

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 136/75

URTEIL

Verkündet am
30. Juni 1977
Schorm,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Anneliese S [REDACTED] geschiedene E [REDACTED]
Mathias-B [REDACTED]-Straße [REDACTED], F [REDACTED] (i.Br.),

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Verkaufsingenieur Dipl.-Ing. Victor E [REDACTED],
So [REDACTED] a, F [REDACTED] (i.Br.),

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED]

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 1977 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Tidow, Dr. Peetz, Lohmann und Kröner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin werden das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe, 13. Zivilsenat in Freiburg, vom 4. Juni 1975 - 13 U 295/74 - und das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Freiburg vom 25. Juli 1974 - 1 O 479/73 - aufgehoben.

Die Hauptsache ist erledigt.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten, dem Vater ihres inzwischen von ihr geschiedenen Ehemannes, sie von einer Darlehensverbindlichkeit freizustellen.

Bis zum Juni 1972 war die Klägerin Inhaberin des Kunsthauses E[REDACTED] in U[REDACTED]. In welchem Umfang dort ihr Ehemann mitgearbeitet hat, ist streitig. Seit dem 15. Juli 1972 betreibt die Klägerin in Freiburg ein Antiquitätengeschäft, zu dem eine in N[REDACTED] gelegene Schreinerei gehört. Ihr Ehemann betrieb in Freiburg ebenfalls eine Schreinerei.

- 3 -

Am 19. Dezember 1972 nahm die Klägerin bei der F[REDACTED] Gewerbebank, V[REDACTED]bank eG - künftig: Gewerbebank - ein Darlehen von 30 000 DM (Konto-Nummer [REDACTED]) auf, das durch eine vom Beklagten auf seinem Grundstück bestellte Grundschuld gesichert wurde. An demselben Tag gewährte die Gewerbebank der Klägerin ferner einen Kredit in laufender Rechnung bis zu 20 000 DM, für den der Ehemann und ein Verwandter der Klägerin bürgten. Der Ehemann der Klägerin hatte ebenfalls bei der Gewerbebank Kredite von insgesamt 50 000 DM in Anspruch genommen, darunter ein von der Klägerin verbürgtes Darlehen von 45 000 DM (Konto-Nummer 80 252).

Als die Klägerin am 15. Februar 1973 die Scheidung der Ehe eingeleitet hatte, kam es am 18. Februar 1973 zu einer Besprechung zwischen den Parteien, an der die Eltern der Klägerin teilnahmen. Die Unterredung führte zu der nachstehenden Vereinbarung:

"Betr.: Klärung der wirtschaftlichen Verhältnisse

Die Anwesenden sind sich einig, daß für die Schreinerei N[REDACTED] allein zuständig ist: Anneli E[REDACTED] /Kl.7. Für das Antiquitätengeschäft bei der Firma K[REDACTED], Freiburg: Anneli E[REDACTED]. In Abwesenheit von Carl-Alfred E[REDACTED] /Ehemann/ wurde vereinbart, daß die Alleinverantwortung für die Schreinerei F[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED] mit sofortiger Wirkung übernommen wird von Victor E[REDACTED] /Bekl.7. Diese Zuständigkeiten gelten für alle Aktiven und Passiven.

Anneli E[REDACTED] erklärt sich bereit, in engster Zusammenarbeit mit Victor E[REDACTED] sich vorerst um die Belange der Schreinerei zu kümmern.

Die bisherigen Bürgschaften werden so getrennt, daß Anneli E[REDACTED] für 20 000.- (i.W...) wie bisher sichersteht, während der Restbetrag von 80 000.- (i.W...) Bürgschaft allein von Victor E[REDACTED] gesichert wird. Die dazu erforderlichen juristischen Formalitäten werden in Kürze realisiert. Eine Bilanz der einzelnen Firmen und Inventur wird baldigst erstellt".



Am 16. März 1973 schrieb der Beklagte der Gewerbebank:

"...

In meiner Eigenschaft als Sicherungsgeber beauftrage ich Sie, den Saldo des vorerwähnten Darlehenskontos Nr. 80 250 zu Lasten eines für mich neu einzurichtenden Darlehenskontos auszugleichen.

