

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2218 085

BGB §§ 433, 434, 439 Abs. 2, 455

An dem Grundsatz, daß der Verkäufer einer unter Vorbehalt des Eigentums verkauften beweglichen Sache seine Verpflichtung, die Sache frei von Rechten Dritter zu verschaffen, im allgemeinen erst im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs zu erfüllen hat, wird festgehalten. (RGZ 83, 214).

Abweichendes gilt jedoch dann, wenn der Drittberechtigte dazu übergeht, seine Rechte zu verwirklichen, und dem Käufer der Verlust seines Anwartschaftsrechtes oder die Beeinträchtigung seines Besitzes droht.

BGH, Urt. v. 14. Dezember 1960 - VIII ZR 24/60 -

OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

VIII ZR 24/60

Verkündet am 14. Dezember 1960
Hoffmeister, 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 Firma Peter Wilhelm H [REDACTED], Inhaber Kaufmann Peter
C [REDACTED], in W [REDACTED], G [REDACTED] stra-
ße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin, Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Dipl.-Volkswirt Günther S [REDACTED] in B [REDACTED] U [REDACTED]allee [REDACTED]
als Verwalter im Konkurse der Firma Karl G [REDACTED] Gesell-
schaft mit beschränkter Haftung in B [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 1960 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teilur-
teil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 26. November 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Ko-
sten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der Firma Karl G. [REDACTED] GmbH. in B. [REDACTED] (im folgenden als Gemeinschuldnerin bezeichnet). Das Konkursverfahren ist am 20. Januar 1958 eröffnet worden, als der gegenwärtige Rechtsstreit bereits im ersten Rechtszug anhängig war. Der Kläger hat den Rechtsstreit anstelle der Gemeinschuldnerin fortgesetzt.

Im Jahre 1956 kaufte die Gemeinschuldnerin durch drei verschiedene Verträge von der Beklagten zum Gesamtpreise von 113 160 DM, zu dem noch die Kosten der Finanzierung hinzukamen, eine Reihe von Werkzeugmaschinen, die sich mit Ausnahme einer Karusselldrehbank und einer Shaping-Maschine bereits auf dem Grundstück der Firma K. [REDACTED] in G. [REDACTED], einem Fabrikgelände, befunden hatten, bevor die Gemeinschuldnerin auf diesem Grundstück die Herstellung von Waren begann. Die Gemeinschuldnerin hatte die Beklagte veranlaßt, die Maschinen von der Firma K. [REDACTED] käuflich zu erwerben und sie ihr weiter zu verkaufen. In den zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten abgeschlossenen Kaufverträgen behielt sich die Beklagte das Eigentum bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises seitens der Gemeinschuldnerin vor.

Im Jahre 1957 erfuhr die Gemeinschuldnerin, daß bereits im Jahre 1956 auf Antrag einer Hypothekengläubigerin die Zwangsversteigerung des Grundstücks der Firma K. [REDACTED] angeordnet worden war, der später auch noch andere Grundpfandgläubiger beitraten. Als die Gemeinschuldnerin Ende 1957 ihren Betrieb auf ein anderes, erheblich kleineres Grundstück verlagerte, ließ sie alle von der Beklagten gekauften Werkzeugmaschinen auf dem Grundstück der Firma K. [REDACTED] zurück.



Der von der Gemeinschuldnerin geschuldete Kaufpreis ist nur zu einem Teile bezahlt worden. Die Gemeinschuldnerin hat mit der Klage Rückzahlung der auf den Kaufpreis geleisteten Zahlungen in Höhe von 86 715,80 DM nebst Zinsen verlangt, und zwar mit der Begründung, daß sie rechtswirksam von allen Kaufverträgen zurückgetreten sei, weil die Beklagte die durch die Anordnung der Zwangsversteigerung hinsichtlich der von der Firma K[REDACTED] stammenden Werkzeugmaschinen eingetretene Beschlagnahme nicht entsprechend ihrer sich aus den Kaufverträgen ergebenden Verpflichtung beseitigt habe.

Die Parteien haben im wesentlichen darüber gestritten, ob die Beklagte zur Freistellung der Maschinen verpflichtet gewesen sei, bevor die Gemeinschuldnerin den Kaufpreis voll bezahlt hatte, sowie darüber, ob sich der Rücktritt auf sämtliche Maschinen, also auch auf die Maschinen erstreckt habe, die aus den Eigenbeständen der Beklagten stammten und nicht auf dem Mietgrundstück gelagert hatten, sowie auf diejenigen Maschinen, die sich zwar auf dem Grundstück befunden hatten, die aber dem Geschäftsführer Dr. Sc[REDACTED] der Firma K[REDACTED] gehört haben sollen.

