelegen, sei erneut festzustellen, daß nach der Willensübereinstimmung der Vertragsschließenden der Kläger denjenigen Teil des ursprünglichen Grundstücks habe erhalten sollen, der nach Abtrennung der den Grundstücken K [REDACTED] und von S [REDACTED] zuzuschreibenden Trennstücke verbleiben würde; deren genaue Größe habe sich aber erst aus der späteren Vermessung, welche die Voraussetzung für die Abtrennung gewesen sei, ergeben können. Für eine andere Auslegung biete der Kaufvertrag vom 4./24. August 1959 keine Anhaltspunkte.

Die Revision bekämpft dies als rechtsirrig, wobei sie insbesondere auf die ihrer Ansicht nach fehlende Identität zwischen dem Grundstück, das der Kläger gekauft habe, und demjenigen, zu dessen Auflassung die GEWUS im Vorprozeß rechtskräftig verurteilt worden sei, hinweist. Hiermit wendet sie sich jedoch in verfahrensrechtlich unzulässiger Weise (§ 561 Abs. 2 ZPO) gegen die tatrichterliche Auslegung eines Individualvertrages, die keinen Rechtsirrtum erkennen läßt und daher für das Revisionsgericht bindend ist. Daß der Entscheidung in jenem Vorprozeß, da es sich nicht um die jetzigen Parteien handelte, keine Rechtskraftwirkung für das vorliegende Verfahren zukommt (§§ 322 Abs. 1, 325 Abs. 1 ZPO), hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt; allein es war nicht gehindert, den Vertrag wieder ebenso auszulegen, wie das seinerzeit geschehen und vom erkennenden Senat (vgl. zweites Revisionsurteil) gebilligt worden ist. Alles, was die Revision unter Hinweis auf die Einzelheiten der Grundstücksvermessung, den Verlauf der neuen Grenzen und die angebliche Bedeutung der "Circa-Klausel"

bei der ziffermäßigen Angabe der verkauften Quadratmeterfläche vorbringt, war bereits Gegenstand eingehender Erörterungen im früheren Revisionsverfahren, und der Senat hält auch nach erneuter Prüfung an seiner damals verlautbarten und ausführlich begründeten Ansicht fest, daß die Vertragsauslegung des Tatrichters dadurch nicht erschüttert wird.

b) Damit ist freilich noch nichts über die Wirkung gesagt, die der zur Sicherung des Auflassungsanspruchs eingetragenen Vormerkung (§ 883 BGB) für das Verhältnis zwischen dem Kläger als Berechtigtem und dem Beklagten als jetzigem Grundstückseigentümer zukommt. Diese Frage hat der erkennende Senat im Vorprozeß 5 O 76/63, weil es hierauf damals nicht ankam, unentschieden gelassen (zweites Revisionsurteil, S. 12). Wenn indessen die Revision dem Oberlandesgericht vorwirft, dies übersehen und bei seiner Entscheidung den Umstand außer acht gelassen zu haben, daß die Vormerkung, da sie dinglich gegen jedermann wirken solle, nach anderen Grundsätzen ausgelegt werden müsse als der Kaufvertrag, der lediglich den Inhalt des im August 1959 von der GEWUS und dem Kläger Gewollten wiedergebe, so erweist sich der Vorwurf als unbegründet. Denn die Notwendigkeit, bei Grundbucheintragungen auf ihren Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Grundbuch selbst und aus der etwa in bezug genommenen Eintragungsbewilligung für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt (BGHZ 47, 190, 195 f; LM BGB § 1018 Nr. 4 und 5; WM 1962, 765, 766), ist vom Berufungsrichter ersichtlich nicht verkannt worden. Er hat vielmehr in den Entscheidungsgründen seines Urteils (S. 31 - 33) die streitige Auflassungsvormerkung daraufhin untersucht, ob durch ihren Text sowie

durch denjenigen der Eintragungsbewilligung - auf die der Grundbucheintrag ausdrücklich verweist - Lage und GröÙe des an den Kläger verkauften Restgrundstücks "in einer dem Verkehrsbedürfnis entsprechenden Weise gekennzeichnet" würden, und er hat das auf Grund eingehender Erwägungen bejaht.