Des weiteren erkläre ich mein Einverständnis mit der Haftungsfreigabe von Frau Anneli E. [REDACTED] für das Konto [REDACTED]; es liegt Ihnen dort die Mitunterschrift für das Darlehen vor".

Die Gewerbebank lehnte diese Vorschläge ab. Die Klägerin hat vorgetragen: Ihr trunksüchtiger Ehemann habe erhebliche Schulden gemacht, für die sie mitgehaftet habe. Als er verschwunden sei und sie die Scheidung der Ehe verlangt habe, sei sie mit dem Beklagten, der seinen Sohn vielfach mit Geld unterstützt habe, am 18. Februar 1973 abschließend über die wirtschaftlichen Fragen, insbesondere die Verteilung der Schulden, einig geworden, wobei man allerdings den Begriff "Bürgschaft" falsch verwendet habe. Der Beklagte müsse sie daher, nachdem die Gewerbebank der Schuldübernahme nicht zugestimmt habe, von der Darlehensverbindlichkeit in Höhe von 30 000 DM befreien.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, sie von den Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag über 30 000 DM freizustellen, hilfsweise zum 15. Januar 1975 freizustellen.

Der Beklagte hat entgegnet: Die Vereinbarung vom 18. Februar 1973 habe lediglich klargestellt, daß seine Bürgschaften auch nach der Scheidung der Ehe der Klägerin fortbestünden. Sein Schreiben vom 16. März 1973 beruhe auf einem von der Klägerin und ihren Eltern verursachten Irrtum. Er habe den Brief daher einige Tage

nach der Absendung wieder an sich genommen. Hilfsweise hat er ein Zurückbehaltungsrecht wegen Darlehensforderungen in Höhe von noch 48 500 DM geltend gemacht.

Die Klägerin hat behauptet, diese Gelder habe der Beklagte seinem Sohn geschenkt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, hat die Klägerin ihre bisherigen Anträge zunächst weiterverfolgt. Nachdem der Beklagte angezeigt hat, er habe das Konto der Klägerin bei der Gewerbebank über das Darlehen von 30 000 DM im Februar 1977 (während des Revisionsverfahrens) durch Zahlung des dafür erforderlichen Betrages ausgeglichen, hat die Klägerin die Hauptsache für erledigt erklärt und ihre bisherigen Anträge nur hilfsweise aufrechterhalten. Der Beklagte hat der Erledigungserklärung widersprochen und vorgetragen, er habe gezahlt, weil er für das Darlehen als Bürge haftet habe.

Entscheidungsgründe

Nachdem die Klägerin in der Revisionsinstanz den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt hat, während der Beklagte weiterhin Klagabweisung beantragt, war auszusprechen, daß sich die Hauptsache erledigt hat. Denn die Klagforderung hat bis zu der die Erledigung begründenden unbestrittenen Zahlung des Beklagten an die Gewerbebank bestanden (vgl. BGH LM ZPO § 91 a Nr. 21 = NJW 1965, 537).

1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben die Parteien bei dem Abschluß der Vereinbarung vom 18. Fe-

bruar 1973 zwar möglicherweise eine teilweise Auseinandersetzung des Vermögens der Eheleute erwogen, aber wegen der Abwesenheit des Ehemannes der Klägerin und der Ungewißheit über die Höhe der Verschuldung der Eheleute allenfalls eine vorläufige sie nicht endgültig bindende Abrede treffen wollen.

Dieser Auslegung kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden.

2. Bei der Auslegung der Vereinbarung vom 18. Februar 1973 nach § 157 BGB mußte das Berufungsgericht - wie bei jeder Auslegung - von dem ausgehen, was die Parteien tatsächlich erklärt haben. Gegen diesen Auslegungsgrundsatz hat das Berufungsgericht verstoßen, wie die Revision mit Recht rügt. Es ist deshalb dem Sinn der Vereinbarung nicht gerecht geworden.

a) Die Meinung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten in der Vereinbarung (noch) keine "definitiven" Bindungen eingehen wollen, findet im Text der Urkunde keine hinreichende Grundlage.

Im ersten Absatz stellen die Parteien ohne Vorbehalt und ohne jede zeitliche oder sonstige sachliche Einschränkung fest, daß sie sich darüber einig sind, wer von ihnen künftig für die verschiedenen Betriebe der Eheleute "zuständig" sein soll, und verteilen diese "Zuständigkeiten" entsprechend dieser Einigung.