Im ersten Rechtszuge hatte die Gemeinschuldnerin den Antrag gestellt, die Beklagte zu verurteilen, 16 000 DM nebst Zinsen an eine Zessionarin, die Firma A[REDACTED]-Maschinen und Apparatebaugesellschaft mit beschränkter Haftung, und den Rest von 75 715,80 DM nebst Zinsen an die Gemeinschuldnerin selbst zu zahlen.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Teilurteil zur Zahlung von 16 000 DM ohne Zinsen an die Zessionarin und von 47 715,80 DM ohne Zinsen an die Gemeinschuldnerin selbst verurteilt. Auf Berufung und Anschlußberufung hin hat das

Oberlandesgericht, nachdem die Forderung zurückabgetreten war und der Kläger seinen Antrag im Wege der Anschlußberufung dahin geändert hatte, daß die Beträge von 16 000 DM und 47 715,80 DM mit Zinsen an ihn gezahlt werden sollten, durch Teilurteil die Berufung der Beklagten in Höhe von 12 513,37 DM zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger begehrt, verfolgt die Beklagte den Antrag weiter, die Klage, soweit Verurteilung ergangen ist, abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hat von der Klagesumme denjenigen Betrag einstweilen abgesetzt, der dem Kaufpreis für die früher der Beklagten und dem Geschäftsführer Dr. Sc[REDACTED] der Firma K[REDACTED] gehörenden Maschinen entspricht. Insoweit hält es noch eine Klärung für erforderlich, ob sich die durch die Zwangsversteigerung eingetretene Beschlagnahme des Fabrikgrundstückes auch auf diese Maschinen erstreckt habe. Hinsichtlich aller übrigen Maschinen ist es zutreffend und unbeanstandet von der Revision davon ausgegangen, daß diese Maschinen schon im Zeitpunkt des Kaufabschlusses gemäß § 1120 BGB von der hypothekarischen Haftung des Fabrikgrundstückes der Firma K[REDACTED] als Grundstückszubehör mitumfaßt und mangels Entfernung von dem Grundstück durch die Anordnung der Zwangsversteigerung mit dem Grundstück zusammen zugunsten der betreibenden Hypothekengläubigerin beschlagnahmt worden seien.

2. Die Gemeinschuldnerin ist, wie das Berufungsgericht ohne erkennbaren Rechtsirrtum und ebenfalls von der Revision

nicht angegriffen erwogen hat, von allen in Frage kommenden Kaufverträgen zurückgetreten. Das Berufungsgericht hält den Rücktritt hinsichtlich der von seiner Entscheidung erfaßten Verträge für begründet, weil die Gemeinschuldnerin mehrfach die Freistellung der Maschinen verlangt habe, die Beklagte dem Verlangen aber nicht nachgekommen und damit in Schuldnerverzug geraten sei. Einer Fristsetzung, so wird im Berufungsurteil weiter ausgeführt, habe es nicht bedurft, weil die Beklagte die Erfüllung mit ihren wiederholt, sogar noch im Rechtsstreite abgegebenen Erklärungen, sie werde die Enthaftung nicht vornehmen, so lange eine dringende Gefahr des Sachverlustes durch die Zwangsversteigerung nicht bestehe, ernsthaft und endgültig verweigert habe.

II.

1. Die Revision bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichts, die Gemeinschuldnerin sei von den Kaufverträgen wirksam zurückgetreten. Sie vertritt die Ansicht, die Beklagte habe nicht in Schuldnerverzug geraten können, weil der Gemeinschuldnerin hinsichtlich der Maschinen, die als Zubehör des Fabrikgrundstücks zu gelten hätten, kein Anspruch auf Freistellung von der hypothekarischen Haftung oder der inzwischen zufolge der Anordnung der Zwangsversteigerung eingetretenen Beschlagnahme von Grundstück und Zubehör zustehe. Sie hat in erster Reihe geltend gemacht, die Beklagte sei als Vorbehaltsverkäuferin erst in dem Zeitpunkte verpflichtet, der Gemeinschuldnerin das lastenfreie Eigentum an den ihr unter Eigentumsvorbehalt verkauften Maschinen zu verschaffen, in welchem diese den vollen Kaufpreis bezahlt habe.

Das Berufungsgericht hat die von der Revision aufgeworfene Frage nicht ausdrücklich erörtert. Es hat erkennbar aber seine Entscheidung darauf abgestellt, die Beklagte sei ihren Verkäuferpflichten insofern nicht nachgekommen, als

sie der Gemeinschuldnerin den Besitz an den Maschinen nicht in der Weise verschafft habe, daß diese uneingeschränkt die Gewalt darüber auszuüben vermochte.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bedarf es indes einer Prüfung der Frage, welche Rechte und Pflichten beiden Vertragsparteien dadurch erwachsen sind, daß sie vereinbart haben, der Beklagten solle bis zur vollständigen Bezahlung des Gesamtkaufpreises das Eigentum an den Maschinen vorbehalten bleiben. Nur wenn insoweit die Rechtslage eindeutig klargestellt ist, läßt sich eine Entscheidung darüber treffen, ob die Gemeinschuldnerin und nach Konkurseröffnung der Kläger als Konkursverwalter unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles einen Anspruch darauf haben erheben können, daß die Beklagte die Freistellung der Maschinen, sei es von der hypothekarischen Haftung, sei es auch nur von der Beschlagnahme, herbeiführte. Wäre allerdings davon auszugehen, daß ein Vorbehaltsverkäufer die Kaufsache dem Käufer bereits sofort nach Abschluß des Kaufvertrages lastenfrei zu verschaffen hat, oder würde zumindest diese Verpflichtung erwachsen, sobald ein Verlust des Anwartschaftsrechtes des Käufers auch nur möglich erscheint, so dürfte der Vorbehaltsverkäufer nicht erst abwarten, bis der Käufer in der Ausübung seiner Besitzrechte behindert wird. Das Berufungsgericht läßt zu Unrecht unerörtert, ob eine Vereinbarung, durch die sich der Verkäufer das Eigentum bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehält ohne Einfluß auf den dem Käufer grundsätzlich zustehenden Anspruch ist, die Kaufsache frei von Rechten Dritter zu erhalten.