Diese Urteilsausführungen, die in der Revisionsinstanz, weil es sich um die Auslegung des Grundbuchs handelt, frei und ohne Einschränkung nachprüfbar sind (BGH Urteil vom 11. November 1966, V ZR 191/63, WM 1966, 1300, 1301 f mit Nachweisen), werden der Sach- und Rechtslage gerecht. Der Senat tritt ihnen auf Grund selbständige Würdigung im vollen Umfange bei. Mit Recht ist im angefochtenen Urteil insbesondere der Wortlaut der Eintragungsbewilligung vom 8. Juni 1960 herangezogen worden, wo es u.a. heißt:

"Die von mir (Beklagter) vertretene (GEWUS) hat durch notariellen Kaufvertrag vom 4./24. August 1959 ihr Grundstück mit Ausnahme der anderweitig verkauften Nordostecke von rd. 1035 qm an den (Kläger) verkauft. Auf nachträglich vom Käufer geäußertes Verlangen bewillige ich, daß im Grundbuch für den Käufer eine Vormerkung zur Sicherung des Rechtes auf Auflassung des nach Abschreibung der Nordostecke verbleibenden Grundstücks eingetragen wird."

In diesen beiden Sätzen kommt für jedermann erkennbar zum Ausdruck, daß die Vormerkung die gesamte Restfläche erfaßt, die noch übrig blieb, nachdem die anderweitig verkauften, an der Nordostecke gelegenen Trennstücke vermessen und abgeschrieben worden waren.

Zutreffend erblickt das Oberlandesgericht eine "weitere Präzisierung" in der Bezugnahme auf den Kaufvertrag; von ihm (Angebot und Annahmeerklärung) hatte der Kläger am selben Tage, an dem er die Eintragung der Vormerkung beantragte, bei dem Grundbuchamt Ausfertigungen eingereicht, und zwar einschließlich des im Verkaufsangebot vom 4. August 1959 erwähnten Lageplanes, auf dem die wegzumessenden Trennstücke rot umrandet sind; alle diese Urkunden wurden damit Bestandteil der Grundakten und sind es heute noch. Aus ihnen im Zusammenhang mit dem Text der Auflassungsvormerkung selbst, die den Flächeninhalt des an den Kläger aufzulassenden Restgrundstücks ausdrücklich durch das Wort "etwa", also nur annäherungsweise mit 2905 qm angibt, geht in einer den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs genügenden Weise (vgl. KG JW 1937, 110) hervor, daß der genaue räumliche Umfang einzig noch von dem Ergebnis der späteren Vermessung abhing. Die hierbei aufgetretene größenmäßige Abweichung um 69 qm beträgt, bezogen auf die genannten 2905 qm, lediglich 2,375 % oder, wenn man sie auf die tatsächlich verbliebene Fläche bezieht, sogar nur 2,32 %; sie liegt daher, wie das angefochtene Urteil zutreffend annimmt, noch im Rahmen dessen, was durch das Wort "etwa" ausgedrückt wird.

Hiermit ist die Behauptung der Revision widerlegt, Vormerkung und durchzusetzender Schuldtitel stimmten inhaltlich nicht überein. Da eine solche Übereinstimmung in Wirklichkeit besteht und dem unbefangenen Betrachter, sofern er das Grundbuch mit der gebotenen Sorgfalt einsieht, auch keineswegs verborgen bleiben kann, scheitert zugleich die weitere Rüge, daß die Zustimmung, die der Kläger gemäß § 888 Abs. 1 BGB vom Beklagten fordert, sich

stets nur auf 2905 qm beziehen würde. Ebenso wenig greift der Einwand der Revision durch, der Kläger könne mit einer solchen Zustimmungserklärung mangels "Identität zwischen den Objekten des zuerkannten Auflassungsanspruchs und der Auflassungsvormerkung" seinen auf Übereignung von 2974 qm gerichteten Titel nicht verwirklichen. Es trifft endlich nicht zu, daß der Umfang des Grundbucheintrags "durch die Zwangsversteigerung objektiv festgelegt" worden sei und daß infolgedessen der Beklagte als Erster nur einem Anspruch hinsichtlich eines Trennstücks von 2905 qm, den aber der Kläger nicht geltend mache, zu weichen brauche. Vielmehr steht, sobald das angefochtene Urteil rechtskräftig wird (§ 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO), der Eintragung des Klägers als Eigentümer des streitigen Grundstücks nichts mehr im Wege (§ 19 GBO).