Erst recht wird die im Mittelpunkt des Rechtsstreits stehende "Trennung" der "bisherigen Bürgschaften" im dritten Absatz der Vereinbarung ohne jeden Zusatz beschlossen, der darauf hindeuten könnte, daß diese Abreden nur vorläufig gelten und (noch) nicht bindend sein sollen.

b) Der Vereinbarung kann entgegen der Meinung des Berufungsgerichts auch nicht entnommen werden, daß eine Ungewißheit über den Umfang der ehelichen Schulden aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dem Abschluß rechtsverbindlicher Abreden entgegengestanden hat. Dazu braucht auf den Streit darüber, ob das Berufungsgericht insoweit hätte Beweis erheben müssen, nicht eingegangen zu werden. Nach den hierzu nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war den Parteien am 18. Februar 1973 jedenfalls der Umfang der Verbindlichkeiten bei der Gewerbebank hinreichend genau bekannt, um darüber eine Regelung treffen zu können.

Für die Entscheidung des Rechtsstreits ist es ohne Bedeutung, ob noch weitere Schulden vorhanden waren, schon weil sich die Parteien auf eine Ordnung der Bankschulden hätten beschränken können. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts haben sich die Parteien aber, wie schon der Wortlaut der Vereinbarung ergibt, gar nicht gehindert gesehen, die "Zuständigkeit", d.h. die Verantwortlichkeit auch für die Passiven untereinander zu verteilen. Denn sie haben ausdrücklich erklärt, daß die "Zuständigkeiten" für die verschiedenen Geschäfte jeweils "für alle Aktiven und Passiven gelten" sollen, d.h. jede Partei sollte für die Verbindlichkeiten "zuständig" sein, die zu dem von ihr übernommenen Geschäft gehörten.

Das Berufungsgericht hat ferner nicht berücksichtigt, daß die Parteien die Vereinbarung unstreitig nicht trotz, sondern wegen der Abwesenheit des Ehemannes geschlossen haben. Die nach dem Verschwinden des Ehemannes erforderlich werdende Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Eheleute konnte nicht mehr der Klägerin allein überlassen werden, nachdem diese die Scheidung der Ehe eingeleitet hatte. Auch der Auffassung des Beru-

funungsgerichts, die Parteien hätten sich wegen der Abwesenheit des Ehemanns nicht in der Lage gesehen, sich auch nur teilweise über die Ordnung der Vermögensverhältnisse der Eheleute auseinanderzusetzen, fehlt daher die notwendige tatsächliche Grundlage.

Ebensowenig ist ersichtlich, aus welchen rechtlichen Gründen die Abwesenheit des Ehemanns die Parteien an dem Abschluß einer bindenden Vereinbarung gehindert haben soll. Insbesondere berührte die hier wesentliche Freistellungsverpflichtung wegen des Darlehens von 30 000 DM keine Rechte des Ehemanns, sondern allein solche der Parteien. Die von der Klägerin behauptete weitere Freistellungspflicht betraf zwar ein von ihrem Ehemann aufgenommenes Darlehen, begründete aber nur Rechte und Pflichten zwischen den Parteien.

Auch die anderen in der Vereinbarung enthaltenen Abreden konnten die Parteien ohne Mitwirkung des Ehemanns rechtswirksam treffen, so daß seine Abwesenheit ihre Unwirksamkeit nicht begründet und diese nicht die Rechtswirksamkeit der übrigen Abmachungen beseitigt haben kann (§ 139 BGB). Der Beklagte griff allerdings in den Rechtskreis seines Sohnes ein, soweit es um die Fortführung der von diesem geführten Schreinerei und die "Trennung" der von ihm übernommenen Bürgschaft ging. Ob der Beklagte hierzu wegen des Verschwindens seines Sohnes nach § 679 BGB berechtigt war, wie die Revision meint, kann offenbleiben. Denn das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Ehemann der Vereinbarung widersprochen hat, als er später von ihr - unstreitig - erfuhr. Er hat sich vielmehr gegenüber Gläubigern auf eine Vermögensauseinandersetzung anläßlich der Ehescheidung berufen. Daß es sich dabei um eine andere Vereinbarung als die vom 18. Februar 1973 gehandelt hat, ist von keiner Partei vorgetragen worden.