Der Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises wirkt sich nicht nur auf die dingliche Seite des Kaufes aus. Vielmehr finden das Recht des Verkäu-

fers, sich das Eigentum bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vorzubehalten, und die daraus entspringenden Rechte und Pflichten beider Vertragsparteien ihre Verankerung im Grundgeschäft. Die rechtliche Natur des Grundgeschäftes ist keine einheitliche. Sie paßt sich den wirtschaftlichen Zwecken an, die mit dem Eigentumsvorbehalt im Einzelfalle verfolgt werden (vgl. Asch, Die Vertragspflichten beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt AcP 140, 183). Das Grundgeschäft ist in der Tat anders zu beurteilen, je nachdem es sich um einen Abzahlungskauf handelt, der dem Käufer die Benutzung der Kaufsache vor der Bezahlung des Kaufpreises gewähren soll, oder um ein Zwischenhandelsgeschäft, bei welchem nicht die Benutzung der Kaufsache, sondern die Weiterveräußerung im Vordergrund der Vereinbarung steht und der Eigentumsvorbehalt im wesentlichen nur als Sicherung des Verkäufers gedacht ist. Vorliegend liegt ein derartiges Zwischenhandelsgeschäft nicht vor, da die Gemeinschuldnerin die Maschinen nicht zum Zwecke der Weiterveräußerung erworben hat. Ob sich der Kauf nach dem Abzahlungsgesetz beurteilt, erscheint zweifelhaft, da nicht festgestellt ist, ob die Gemeinschuldnerin im Handelsregister als Kaufmann eingetragen ist (§ 8 AbzG). Die Frage kann indes unentschieden bleiben, da die Feststellungen des Berufungsgerichts keinen Zweifel darüber lassen, daß die Gemeinschuldnerin die Maschinen schon vom Abschluß der Kaufverträge ab benutzen sollte. Bei der Frage nach dem Umfang ihrer Benutzungsrechte und ihrem Anspruch auf Ausübung der tatsächlichen Herrschaftsgewalt darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß es sich für sie um eine fremde Sache handelt, deren Verbleib in ihrem Vermögen keineswegs sicher ist.

Der Grundvertrag ist auch in erster Reihe für die Frage entscheidend, in welchem Zeitpunkte die Gewährleistung für Mängel im Rechte einzusetzen hat. Auch wenn er keine ausdrück-

liche Vereinbarung hierüber enthält, so kann er doch im Einzelfalle dahin auszulegen sein, daß der Vorbehaltsverkäufer, Mängel im Rechte sofort zu beseitigen habe, ohne die vollständige Zahlung des Kaufpreises abwarten zu dürfen. Daß die vorliegenden Kaufverträge in diesem Sinne zu verstehen seien, hat weder das Berufungsgericht festgestellt, noch ist etwas derartiges von der Revision geltend gemacht worden. Fehlt es aber an einer abweichenden Vereinbarung, so geht die fast einhellige Meinung von Rechtsprechung und Schrifttum dahin, daß der Vorbehaltsverkäufer Mängel im Rechte grundsätzlich erst in dem Zeitpunkte zu beseitigen hat, in welchem der Kaufpreis bezahlt und das Eigentum damit auf den Käufer übergegangen ist (so RGZ 83, 214; BGB RGRK 11. Aufl. § 455 Anm. 3; Staudinger BGB 11. Aufl. § 434 Nr. 8 und § 455 Nr. 40; Palandt BGB 19. Aufl. § 434 Anm. 1 und 3; Achilles/Greifff BGB 20. Aufl. § 434 Anm. 3; Asch aaO S. 187; a.M. Oertmann in Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts Bl. IV 2 S. 421; Rühl, Eigentumsvorbehalt- und Abzahlungsgeschäft 1930 S. 196 und Jacusiel, Eigentumsvorbehalt 1932, S. 39 f). Der Senat tritt der herrschenden, auch vom Reichsgericht vertretenen Meinung bei. Denn Mängel im Rechte, für die der Verkäufer nach § 434 BGB Gewähr zu leisten hat, berühren in erster Reihe das Eigentum an der Kaufsache, während der Besitz, den der Verkäufer nach § 433 BGB ebenfalls zu verschaffen hat, nur dann von einem auf der Sache lastenden Rechte Dritter betroffen wird, wenn dadurch eine Beeinträchtigung des Besitzes entsteht. Letzteres muß aber nicht notwendig der Fall sein und wird bei dinglichen Belastungen, die auch auf dem verkauften Grundstückszubehör lasten, in der Regel nicht eintreten. Deshalb führt eine ungezwungene den Zusammenhang mit § 433 BGB berücksichtigende Auslegung des § 434 BGB dazu, daß die Verpflichtung zur Beseitigung von Rechten Dritter grundsätzlich erst mit der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums zu erfüllen ist (vgl. RGZ 83, 214).

Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, daß diese Regel dann nicht Platz greifen solle, wenn ganz allgemein die Grundsätze von Treu und Glauben etwas anderes gebieten (BGB RGRK aaO), insbesondere wenn eine Beeinträchtigung der Besitzrechte eintritt und deshalb eine vorzeitige Beseitigung der Belastungen angezeigt ist (Staudinger aaO). Mögen auch diese Gedankengänge zu billigen sein, so treffen sie doch nicht den Kern der hier zu entscheidenden Frage, weil sie nicht ausreichend berücksichtigen, daß das noch nicht vollständig abgewickelte Grundgeschäft während der Schwebezeit beiden Vertragsparteien bestimmte Verpflichtungen auferlegt, denen auf der Seite jeweils des anderen Vertragspartners auch bestimmte Rechte entsprechen. Handelt es sich um einen Kauf, der, wie vorliegend, dem Vorbehaltskäufer das Recht gewährt, die Kaufsache sofort nach der Übergabe zu benutzen, so erwächst dem Käufer neben seinem Benutzungsrecht auch die Verpflichtung, die für ihn fremde Sache pfleglich zu behandeln und alles zu unterlassen, was die Eigentumsrechte des Vorbehaltsverkäufers verletzen könnte. Da der Käufer aber hinsichtlich des Eigentums immerhin ein Anwartschaftsrecht erworben hat, ist auf der anderen Seite der Vorbehaltsverkäufer gehalten, alles zu vermeiden, was den Eigentumsübergang hindern könnte (BGH Urt. v. 29. Mai 1954 - IV ZR 184/53 - NJW 1954, 1325; BGB RGRK aaO). Darüber hinaus muß der Vorbehaltsverkäufer aber auch zu einem positiven Handeln für verpflichtet erachtet werden, wenn der Drittberechtigte dazu übergeht, sein Recht zu verwirklichen und dem Käufer damit der Verlust seines Anwartschaftsrechtes droht. Der Eintritt eines solchen Umstandes kann dazu führen, daß dem Verkäufer die Verpflichtung erwächst, unverzüglich für die Beseitigung des die Kaufsache belastenden Rechtes zu sorgen. Entsprechendes gilt auch dann, wenn zwar noch keine unmittelbar bevorstehende Gefahr des Sachverlustes besteht, durch das Vorgehen des Dritten aber

der Käufer in der Ausübung des Besitzrechtes eine Behinderung erfährt, die er nach dem Grundvertrage nicht hinzunehmen verpflichtet ist. Daß bei der Beurteilung dieser Rechte und Pflichten und bei ihrer gegenseitigen Abwägung die für alle Schuldverhältnisse maßgebenden Grundsätze von Treu und Glauben zu berücksichtigen sind, bedarf keiner weiteren Darlegung.

3. Bei dieser Rechtslage ist daher der Umstand, daß zumindest diejenigen Maschinen, auf die sich das Berufungsurteil bezieht, Zubehör des Fabrikgrundstückes bilden und damit auch gemäß § 1120 BGB von den Grundstückslasten miterfaßt werden, allein für sich betrachtet nicht von Erheblichkeit. Denn solange nicht die Zwangsversteigerung angeordnet war, drohte der Gemeinschuldnerin weder ein Rechtsverlust, noch war sie in der Ausübung ihrer Besitzrechte beeinträchtigt. Sie war auch, soweit nicht der Kaufvertrag dem entgegenstand - was noch zu erörtern sein wird - nicht gehindert, die Maschinen an einen anderen Ort zu verbringen. Aus der Belastung des Grundstücks und des Zubehörs allein hat die Gemeinschuldnerin denn auch in keinem Zeitpunkte Ansprüche gegen die Beklagte hergeleitet. Sie ist erst dann an die Beklagte wegen Beseitigung der Grundstückslasten herangetreten, als sie von der Anordnung der Zwangsversteigerung erfahren hatte (vgl. die Aktennotiz des von der Firma G. beauftragten Rechtsanwalts Dr. Nehring vom 28. August 1957). Es ist daher zunächst zu prüfen, welche Rechtsfolgen sich für die weitere Abwicklung der streitigen Kaufverträge daraus ergeben, daß die Zwangsversteigerung hinsichtlich des Fabrikgrundstückes angeordnet worden ist. Denn im Hinblick darauf, daß auch die hier in Frage kommenden Maschinen gemäß §§ 20 Abs. 2 ZVG, 1120 BGB zusammen mit dem Fabrikgrundstück der Beschlagnahme unterworfen wurden, entstand für die Abwicklung der Kauf-