3. Ob die GEWUS von dem Grundstückskaufvertrag, aus dem der Kläger seinen Auflassungsanspruch herleitet, rechts wirksam gemäß § 326 BGB zurückgetreten sei, bildete einen der Hauptstreitpunkte in dem Vorprozeß 4 O 192/60. Beide Tatsachengerichte haben damals die Voraussetzungen für ein Rücktrittsrecht verneint, weil der Kläger sich mit der Entrichtung des Kaufpreises keineswegs, wie ihm seitens der GEWUS vorgeworfen wurde, im Verzug befunden habe; der erkennende Senat hat die gegen diese Auffassung vorgebrachten Revisionsangriffe für nicht begründet erachtet (vgl. erstes Revisionsurteil). Wenn gleichwohl der Beklagte sich seinerseits im jetzigen Rechtsstreit auf den von der GEWUS am 19. Oktober 1959 erklärten Vertragsrücktritt beruft, um darzutun, daß kein Auflassungsanspruch bestehe und er infolgedessen auch nicht verpflichtet sei, der Auflassung des Grundstücks an den Kläger zuzustimmen, so ist

ihm das verfahrensrechtlich nicht verwehrt; denn jener erste Vorprozeß war - ebenso wie der zweite (vgl. oben zu Nr. 2 a) - zwischen anderen Parteien anhängig und schuf daher gegenüber dem Beklagten keine Rechtskraft. Letzteres hat indessen, entgegen der Behauptung der Revision, auch das Berufungsgericht nicht angenommen, sondern es hat den Einwand selbständig geprüft. Hierbei durfte es, da es wieder zum selben Ergebnis gelangte, sich die Ausführungen des früheren Revisionsurteils zu eigen machen und darauf bezug nehmen. Daß dies, wie die Revision rügt, "ohne eigene Begründung" geschehen sei, trifft nicht zu; vielmehr enthält das angefochtene Urteil außer der Bezugnahme noch eine ganze Reihe weiterer Erörterungen gerade zu diesem Punkt (S. 26 - 29).

Die Ansicht, der Kläger sei mit der Entrichtung des Kaufpreises nicht in Verzug geraten, ist rechtlich bedenkenfrei. Daß er bei der Besprechung der Vertragspartner am 20. August 1959, also zeitlich zwischen Verkaufsangebot und Annahmeerklärung, zu dem Schreiben der GEWUS vom 7. August 1959, worin abweichend vom Angebot die Verrechnung der bereits von ihm gezahlten Kaufpreisen auf eine Darlehensschuld seines Schwiegervaters verlangt wurde, nicht ausdrücklich Stellung genommen hat, ist vom Oberlandesgericht nicht übersehen, sondern ohne Rechtsirrtum dahin gewürdigt worden, dies sei unerheblich, weil der Kläger vier Tage später, noch bevor er das Angebot annahm, dem gegnerischen Verrechnungsverlangen in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise widersprochen habe (BU S. 24, 28). Dieses Widersprechen erblickt das angefochtene Urteil darin, daß der Kläger auf die damalige Frage des Beklagten, wie es denn mit

der in § 2 Nr. 1 des Angebots vorgesehenen Barzahlung sei, erwidert hat, er brauche nichts mehr zu zahlen; eine solche Äußerung wäre unverständlich gewesen, wenn der Kläger sich mit der ihm neuerdings angesonnenen anderweitigen Verrechnung seiner früheren Kaufpreiszahlungen hätte einverstanden erklären wollen. Mit ihrem Versuch, der Äußerung einen anderen Sinn beizulegen, setzt sich die Revision in Gegensatz zu der tatrichterlichen Würdigung, die für das Revisionsgericht bindend ist (§ 561 Abs. 2 ZPO).