3. Das Berufungsgericht hat die von der Klägerin behauptete Freistellungsverpflichtung der schriftlich niedergelegten Absprache der Parteien nicht entnehmen können, weil - so hat es ausgeführt - der Verfasser der Urkunde, der geschäftlich erfahrene Dr. S. [REDACTED] (der Vater der Klägerin) dann nicht das Wort "Bürgschaft" verwendet hätte.

Diese Auslegung müßte im Revisionsrechtszug wegen des mit ihr vereinbaren Wortlauts des Vertrages hingenommen werden, wenn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine "Trennung" - ersichtlich ist eine Verteilung gemeint - von "Bürgschaften" im Verhältnis 20 : 80 unter den Parteien in Betracht käme. Das ist jedoch nicht der Fall.

Der Beklagte hatte für den Kredit von 30 000 DM überhaupt keine Bürgschaft übernommen, ihn vielmehr durch eine Grundschuld gesichert. Die Klägerin hatte das von ihrem Ehemann aufgenommene Darlehen von 45 000 DM und ihr Ehemann seinerseits den von ihr beanspruchten Kredit in laufender Rechnung bis 20 000 DM verbürgt. Eine Trennung oder Verteilung von Bürgschaften im Verhältnis 20 : 80 kam danach zwischen den Parteien jedenfalls ohne zusätzliche vom Berufungsgericht nicht festgestellte Vereinbarungen nicht in Betracht. Wenn das aber ausgeschlossen war, mußte mit der Vereinbarung, wenn sie insoweit einen Sinn haben sollte, etwas anderes gemeint sein. Ob danach trotz des Wortlauts der Vereinbarung eine Freistellungsverpflichtung des Beklagten begründet werden sollte, hat das Berufungsgericht nicht geprüft, sondern sich mit der Feststellung begnügt, Dr. S. [REDACTED] hätte den Begriff "Bürgschaft" nicht gebraucht, wenn er eine Schuldbefreiung oder eine Schuldübernahme hätte wiedergeben wollen. Es hat insoweit von einer weiteren Auslegung und damit von einer tragfähigen Begründung seines Urteils abgesehen.

Da die zur Auslegung erforderlichen Feststellungen vollständig getroffen worden sind, kann der erkennende Senat sie anstelle des an sich dazu berufenen Tatrichters vornehmen (BGHZ 65, 107, 112 m.w.Nachw.).

4. a) Nach den Ausführungen zu 2 muß davon ausgegangen werden, daß die Parteien am 18. Februar 1973 rechtlich bindende Abreden treffen wollten, und zwar insbesondere zur Verteilung der "Bürgschaften".

b) Dazu ergibt der Sachverhalt:

Jeder der Ehegatten hatte bei der Gewerbebank Kredit in Höhe bis zu 50 000 DM aufgenommen, wobei sich der von der Klägerin beanspruchte aus Beträgen von 20 000 DM und 30 000 DM zusammensetzte und der des Ehemanns aus zwei Beträgen von 45 000 DM und 5 000 DM. Mit der "Trennung" im Verhältnis 20 000 DM zu 80 000 DM kann daher, soweit es um die Summe von 30 000 DM geht, nur der von der Klägerin über diesen Betrag abgeschlossene Darlehensvertrag gemeint gewesen sein.

Nach dem Wortlaut der Urkunde sollte die Klägerin "für 20 000 wie bisher sicherstehen", während der die strittige Summe von 30 000 DM umfassende "Restbetrag" von 80 000 DM "allein" vom Beklagten "gesichert" werden sollte. Da die Klägerin bisher Schuldnerin des Darlehens von 20 000 DM gewesen war und der Beklagte schon das Darlehen von 30 000 DM gesichert hatte, konnte mit der "Trennung" nicht nur eine Bestätigung dieses Zustandes gemeint sein.