verträge eine neue Lage, nach der sich die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Grundvertrage zu bemessen haben. Unerörtert kann bleiben, ob die Gemeinschuldnerin nunmehr einen Anspruch erheben konnte, die Befreiung des Grundstücks von allen dinglichen Rechten zu fordern. Denn einen solchen Anspruch hat sie, wie der Zusammenhang der Urteilsgründe erkennen läßt, nicht geltend gemacht. Jedenfalls hat die Beklagte, wie ihre Ausführungen in dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Schriftsatz vom 16. Januar 1958 (S. 7) zeigen, das Begehren der Gemeinschuldnerin dahin verstanden, daß sie für die Aufhebung der Zwangsversteigerung sorgen solle.

III. Einen solchen Anspruch der Gemeinschuldnerin anzunehmen, liegt keineswegs fern. Denn daß ein Zwangsversteigerungsverfahren den Verlust des der Gemeinschuldnerin zustehenden Anwartschaftsrechtes mit sich bringen kann, bedarf keiner weiteren Erörterung. Nach den vorangegangenen Ausführungen besteht aber auf Grund der Kaufverträge eine Verpflichtung der Beklagten, die Gemeinschuldnerin vor einem Rechtsverluste zu bewahren.

Das Berufungsgericht hat zu diesem Gesichtspunkt keine Stellung genommen. Es hat infolge der Außerachtlassung dieses Gedankenganges nicht beachtet, daß die Gemeinschuldnerin ihren Anspruch nicht nur auf eine Behinderung in ihrem Besitz und Benutzungsrecht gestützt, sondern allgemein die Ansicht vertreten hat, daß schon die bloße Anordnung der Zwangsversteigerung ihr einen Anspruch verleihe, von der Beklagten die Befreiung von den Grundpfandrechten der betreibenden Gläubiger zu verlangen. Es hat auch nicht berücksichtigt, daß die Beklagte sich in erster Reihe damit verteidigt hat, das Zwangsversteigerungsverfahren werde niemals durchgeführt werden, das Fabrikgrund-

stück der Firma K. habe einen Wert von mehr als 500 000 DM, während die Forderung der betreibenden Gläubigerin höchstens 70 000 DM betrage, und daß sie den Standpunkt vertreten hat, der Gemeinschuldnerin stehe auch deshalb kein Anspruch auf Freistellung von den Grundstückslasten zu, weil sie diese als Mieterin des Grundstücks vor Abschluß der Kaufverträge genau gekannt habe.

Die letztere Einwendung ist allerdings von vornherein unschlüssig, weil gemäß § 439 Abs. 2 BGB bei Kaufverträgen über Grundstücke und auch über Grundstückszubehör (RGZ 57, 1, 4; BGB RGRGK 11. Aufl. § 439 Anm. 11) eine Haftung wegen Rechtsmängel entgegen der Regel des § 439 Abs. 1 BGB auch dann Platz greift, wenn der Käufer die Belastungen kannte. Damit erweist sich auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Behauptung der Beklagten über die Kenntnis der Gemeinschuldnerin von den Belastungen übergangen, als erfolglos.

Dagegen ist die Einwendung der Beklagten, daß mit einer Versteigerung der Maschinen nicht zu rechnen sei, aus folgenden Gründen erheblich: Wenn auch die Gemeinschuldnerin von der Beklagten grundsätzlich die Abwendung einer Zwangsversteigerung der ihr verkauften Maschinen verlangen konnte, so setzt ein solcher Anspruch nach dem Vorerörterten doch voraus, daß bei verständiger Beurteilung der gesamten Umstände in dieser Richtung eine wirkliche Gefahr besteht. Da eine solche Lage zur Begründung des von der Gemeinschuldnerin erhobenen Anspruchs gehört, ist der Kläger mit Rücksicht auf das substantiierte Bestreiten der Beklagten zur eingehenden Darlegung der Verhältnisse verpflichtet, in denen eine solche drohende Ge-

fahr gesehen werden könnte. Daß er oder früher die Gemeinschuldnerin eine solche Darlegung gegeben hätten, ist aus den Feststellungen des Berufungsgerichts und auch aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils nicht zu entnehmen. Aus dem dem Revisionsgericht unterbreiteten bisherigen Prozeßstoff ergibt sich daher kein Anhaltspunkt dafür, daß die Gemeinschuldnerin bereits wegen eines drohenden Rechtsverlustes einen Anspruch gegen die Beklagte erheben konnte, zumindest die Aufhebung des Zwangsversteigerungsverfahrens herbeizuführen.