Etwas Abweichendes ergibt sich auch nicht aus dem Text des Verkaufsangebots vom 4. August 1959, wo es in § 2 über die Entrichtung des Kaufpreises von insgesamt 4 700 DM unter Nr. 1 heißt: "Bei Annahme des Angebots werden in bar bzw. durch Verrechnung bezahlt 1 400 DM". Soweit die Revision einwendet, "Verrechnung" bedeute die Tilgung einer Schuld durch Aufrechnungserklärung, an einer solchen Erklärung aber fehle es im vorliegenden Fall, wird von ihr außer acht gelassen, daß eine Aufrechnung nicht mit ausdrücklichen Worten erklärt werden muß, sondern sich aus sonstigem schlüssigen Verhalten des Aufrechnenden ergeben kann (RGZ 59, 207, 211); das war nach den getroffenen Feststellungen hier der Fall angesichts der Worte des Klägers, er brauche nichts mehr zu zahlen. Entgegen der Ansicht der Revision war dadurch zugleich zum Ausdruck gebracht, "womit und wie" verrechnet werden sollte; denn bei jener Äußerung konnten den Umständen nach allein die vom Kläger bereits geleisteten Anzahlungen gemeint sein; da diese den alsbald "in bar bzw. durch Verrechnung" zu entrichtenden Betrag von 1 400 DM unstreitig um mehr als das Doppelte überstiegen, war am

24. August 1959 in der Tat für eine Barzahlung kein Raum mehr und der Kläger durfte sich auf bloße Verrechnung beschränken. Daß das Berufungsgericht den Ausdruck "beziehungsweise" zu Unrecht im Sinne von "oder" verstanden und damit den Vertragstext unzulässigerweise verändert habe, kann der Revision nicht zugegeben werden; abgesehen davon, daß die beiden Worte erfahrungsgemäß häufig als gleichbedeutend verwendet werden, ist nicht einzusehen, wieso, wenn man das hier nicht tut, die Auslegung anders ausfallen würde als geschehen; bei ihrem Versuch, den Vertragstext in "Beziehung" zu setzen mit folgendem Satz im Schreiben der GEWUS vom 7. August 1959: "Sie hätten also demgegenüber ein Guthaben von 605,06 DM zur Verrechnung auf den Kaufpreis", verkennt die Revision, daß der Kläger dem genannten Schreiben durch schlüssiges Verhalten widersprochen und das dortige Ansinnen, seine Anzahlungen mit der Darlehensschuld seines Schwiegervaters in Höhe von 2 800 DM verrechnen zu lassen, abgelehnt hat.

Ob im Vorprozeß 4 O 192/60 der damalige Berufungsrichter, wie die Revision behauptet, gewisse Ausführungen des Landgerichts über den Sinn der Verrechnungserklärung "richtiggestellt" hat oder ob dort nicht vielmehr beide Tatsacheninstanzen hinsichtlich dieser Erklärung genau den gleichen Standpunkt vertreten haben, mag auf sich beruhen, da nicht erkennbar ist, was sich daraus für den jetzt zur Entscheidung stehenden Rechtsstreit ergeben soll. Nicht stichhaltig ist auf jeden Fall die Revisionsrüge, den in § 2 Nr. 1 des Verkaufsangebots vom 4. August 1959 genannten Betrag von 1 400 DM habe der Kläger aus dem Grunde nicht am 24. August 1959 mit einem entsprechenden Teil seiner Vorauszahlungen verrechnen können, weil es sich