Nach dem Vorbringen des Beklagten sollte mit dieser Abmachung nur geklärt werden, daß seine Bürgschaftsverpflichtungen auch nach der Scheidung der Ehe fortbestünden. Dies kann aber schon deshalb nicht der Sinn der Ver-

einbarung gewesen sein, weil der Beklagte keine Bürgschaften übernommen hatte. Im übrigen hätte dann auch eine Einigung über den Fortbestand der von den Eheleuten jeweils zugunsten ihres Partners eingegangenen Bürgschaften erzielt werden müssen. Ferner hing der Fortbestand der von den Eheleuten und dem Beklagten gegenüber den Gläubigern eingegangenen Verpflichtungen auch nach der Scheidung der Ehe von dem Willen der Gläubiger und nicht dem der Parteien ab. Mit "Trennung" und "Sicherung" konnte unter diesen Umständen nur gemeint sein, daß jede der Parteien im Verhältnis zueinander in dem in der Vereinbarung bestimmten Umfang für die ihr "zugeteilten" Kredite künftig allein verantwortlich sein sollte. Hinsichtlich des Kredits von 30 000 DM versprach der Beklagte danach, diesen Kredit zu regulieren. Das bedeutet der Sache nach, daß er die Klägerin - entsprechend dem Hauptantrag der Klage vor der Erledigungserklärung - von dieser Verbindlichkeit freizustellen hatte. Die Übernahme einer solchen Verpflichtung kam deshalb in Betracht, weil der Beklagte schon eine Sicherheit für dieses Darlehen gestellt und die Klägerin die Geschäftsschulden für die während der Ehe von ihr geführten Geschäfte übernommen hatte, die unstreitig in nicht unerheblichem Umfang auch von ihrem Ehemann begründet worden waren. Auch konnte die Klägerin nicht mehr mit einer Hilfe auf Grund der von ihrem Ehemann übernommenen Bürgschaft für den Kredit von 20 000 DM rechnen, da sie insoweit im Innenverhältnis zum Beklagten die alleinige "Sicherung" dieses Kredits versprochen hatte.

Ob und in welchem Umfang die Freistellung auch gegenüber dem Darlehensgläubiger gelten und damit zur Schuldübernahme werden sollte, kann dahinstehen; denn die Gewerbebank hat die Klägerin nicht aus ihrer Verbindlichkeit entlassen.

5. Da am 18. Februar 1973 eine Verpflichtung des Beklagten zur Schuldbefreiung schon begründet worden war, braucht nicht auf die Angriffe der Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts eingegangen zu werden, auch aus dem von Dr. S. [REDACTED] als Zeugen berichteten fernmündlichen Gespräch zwischen ihm und dem Beklagten, das etwa 14 Tage nach dem 18. Februar 1973 stattgefunden hat, könne nicht sicher darauf geschlossen werden, daß der Beklagte an jenem Tage eine Freistellungsverpflichtung übernommen habe.

6. Nach Meinung des Berufungsgerichts folgt auch aus dem in dem Brief an die Gewerbebank vom 16. März 1973 geäußerten Verlangen des Beklagten, das Darlehenskonto der Klägerin über 30 000 DM zu seinen Lasten auszugleichen, nicht, daß der Beklagte damit eine gegenüber der Klägerin eingegangene Verpflichtung habe erfüllen wollen. Der Beklagte habe dieses Schreiben nachträglich wieder an sich genommen. Das Vorgehen des Beklagten lege auch nicht den Schluß nahe, daß eine Freistellungsverpflichtung vorangegangen sei und daß der Beklagte an einer Rückzahlung des Darlehens interessiert gewesen sei. Denn er habe das Darlehen durch eine Grundschild gesichert.

Die Revision beanstandet auch insoweit zutreffend, daß das Berufungsgericht das Parteivorbringen nicht ausgeschöpft hat.

Insbesondere hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt, daß der Beklagte sowohl in der Klagbeantwortung als auch in der Berufungsbeantwortung ausdrücklich vorgetragen hat, er habe mit dem Brief vom 16. März 1973 in der Vereinbarung übernommene Verpflichtungen erfüllen wollen. Die Revision bezeichnet den Brief daher zutreffend als "Erfüllungshandlung".

Der Beklagte hat ferner in dem Schreiben vom 16. März 1973, was das Berufungsgericht nicht besonders berücksichtigt, auch sein Einverständnis mit der Entlassung der Klägerin aus ihrer Haftung als Bürgin für das seinem Sohn gewährte Darlehen von 45 000 DM erklärt. Da die Schulden der Eheleute bei der Gewerbebank nach der Vereinbarung vom 18. Februar 1973 auch insoweit allein vom Beklagten "gesichert" werden sollten, bestätigt diese Äußerung, daß der Beklagte damit in der Vereinbarung übernommenen Verpflichtungen nachkommen wollte.

Die Rechtsverteidigung des Beklagten ist vielmehr dahingegangen, die Klägerin und ihre Angehörigen hätten ihn in den Irrtum versetzt, eine Freistellungsverpflichtung eingegangen zu sein.

Auf dieses Vorbringen kommt es im Ergebnis nicht an. Aus ihm folgt zugunsten des Beklagten allenfalls, daß er nach Absendung des Schreibens zu der Auffassung gelangt ist, ihm sei darin ein Irrtum unterlaufen, und daß er deshalb diese Erklärung durch Rücknahme des Briefes hat anfechten wollen (§§ 119, 142 Abs. 3 BGB). Ob er dies tatsächlich gewollt hat und ob dies unverzüglich geschehen ist (§ 121 BGB), hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Diese Fragen brauchen nicht geklärt zu werden. Selbst wenn zugunsten des Beklagten eine rechtswirksame Anfechtung unterstellt wird, würde daraus nur folgen, worauf die Revision zutreffend hinweist, daß der Beklagte die Vereinbarung vom 18. Februar 1973 nicht mehr erfüllen wollte, nicht aber weitergehend, wie das Berufungsgericht gemeint hat, daß dem Schreiben die Übernahme einer Freistellungspflicht nicht vorangegangen ist.

7. Unter diesen Umständen kommt es nicht mehr darauf an, ob der Beklagte, wie die Revision meint, das Bestehen einer

Freistellungspflicht rechtlich verbindlich dadurch anerkannt hat, daß er der Klägerin das Schreiben vom 16. März 1973 vor oder bei der Absendung an die Gewerbebank zur Herstellung einer Kopie überließ.

8. Der Beklagte hat die Darlehensforderung von 30 000 DM, von der er die Klägerin nach den vorstehenden Ausführungen freizustellen hatte, im Februar 1977 ohne jeden Vorbehalt beglichen. Das hat diese Forderung nach §§ 267, 362 BGB erlöschen und damit den Freistellungsanspruch gegenstandslos werden lassen.

Die Darlehensforderung ist auch nicht auf den Beklagten übergegangen. Sein Hinweis auf seine Stellung als Bürge geht schon deshalb fehl, weil er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für das Darlehen von 30 000 DM nicht gebürgt hat.

Im übrigen stünde einer solchen Annahme das oben gewonnene Verständnis der Vereinbarung vom 18. Februar 1973 entgegen, nach dem sich der Beklagte gegenüber der Klägerin verpflichtete, diese Darlehensschuld endgültig zu regulieren. Dieser Grund steht auch jeder Überlegung entgegen, Rechte des Beklagten daraus herzuleiten, daß er die Darlehensforderung als Eigentümer des mit der sichernden Grundschuld belasteten Grundstücks abgelöst hat (vgl. §§ 1192, 1142, 1143 BGB). Es kommt daher nicht mehr auf den weiteren Gesichtspunkt an, daß hierdurch nicht die gesicherte Forderung, sondern nur die Grundschuld auf den leistenden Eigentümer übergehen konnte.

Auf das vom Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht kommt es nicht mehr an. Das Berufungsgericht hat den Bestand dieses Rechts, von seinem Standpunkt aus mit Recht, nicht geprüft. Dieser Frage braucht auch jetzt

nicht nachgegangen zu werden. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts beseitigt nicht den Bestand der Forderung, sondern führt nach § 274 BGB zur Erfüllung Zug um Zug. Eine solche Verurteilung kommt nicht mehr in Betracht, nachdem der Beklagte vorbehaltlos geleistet hat.

9. Der Beklagte hat hiernach der Erledigungserklärung zu Unrecht widersprochen. Ihn treffen daher die Kosten des Rechtsstreits nach § 91 ZPO (BGHZ 23, 333, 340).

Nußgens

Tidow

Peetz

Lohmann

Kröner