Dieser Rechtsfehler nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, das - wie noch auszuführen sein wird - auch durch die sonstigen von dem Berufungsgericht angeführten Gründe nicht ausreichend gestützt wird, so daß es nicht aufrecht erhalten bleiben kann. Da dem erkennenden Senat eine Entscheidung in der Sache selbst nicht möglich ist, denn das Berufungsgericht hat es unterlassen, die erforderlichen Tatsachen aufzuklären, und es ist zu erwarten, daß die Parteien ihr einschlägiges Vorbringen ergänzen und vertiefen werden, muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht diesem Gesichtspunkt Beachtung schenken und erforderlichenfalls den Kläger zu einer näheren Darlegung auffordern müssen. Es wird dabei zu prüfen haben, inwieweit die von der Revision als übergangen gerügte Behauptung der Beklagten, Frau K. sei bereit gewesen, 25 000 DM an die Hypothekengläubigerin zu zahlen, die Gemeinschuldnerin habe aber dieses Angebot abgelehnt (Schriftsatz der Beklagten vom 23. September 1958), in diesem Zusammenhang von Erheblichkeit ist.

Dasselbe gilt für die Behauptung der Beklagten (Schriftsatz vom 23. Dezember 1958 S. 12), die Maschinen seien von der Haftung gegenüber der Sparkasse als Hypothekengläubigerin völlig frei und die Zwangsversteigerung sei eingestellt, deren Nichtbeachtung die Revision ebenfalls gerügt hat.

IV. 1. Das Berufungsgericht hat der Gemeinschuldnerin einen Anspruch auf Beseitigung der Beschlagnahme deshalb zugebilligt, weil sie nach Anordnung der Zwangsversteigerung nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Maschinen vom Grundstücke zu entfernen, und weil auch der Kläger als Konkursverwalter die Maschinen dort belassen müsse. Es hat in dieser Zwangslage der Gemeinschuldnerin und des Konkursverwalters eine Beeinträchtigung der Rechte der Gemeinschuldnerin zum Besitz und zur Benutzung der Maschinen gesehen, die sich für sie deshalb besonders schädlich ausgewirkt habe, weil sie das Fabrikgrundstück der Firma K[REDACTED] nach Beendigung des Mietvertrages habe räumen müssen, die Maschinen jedoch beim Umzuge nicht habe mitnehmen können. Es hat erwogen, es komme dabei auf die Behauptung der Beklagten nicht an, die Gemeinschuldnerin habe die Anordnung der Zwangsversteigerung selbst verschuldet, weil sie den monatlichen Mietzins von 5000 DM nicht gezahlt und die Firma K[REDACTED] damit in finanzielle Schwierigkeiten gebracht habe; denn es sei der Gemeinschuldnerin nicht nachzuweisen, sie sei bewußt darauf ausgegangen, die Firma K[REDACTED] wirtschaftlich so zu schwächen, daß diese ihren Zahlungsverpflichtungen nicht mehr habe nachkommen können, und durch deren Gläubiger die Zwangsversteigerung betreiben zu lassen, um selbst von den Kaufverträgen loszukommen.

Die Einwendung der Beklagten, die Gemeinschuldnerin habe die Maschinen schon deshalb nicht mitnehmen können, weil sie mit einem Vermieterpfandrecht der Firma K■■■■ belastet gewesen seien, hat es ebenfalls für unerheblich angesehen, weil ein Vermieterpfandrecht an den mit dem Eigentumsvorbehalt der Beklagten belasteten Maschinen nicht habe entstehen können.

Es sei auch ohne rechtliche Bedeutung, so hat das Berufungsgericht weiter erwogen, ob die Gemeinschuldnerin einer Behauptung der Beklagten entsprechend etwa die Kosten des Umzuges nicht habe aufbringen können und auch aus diesem Grunde die Maschinen habe zurücklassen müssen.

2. Entsprechend den Erörterungen unter II bestehen gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe dafür einzustehen gehabt, daß die Gemeinschuldnerin in ihrem Rechte zum Besitz und zur Benutzung der Maschinen nicht beeinträchtigt werde, keine grundsätzlichen Bedenken. Denn, wenn auch der Kaufvertrag hinsichtlich der Verpflichtung der Beklagten, der Gemeinschuldnerin das endgültige und unbelastete Eigentum zu verschaffen, solange der Kaufpreis noch nicht voll bezahlt war, in der Schwebe blieb, so stand doch der Gemeinschuldnerin nicht nur das Recht zu, die Übertragung des Besitzes zu verlangen, sondern auch der Anspruch, ihr den ungestörten Besitz und die Benutzung der Maschinen zu erhalten. Insofern setzt die dem Verkäufer in § 440 BGB auferlegte Gewährleistung bereits in einem Zeitpunkte ein, in welchem der Kaufvertrag hinsichtlich der Eigentumsübertragung noch mit der Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung belastet ist. Nicht zu billigen ist die Ansicht der Revision, daß die Beklagte ihren Verkäuferpflichten schon

dadurch genügt habe, daß die Gemeinschuldnerin den Besitz der Maschinen erlangt und die Maschinen auch eine Zeit lang habe ungestört benutzen können. Deshalb ist die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten außer acht gelassen, die Gemeinschuldnerin habe die Maschinen bis zum Dezember 1957 benutzt, von vornherein unschlüssig.