bei den 1 400 DM, entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts, in Wirklichkeit um den Rest des Kaufpreises gehandelt habe, der nach erfolgter Anzahlung von rund 3 300 damals noch übrig geblieben sei. Dies ist eine neue Tatsachenbehauptung, die der Beklagte erstmals im gegenwärtigen Revisionsverfahren aufgestellt hat und mit der er gemäß § 561 Abs. 1 ZPO jetzt nicht mehr gehört werden kann. Sie steht zudem in Widerspruch mit dem insoweit unmißverständlichen Vertragswortlaut; danach bildeten die 1 400 DM die der Kläger "bei Annahme des Angebots in bar bzw. durch Verrechnung" entrichten sollte (§ 2 Nr. 1), nicht den Rest, sondern den ersten Teil des Kaufpreises von insgesamt 4 700 DM, während die weiteren 3 300 DM, in deren Höhe die Übernahme einer Grundschuld vorgesehen wurde, erst in Zukunft, nämlich "vom 1. September 1959 ab mit monatlich 100 DM abzutragen" waren (§ 2 Nr. 2).

Damit entfallen sämtliche Schlußfolgerungen, welche die Revision aus der versuchten Umkehrung der zeitlichen Reihenfolge ziehen möchte. Das gilt insbesondere von ihrem Einwand, die Vertragsauslegung im angefochtenen Urteil beruhe auf einem Verstoß gegen Denkgesetze, da ein Anzahlungsguthaben, mit dem der Kläger gegen seine Kaufpreisschuld hätte aufrechnen können, nicht mehr vorhanden gewesen sei. Ebensowenig trifft es zu, daß der Kläger am 24. August 1959 auf Grund des Schreibens der GEWUS vom 7. August 1959 wenigstens noch eine Barzahlung in Höhe von 794,94 DM hätte leisten müssen, daß das Berufungsgericht zu Unrecht eine "Aufrechnung Kaufpreisanzahlung gegen Kaufpreisrest" für zulässig angesehen habe und daß der angeblich verrechnete Betrag von 1 400 DM in Wirklichkeit doch bar bezahlt worden sei, aber erst nach Fälligkeit und nach erfolgter Rücktrittserklärung. Für die Annahme,

daß die vom Kläger aufgestellte und als Anlage 3 zu den Vorprozeßakten 4 O 192/60 überreichte Abrechnung bei der angefochtenen Entscheidung unter Verstoß gegen § 286 ZPO unberücksichtigt geblieben wäre, besteht kein Anhaltspunkt; aus ihr ergibt sich indessen entgegen der Ansicht der Revision kein Verzug des Klägers.

In den Anwaltschreiben vom 15. September und 13. Oktober 1959 sowie in den weiteren Briefen des Klägers, die das Urteil (S. 29 f) anführt, hat der Berufungsrichter keine Aufrechnungserklärungen erblickt, wie ihm von der Revision unterstellt wird; er entnimmt dem Schriftwechsel lediglich, daß die GEWUS nicht durch Täuschung dazu bestimmt worden sei, die Eintragung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen. Und soweit er - unter Bezugnahme auf das frühere Berufungsurteil im Vorprozeß 4 O 192/60 (dasselbst S. 31 f) - ein Verschulden des Klägers im Sinne von § 285 BGB verneint hat (BU S. 29 oben), handelt es sich, da schon objektiv kein Zahlungsrückstand vorlag, um eine Hilferwägung, auf der die angefochtene Entscheidung nicht beruht; infolgedessen erübrigt sich ein Eingehen auf die von der Revision zu diesem Punkt erhobenen Rügen.

4. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht die von der GEWUS erklärte Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) nicht hat durchgreifen lassen. Sie wendet sich insbesondere gegen die Ansicht, dem Kläger gereiche sein Schweigen auf den Verrechnungsvorschlag im GEWUS-Schreiben vom 7. August 1959 nicht zum Vorwurf, und sie trägt dazu vor: auf dieses Schreiben habe der Kläger fernmündlich und schriftlich eine Besprechung verlangt, um einige Fragen zu stellen,

nachdem ihm vom Beklagten namens der GEWUS erklärt worden sei, er (Kläger) nehme entweder den Vertrag an oder lasse es bleiben. Allein es ist nicht ersichtlich, daß der Beklagte etwas Derartiges bereits in den Tatsacheninstanzen vorgebracht hätte; das behauptet auch die Revision nicht, vielmehr bezieht sie sich auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 5. Juli 1961, 4 U 57/61, aus dem sich die angeführten Tatsachen ergeben sollen; aber diese Akten und das genannte Urteil waren nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung im vorliegenden Rechtsstreit (vgl. Berufungsurteil, letzter Absatz des Tatbestandes). Auch die Sachdarstellung des Beklagten im Schriftsatz vom 7. Dezember 1964 (S. 2 unten) deckt sich in den wesentlichen Punkten nicht mit dem, was die Revision jetzt vorträgt. Im übrigen würde dieser Sachvortrag, selbst wenn er rechtzeitig gebracht worden wäre, den Standpunkt des Berufungsgerichts, wonach dem Kläger kein arglistiges Verhalten zur Last fällt, nicht erschüttern; denn nach den aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellungen im Berufungsurteil (S. 22 ff) hat der Kläger während der notariellen Verhandlung vom 24. August 1959 sein mangelndes Einverständnis mit jenem Verrechnungsvorschlag zum Ausdruck gebracht und der Sinn seiner Erklärung ist damals insbesondere auch von dem Beklagten als Vertreter der GEWUS erkannt worden.

Wenn die Revision dies nicht wahrhaben will und dem, was am 24. August 1959 zwischen den Parteien verhandelt wurde, eine andere Bedeutung beizulegen versucht als der Tatrichter, überschreitet sie die ihr verfahrensrechtlich gezogenen Grenzen (§ 561 Abs. 2 ZPO). Das gleiche gilt von ihrer Behauptung, der Beklagte habe erst nach Vertragsabschluß durch das Schreiben des Klägers vom 13. Oktober

1959, seinen Antrag auf einstweilige Verfügung vom 2. Juni 1960 und sein Verhalten in den späteren Prozessen davon Kenntnis erlangt, daß der Kläger die ihm angesonnene Verrechnung der früheren Anzahlungen mit der Darlehensschuld seines Schwiegervaters nicht billigte. Die Angaben der Parteien bei ihrer persönlichen Anhörung im Vorprozeß 4 O 192/60 (Einzelrichterprotokoll vom 15. November 1960) sind vom Oberlandesgericht nicht übersehen, sondern gewürdigt worden (BU S. 23). Entgegen der Meinung der Revision war der Berufungsrichter nicht verpflichtet, das Schweigen des Klägers auf das Schreiben vom 7. August 1959 als Zustimmung zu werten, zumal da der Inhalt dieses Schreibens, wie das angefochtene Urteil feststellt (S. 22), den vorvertraglichen Absprachen der Beteiligten zuwiderlief; die Entscheidung RGZ 103, 401 betraf einen besonders gearteten Sachverhalt (vgl. aaO S. 405), der mit dem hier vorliegenden nicht verglichen werden kann. Soweit die Revision einen Widerspruch darin erblickt, daß das angefochtene Urteil einerseits das Einverständnis des Klägers mit dem "Verrechnungsvorschlag" im Schreiben vom 7. August 1959 verneint (S. 23 oben), andererseits aber feststellt, er habe den Betrag von 1 400 DM durch "Verrechnung" berichtigt wissen wollen (S. 23 unten, S. 24 oben), verkennt sie, daß es hierbei um ganz verschiedene Dinge geht: die GEWUS wollte die Anzahlungen des Klägers mit der Darlehensschuld seines Schwiegervaters verrechnen, während der Kläger eine Verrechnung des laut Verkaufsangebot § 2 Nr. 1 sofort fälligen Kaufpreisteils mit einem entsprechenden Teilbetrag seiner Anzahlungen wünschte.

Die GEWUS hat mit Schreiben vom 22. Juni 1963 zusätzlich noch die Bewilligung der Auflassungsvormerkung vom 8. Juni 1960 wegen arglistiger Täuschung angefochten.

Das Oberlandesgericht hat diese Anfechtung ebenfalls für unbegründet erachtet (BU S. 29 f). Ein Rechtsfehler ist insoweit nicht zu erkennen; von der Revision werden hierzu auch keine Rügen erhoben.

5. Ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB), das der Beklagte vorsorglich geltend macht, ist ihm vom Berufungsgericht zutreffend versagt worden, wobei es in diesem Zusammenhang nicht darauf ankommt, ob die im angefochtenen Urteil dafür gegebene Begründung (S. 33 - 36) in allen Punkten Zustimmung verdient. Als rechtsirrtumsfrei erweist sich jedenfalls im Ergebnis die Ansicht, daß ein Anspruch auf Zahlung von Grundschuldzinsen, aus dem der Beklagte jenes Recht allein herleitet (Berufungsbegründung vom 20. November 1964, S. 8), nicht mit Erfolg dem Klagebegehren entgegeng gehalten werden kann.

Soweit es sich um die Zeitspanne vom 1. September 1959 bis zum 31. Januar 1961 handelt, für die der Beklagte die Zinsen in erster Linie verlangt, wurde ihm ein solcher Anspruch in einem Vorprozeß der Parteien, der eine gegen den jetzigen Kläger gerichtete Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO zum Gegenstand hatte (10 O 33/61 LG Hamburg), bereits zum größten Teil rechtskräftig aberkannt. Er hatte dort mit den Zinsen für die angegebene Zeit, die sich nach seiner Behauptung auf 280,50 DM beliefen, gegen eine Kostenforderung von 268,76 DM, aus welcher der jetzige Kläger die Zwangsvollstreckung betrieb, aufzurechnen versucht. In Höhe des letztgenannten Betrages ist mit der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage zugleich nach § 322 Abs. 2 ZPO die Entscheidung über das Nichtbestehen des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs in materielle Rechtskraft erwachsen (Beschluß des erkennenden Senats vom

25. Oktober 1967, V ZR 29/66, WM 1967, 1218 = NJW 1968, 156).

Aber auch wegen des Restbetrages von 11,74 DM sowie wegen der Zinsen für die Zeit ab 1. Februar 1961, auf die sich der Beklagte hilfsweise beruft, kann er kein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen, weil ein solcher Anspruch nicht im Sinne von § 273 Abs. 1 BGB "aus demselben rechtlichen Verhältnis" herrühren würde, das dem Klagebegehren zugrunde liegt. Letzteres stützt sich auf die Auflassungsvormerkung sowie auf die Tatsache, daß der Beklagte nachträglich kraft Zuschlags im Zwangsversteigerungsverfahren Eigentümer des Grundstücks, das die GEWUS an den Kläger aufzulassen hat, geworden ist, während der Zinsanspruch, dessen der Beklagte sich berührt, ihm in seiner Eigenschaft als Grundschuldgläubiger erwachsen wäre. Es handelt sich also auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise (RGZ 134, 144, 146) um zwei völlig verschiedene Vorgänge.

Bei dieser Sachlage kommt es auf alles, was die Revision gegen die Versagung des Zurückbehaltungsrechts sonst noch einwendet, nicht mehr an. In dem Vorprozeß 10 O 33/61, auf dessen Akten sie Bezug nimmt, ist zudem der Beklagte mit seiner Vollstreckungsgegenklage ohne Erfolg geblieben. Auf sein schriftliches Vorbringen in einem weiteren, ebenfalls zwischen den Parteien anhängigen Rechtsstreit (10 O 45/61 LG Hamburg) - in dem es nicht um die hier allein interessierenden Grundschuldzinsen geht, vielmehr um die Grundschuld selbst -, hat der Beklagte in den Tatsacheninstanzen des vorliegenden Prozesses sein vermeintliches Recht, nur Zug um Zug leisten zu brauchen (§ 274 BGB), nicht gestützt; wenn die Revision nunmehr

auch den Inhalt jenes Rechtsstreits verwertet wissen möchte, so läuft das auf den Versuch einer im gegenwärtigen Rechtszug unzulässigen Erweiterung des Zurückbehaltungsrechts hinaus (Urteil des Senats vom 8. April 1964, V ZR 94/63, WM 1964, 828); außerdem macht der Beklagte in dem genannten Rechtsstreit, der jetzt gleichfalls in der Revisionsinstanz bei dem Bundesgerichtshof schwebt (V ZR 54/65), keine selbständigen Ansprüche geltend, aus denen ein Zurückbehaltungsrecht hergeleitet werden könnte, sondern er verteidigt sich dort lediglich gegen den Anspruch des Klägers auf Beseitigung der Grundschuld.

6. Die Widerklage, mit welcher der Beklagte die Feststellung erstrebte, daß dem Kläger kein Auflassungsanspruch gegen die GEWUS zustehe und daß die Auflassungsvormerkung nichtig sei, hat der Berufungsrichter als unzulässig abgewiesen; sie betrifft nach seiner Ansicht kein vorgreifliches Rechtsverhältnis im Sinne von § 280 ZPO, sondern das streitige Rechtsverhältnis selbst; denn sowohl der Auflassungsanspruch als auch die zu seiner Sicherung eingetragene Vormerkung bildeten die Grundlage für den Klageanspruch, der sich unmittelbar und als einzige Rechtsfolge aus ihnen ergebe; deshalb fehle es auch an einem Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO.

Diese Erwägungen sind, wie der Revision zuzugeben ist, rechtlich nicht bedenkenfrei. Die Zwischenfeststellungsklage bildet einen Ersatz dafür, daß nach § 322 ZPO die Elemente der Entscheidung nicht in Rechtskraft übergehen; sie bezweckt daher eine Ausdehnung der Rechtskraftwirkung auf den Grund der Klage (BGH Urteil vom 7. Oktober 1965, Ia ZR 129/63, MDR 1966, 121, 122). Im

vorliegenden Fall steht mit dem der Klage stattgebenden Urteil lediglich fest, daß der Kläger berechtigt ist, vom Beklagten dessen Zustimmung zur Auflassung des Grundstücks an ihn, den Kläger, zu verlangen. Dagegen wird die zugleich getroffene Entscheidung über das Bestehen einer Auflassungspflicht der GEWUS sowie über die Wirksamkeit der Vormerkung nicht im Verhältnis zwischen den Parteien materiell rechtskräftig. Eine solche ausgedehnte Rechtskraftwirkung ließ sich hier nur im Wege der Erhebung einer Feststellungsklage erreichen. Ob allerdings der Beklagte insoweit ein allgemeines - nicht mit dem besonderen Feststellungsinteresse des § 256 ZPO zu verwechselndes - Rechtsschutzbedürfnis hatte, kann dahingestellt bleiben. Denn er ist auf jeden Fall durch die Abweisung seiner Widerklage nicht beschwert. Wäre nämlich über das Feststellungsbegehren sachlich entschieden worden, dann hätte die Widerklage als unbegründet abgewiesen werden müssen. Das ergibt sich - worauf übrigens auch das Berufungsurteil in einer Hilfserwägung hinweist (erster Absatz der Entscheidungsgründe) - ohne weiteres aus den Ausführungen zur Klage, wonach es weder an einer Auflassungspflicht der GEWUS fehlt noch die Vormerkung zugunsten des Klägers der Wirksamkeit entbehrt. Der Beklagte steht dadurch, daß seine Widerklage bloß wegen Unzulässigkeit abgewiesen wurde, günstiger da, als wenn - wie es der wirklichen Rechtslage entsprochen hätte - eine Abweisung mangels Begründetheit erfolgt wäre. Da der hierdurch einzig benachteiligte Kläger keine Anschlußrevision eingelegt hat, kann das Revisionsgericht diesen Mangel nicht von sich aus bereinigen (§ 559 Satz 1 ZPO).

7. Die Revisionsrügen haben somit keinen Erfolg. Das Berufungsurteil läßt auch keinen sonstigen von Amts wegen zu beachtenden Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen. Daher muß die Revision zurückgewiesen werden. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Hill

Dr. Grell