Erheblich ist dagegen die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 28. Januar 1958 (S.5) unter Verletzung des § 286 ZPO unberücksichtigt gelassen. Dort hat die Beklagte nämlich ausgeführt, der Gemeinschuldnerin habe auf dem neuen Grundstück nur eine Fläche von 180 qm zugestanden, sie habe die Maschinen dort überhaupt nicht aufstellen können, weil sie dort mit andern Maschinen gearbeitet habe, durch welche die angemietete Fläche völlig ausgelastet gewesen sei. Trifft diese von dem Berufungsgericht nicht gewürdigte Darstellung der Beklagten aber zu, so könnte die Verbringung der Maschinen auf dieses Grundstück, worauf die Revision mit Recht hinweist, eine Gefährdung der Eigentumsrechte der Beklagten darstellen, die eine ungenügende Unterbringung der ihr gehörigen Maschinen, die möglicherweise sogar im Freien hätte erfolgen müssen, nicht hätte zu dulden brauchen. Das ergibt sich aus dem Kaufvertrage selbst, der wie unter II ausgeführt, der Gemeinschuldnerin während der Schwebezeit gewisse Obhutspflichten und insbesondere die Verpflichtung auferlegt hat, die in fremdem Eigentum stehenden Sachen pfleglich zu behandeln. Das Berufungsgericht hätte daher das Vorbringen nicht übergehen dürfen. Auch aus diesem Grunde unterliegt das angefochtene Urteil der Aufhebung und die-

ser Gesichtspunkt macht ebenfalls eine neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht erforderlich, weil es einer Klärung in tatsächlicher Hinsicht bedarf, die dem erkennenden Senat versagt ist.

3. Das Urteil kann überdies auch aus anderen Gründen keinen Bestand haben. Denn auch seine oben angeführten Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht die Einwendungen der Beklagten für rechtsunerheblich angesehen hat, werden der Rechtslage nicht gerecht, die sich aus dem noch in der Schwebe befindlichen Kaufvertrage ergibt.

Mit Recht bekämpft die Revision die Erwägung des Berufungsgerichts als rechtsirrig, es komme nicht darauf an, ob die Gemeinschuldnerin überhaupt in der Lage gewesen wäre, den Abtransport der Maschinen nach dem neuen Fabrikgrundstücke durchzuführen. Das Berufungsgericht berücksichtigt nicht, daß eine etwaige Verpflichtung der Beklagten, der Gemeinschuldnerin die Benutzung der Maschinen auch unter den veränderten Bedingungen zu ermöglichen, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben beurteilt werden muß und daher dort ihre Grenzen findet, wo einerseits diese Verpflichtung für die Beklagte unzumutbar wird oder andererseits sich die Geltendmachung eines solchen Anspruchs als unzulässige Rechtsausübung darstellt. Eine solche Lage kann aber darin bestehen, daß die Gemeinschuldnerin der Beklagten zur Freistellung der Maschinen Vermögensopfer zugemutet hat, die möglicherweise, was das Berufungsgericht ungeprüft gelassen hat, sehr erheblich sind, ohne daß sie für die Gemeinschuldnerin nach der Darstellung der Beklagten von irgendwelchem Nutzen gewesen wären. Das Berufungsgericht hat bei seinen Erwägungen in Verkennung der Rechtslage

unberücksichtigt gelassen, welche unzumutbare Belastung es für die Beklagte bedeutete, in ein Geschäft, für dessen weitere Abwicklung angesichts der nach ihrer Behauptung - die übrigens durch die Konkurseröffnung eine eindeutige Bestätigung gefunden hat - völligen Vermögenslosigkeit der Gemeinschuldnerin kaum eine Aussicht bestand, nutzlos weitere Gelder aufzubringen. Das Berufungsgericht wird daher diesen Gesichtspunkt zu prüfen und die erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen zu treffen haben.

Das Berufungsgericht durfte aber auch den Vortrag der Beklagten, die Gemeinschuldnerin habe die Firma K[REDACTED] durch Vorenthaltung der Mietzahlungen in die Lage gebracht, daß diese ihren eigenen Zahlungsverpflichtungen gegenüber den dinglichen Gläubigern nicht habe nachkommen können, nicht nur unter dem Gesichtspunkt würdigen, ob sie bewußt darauf ausgegangen sei, die Firma K[REDACTED] wirtschaftlich zu schädigen. Mit Recht rügt die Revision, daß auch dieses Vorbringen im Hinblick auf die Grundsätze von Treu und Glauben geprüft werden müsse. Auch hierin kann, zumindest im Zusammenhang mit den vorerörterten Gesichtspunkten betrachtet, eine unzulässige Rechtsausübung liegen.

Die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung würde noch eine weitere Stütze finden, wenn der Rechtsansicht der Revision zu folgen wäre, daß die Gemeinschuldnerin auch durch ein Vermieterpfandrecht der Firma K[REDACTED] an dem Abtransport der Maschinen gehindert gewesen sei. Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, das Vermieterpfandrecht erstrecke sich nicht auf Sachen, an denen ein Eigentumsvorbehalt bestehe, entspricht der im

Schrifttum vertretenen Ansicht (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. § 455 Anm. 27; Palandt BGB 19. Aufl. § 559 Anm. 4). Es stellt sich jedoch die Frage, ob nicht ein Vermieterpfandrecht wenigstens an dem Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers entstehen kann. Sie wird im Reichsgerichtsrätekommmentar verneint (vgl. BGB RGRK aaO). Der erkennende Senat sieht keine Veranlassung, bereits jetzt zu dieser Rechtsfrage Stellung zu nehmen, ehe nicht feststeht, daß sie für die Entscheidung erheblich sein wird. Jedoch wird das Berufungsgericht, falls es darauf ankommen sollte, auch diesen Gesichtspunkt beachten müssen.

4. Keine rechtlichen Bedenken bestehen gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts, daß auch im Laufe des Rechtsstreits abgegebene Erklärungen einer Partei, aus denen auf eine hartnäckige und endgültige Erfüllungsverweigerung geschlossen werden kann, zur Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen für einen Rücktritt der anderen Partei vorliegen, herangezogen werden dürfen. Diese Erklärungen könnten zwar nicht zur Stütze des wegen positiver Vertragsverletzung des anderen Teils bereits erklärten Rücktritts dienen, Sie sind jedoch je nach ihrem Inhalt geeignet, eine neue, gegebenenfalls im Prozeßverhalten der einen Partei zu erblickende Rücktrittserklärung zu begründen (vgl. Urteile des erkennenden Senats vom 18. November 1958 - VIII ZR 148/57 - Betrieb 1959, 286 - und vom 31. Mai 1960 - VIII ZR 132/59).

Ob der Inhalt der Prozeßerklärungen die von der Rechtsprechung für das Vorliegen einer hartnäckigen und endgültigen Erfüllungsverweigerung aufgestellten Voraussetzungen zu erfüllen vermag, was die Revision verneint

haben möchte, hängt nach den vorangehenden Erörterungen in erster Reihe davon ab, welche Schritte der Beklagten hinsichtlich der Freistellung der Maschinen von der Beschlagnahme zuzumuten waren.

5. Eine Sachentscheidung zugunsten der Beklagten ist dem erkennenden Senat auch nicht etwa im Hinblick darauf möglich, daß die Beklagte die Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung erklärt hat. Denn diese Schadensersatzforderung will die Beklagte daraus herleiten, daß der Kläger als Konkursverwalter, indem er die Erfüllung der Kaufverträge verweigere, in Ausübung seines ihm nach § 17 KO zustehenden Wahlrechtes gehandelt habe. Von seinem Standpunkte aus, daß nämlich der Rücktritt von den hier in Frage kommenden Kaufverträgen begründet sei, hat indes das Berufungsgericht die Rechtslage zutreffend dahin gewürdigt, es habe nach Konkurseröffnung nur noch ein sogenanntes durch den rechtswirksamen Rücktritt ausgelöstes Rückgewährschuldverhältnis vorgelegen. Auf ein solches Schuldverhältnis findet, solange die wechselseitige Rückgewährpflicht noch nicht erfüllt ist, § 17 KO entsprechende Anwendung (Jaeger KO 8. Aufl. § 17 Anm. 19; Böhle-Stammschräder KO 5. Aufl. § 17 Anm. 2). Eine Erfüllung dieses Schuldverhältnisses hat aber der Kläger gerade nicht abgelehnt, vielmehr hat er im Gegenteil die Rückgewähr der Leistungen an die Gemeinschuldnerin gefordert. Nach dem Inhalt der vom Berufungsgericht getroffenen Entscheidung, von der der erkennende Senat bei der Beurteilung der Aufrechnungserklärung auszugehen hat, fehlt es somit an jeder Voraussetzung für eine Schadensersatzforderung der Beklagten, mit der diese gegen die Klageforderung hätte aufrechnen können.

V. Nach alledem muß die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Sache muß an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden, um ihm Gelegenheit zur Nachholung der erforderlichen Nachprüfungen zu geben.

Wenn das Berufungsgericht zu einer von seiner bisherigen Entscheidung abweichenden Beurteilung kommen und die Rücktrittsvoraussetzungen verneinen sollte, so wird es erneut zu prüfen haben, welche rechtliche Bedeutung dem Umstande zukommt, daß der Kläger, wenn auch unter Verfolgung des bereits von der Gemeinschuldnerin geltend gemachten Rücktrittsrechts, die Erfüllung der Kaufverträge abgelehnt hat. Denn dann stände fest, daß der Kläger bei Konkurseröffnung nicht ein Rückgewährschuldverhältnis, sondern die noch nicht erfüllten Kaufverträge angetroffen hat. Das Berufungsgericht wird zu erwägen haben, ob der Kläger für diesen Fall zur Begründung des Klageanspruches etwaige Ansprüche aus § 17 KO heranziehen will und ob ihm dies rechtlich möglich ist, wobei dann gegebenenfalls auch die Aufrechnungserklärung der Beklagten einer rechtlichen Nachprüfung zu unterziehen wäre.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens hängt von der Endentscheidung in der Sache selbst ab und ist daher dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner