

Verkündet am 11. Juli 1956
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e ' s

In dem Rechtsstreit

- 1.) des Kaufmanns Fritz L. [REDACTED]
 - 2.) der Ehefrau Elisabeth I. [REDACTED] geb. S. [REDACTED].
- beide in D. [REDACTED], K. [REDACTED] R. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionskläger,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Landwirtswitwe Elisabeth O. [REDACTED] geb. S. [REDACTED]
in [REDACTED], Haus Nr. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. Juni 1956 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Schuster, Dr. Oechsler, Dr. Großmann, Dr.
Spieler und Dr. Rothe

für Recht erkannt:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 7. April 1956
wird aufrechterhalten.

Die Beklagten haben auch die weiteren Kosten des
Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand :

Die beklagten Eheleute verkauften am 28. September 1951 ihr Hausgrundstück M[REDACTED] Straße [REDACTED] in I[REDACTED] zum Preise von 63.465,71 DM an die Klägerin. Diese übernahm in Anrechnung auf den Kaufpreis Hypotheken und Grundschulden im Gesamtbetrage von 33.465,71 DM. Von den 30.000 DM Restkaufpreis waren - wie es in dem notariellen Kaufvertrag heißt - 6.400 DM bereits bar bezahlt. Weitere 3.600 DM sollten laut Vertrag solange bei dem beurkundenden Notar hinterlegt werden, bis in Abteilung II des Grundbuches ein Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht und eine Reallast, die dort für Franziska und Katharina L[REDACTED], die Mutter und die Schwester des Erstbeklagten, eingetragen sind, sowie ein Zwangsversteigerungsvermerk gelöscht seien. Die restlichen 20.000 DM sollten bis zum 15. Oktober 1951 an die Verkäufer bezahlt werden. Wegen ihrer Kaufpreisverbindlichkeit unterwarf sich die Klägerin der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Vertragsurkunde. Die Beklagten als Verkäufer übernehmen im Verträge für die Freiheit von Grunddienstbarkeiten keine Gewährschaft, verpflichteten sich aber "zur sofortigen Freistellung von sonstigen dinglichen Rechten Dritter, soweit nicht Schuldübernahme erfolgt ist oder die Käuferin in die bestehenden Rechtsverhältnisse eingetreten ist."

Die Klägerin bezahlte am 15. Oktober 1951 an die Beklagten 5.000 DM. Die Zahlung der restlichen 15.000 DM verweigerte sie, weil die grundbuchlichen Rechte der Franziska und Katharina L[REDACTED] und der Zwangsversteigerungsvermerk noch nicht gelöscht waren. Die Beklagten ließen sich daraufhin eine vollstreckbare Ausfertigung der Vertragsurkunde erteilen und stellten sie der Klägerin zu.

In dem gegenwärtigen Rechtsstreit hat die Klägerin, nachdem sie einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung von 15.000 DM erwirkt hatte, vor dem Landgericht den Antrag gestellt, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 28. September 1951 für unzulässig zu erklären. Sie hat geltend gemacht

- 3 -

der Erstbeklagte habe ihr vor Vertragsabschluß versichert, daß seine Mutter und seine Schwester von dem bevorstehenden Verkauf des Grundstückes unterrichtet seien; diese Erklärung habe sich dann später als unrichtig erwiesen. Wie sie erst nachträglich erfahren habe, hätten das Wohnungsrecht und die Reallast einen wesentlich höheren Wert, als sie bei Vertragsabschluß angenommen habe. Auch seien Franziska und Katharina L. mit einer Löschung ihrer dinglichen Rechte nur dann einverstanden, wenn diese zuvor auf einem von den Beklagten zu erwerbenden anderen Grundstück grundbuchlich sichergestellt würden. Anstatt aber den bereits gezahlten Teil des Kaufpreises zum Ankauf eines solchen anderen Grundstückes zu verwenden, hätten die Beklagten einen Personenkraftwagen angeschafft und das übrige Geld als Betriebskapital für ein in D. gepachtetes Geschäft verwendet; es sei zu befürchten, daß sie auch den Restkaufpreis diesem Geschäft zuführen und dann keine Mittel mehr haben würden, um ein anderes Grundstück zu kaufen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt und behauptet, man sei sich bei Kaufabschluß darüber einig gewesen, daß sie ein anderes Anwesen erwerben und auf dieses durch entsprechende Vereinbarung mit Franziska und Katharina L. deren dingliche Rechte übertragen wollten. Zum Erwerb des anderen Anwesens hätten sie aber einen Teil des Kaufpreises gebraucht, weshalb im Verträge vorgesehen worden sei, daß nur ein Teilbetrag von 3600 DM bei dem Notar hinterlegt und der restliche Kaufpreis bis zum 15. Oktober 1951 ausbezahlt werden sollte. Das alles sei durch die Zahlungsweigerung der Klägerin verhindert worden. Ob Franziska und Katharina L. von dem beabsichtigten Verkauf Kenntnis gehabt hätten, sei belanglos.



Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und, einem von der Klägerin in der Berufungsinstantz gestellten Hilfsantrag entsprechend, die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde vom 28. September 1951 nur für zulässig erklärt Zug um Zug gegen Löschung des Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts, der Reallast und des Zwangsversteigerungsvermerks.

In der Revisionsinstanz haben die Beklagten ihren Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt. Die Klägerin hat Zurückweisung der Revision beantragt und am 7. April 1956 ein Versäumnisurteil dieses Inhalts erwirkt. Hiergegen ist von den Beklagten Einspruch eingelegt worden; sie stellen den Antrag, das Versäumnisurteil aufzuheben und unter Aufhebung des Urteils des Oberlandesgerichts die Berufung zurückzuweisen, während die Klägerin um Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils bittet.

Entscheidungsgründe:

I Das Berufungsgericht hat die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) aus dem Gesichtspunkt des nichterfüllten Vertrages (§ 320 Abs 1 BGB) für begründet erachtet, und zwar - dem Hilfsantrag der Klägerin entsprechend - mit der Maßgabe, daß die Zwangsvollstreckung nur Zug um Zug gegen Löschung der im Kaufvertrag nicht mit übernommenen dinglichen Belastungen zulässig sei (§ 322 BGB). Es hat dahingestellt gelassen, ob die Klägerin nach dem Inhalt des schriftlichen Vertrages und der bei seinem Abschluß getroffenen mündlichen Vereinbarungen vorleistungspflichtig im Sinne von § 320 Abs 1 Satz 1 Halbsatz 2 BGB gewesen sei, da eine solche Pflicht, falls sie zunächst bestanden haben sollte, auf jeden Fall nachträglich wieder weggefallen sei und die Beklagten nach Treu

und Glauben (§ 242 BGB) eine Vorleistung der Klägerin nicht mehr verlangen könnten.

In dem angefochtenen Urteil wird dazu im einzelnen ausgeführt, die Klägerin habe auf Grund der Zusicherungen der Beklagten bei den Vertragsverhandlungen davon ausgehen können, daß den Verkäufern die Freistellung des verkauften Grundstücks von den dinglichen Rechten ihrer nahen Verwandten nicht schwer fallen werde; das sei für die Klägerin mitbestimmend dafür gewesen, sich insoweit mit einer Sicherung von 3600 DM zu begnügen, obgleich der Wert der fraglichen Belastungen in Wirklichkeit wesentlich höher sei. Entgegen ihrer Erwartung, sei es aber heute äußerst unbestimmt, ob Franziska und Katharina L. [REDACTED] in die Löschung ihrer Rechte jemals einwilligen würden; auf ihr Wohnungsrecht schienen sie überhaupt nicht verzichten zu wollen, eine im Laufe von Vergleichsverhandlungen vollzogene Löschungsbewilligung hinsichtlich der Reallast hätten sie später wieder zurückgenommen und sie seien jetzt, wie die Beklagten unter Ablehnung eines tragbaren Vergleichsvorschlags schriftsätzlich erklärt hätten, "kopfscheu geworden" und jedem "Mittelweg" abgeneigt. Unter diesen Umständen könne es der Klägerin nicht zugemutet werden, den Beklagten mehr Vertrauen entgegenzubringen, als dies deren eigene Verwandte trotz aller Sicherungsvorschläge täten.

Hinzu komme, daß die Beklagten die von der Klägerin auf den Kaufpreis angezahlten 11.400 DM nicht - wie es nach ihrer Sachdarstellung vorgesehen gewesen sei - zum Ankauf eines anderen Grundstücks verwendet hätten, auf dem man die Rechte der Franziska und Katharina L. [REDACTED] dinglich hätte sicherstellen können, sondern daß das Geld zum größten Teil für andere Zwecke ausgegeben worden sei. Bei dieser Sachlage erweise sich die Besorgnis der Klägerin, die Beklagten könnten mit dem restlichen

Kaufpreis ebenso verfahren, als berechtigt. Aber selbst bei Erwerb eines anderen Anwesens müßten die Beklagten, nachdem sie ihr Eigenkapital von zunächst 30.000 DM durch anderweitige Ausgaben auf weniger als 20.000 DM verringert hätten, nunmehr soviel Fremdkapital aufnehmen, daß eine Übertragung der Verwandtenrechte auf das neue Grundstück nur im Range nach erheblichen Belastungen erfolgen könnte; darauf würden sich aber die Mutter und die Schwester des Erstbeklagten möglicherweise nicht einlassen, sondern die Löschung ihrer Rechte auf dem an die Klägerin verkauften Grundstück verweigern. Wenn endlich die Beklagten den Zwangsversteigerungsvermerk, obgleich es sich dabei nur um einen kleinen Betrag handle, bisher nicht zur Löschung gebracht hätten, so sei auch dieser Umstand geeignet, die Besorgnis der Klägerin zu verstärken.

Bei der geschilderten Sachlage - so führt das Berufungsgericht abschließend aus - könne die Klägerin nach Treu und Glauben auch dann die Einrede des nichterfüllten Vertrages erheben, wenn sie ursprünglich vorleistungspflichtig gewesen sein sollte. Es müsse den Beklagten überlassen bleiben, sich mit ihren nahen Angehörigen dahin zu einigen, daß diese ihre Rechte an dem verkauften Grundstück aufgeben.

II. Die Revision bekämpft den Standpunkt des Berufungsgerichts als rechtsirrig. Sie rügt insbesondere Verletzung der §§ 242, 320 BGB, der §§ 139, 286 ZPO und der Beweislastregeln.

1. Geltend gemacht wird in erster Linie, daß die Klägerin ihrerseits, und zwar zuerst, vertragsuntreu geworden sei und schon deshalb aus einer etwaigen Vertragsuntreue des andern Teils keine Rechte herleiten könne. Da die Klägerin laut Vertrag die 20.000 DM bis zum 15. Oktober 1951 hätte bezahlen müssen, während die

Nutzungen des verkauften Grundstücks erst mit dem 1. November 1951 auf sie übergehen sollten, sei sie vorleistungspflichtig gewesen. Sie sei also, als sie am 15. Oktober 1951 und später nicht zahlte, in Verzug geraten. Bereits aus diesem Gesichtspunkt - so meint die Revision - müsse die Klage abgewiesen werden, ohne daß es noch darauf ankomme, ob auch die Beklagten vertragsuntreu geworden seien.

Zu dieser Rüge ist vorweg zu bemerken, daß es für die Frage der Vorleistungspflicht auf den Zeitpunkt des Nutzungsübergangs nicht ankommt. Nicht der Übergang der Grundstücksnutzungen und -lasten auf die Käuferin steht hier im Streit, sondern es handelt sich um die vertragliche Pflicht der Verkäufer, die Käuferin von dinglichen Rechten Dritter freizustellen, sowie darum, ob die Klägerin gegenüber dieser Verpflichtung der Beklagten mit der Erfüllung ihrer Kaufpreisverbindlichkeit vorleistungspflichtig im Sinne von § 320 Abs 1 BGB war. Daß sich aus dem schriftlichen Kaufvertrag vom 28. September 1951 eine solche Vorleistungspflicht der Klägerin nicht ergibt, hebt das angefochtene Urteil mit Recht hervor; denn nach dem insoweit unzweideutigen Vertragstext waren die Beklagten zur "sofortigen Freistellung" verpflichtet, während der Restkaufpreis erst am 15. Oktober 1951 fällig wurde. Wenn das Berufungsgericht dann gleichwohl die Behauptung der Beklagten, daß nach mündlicher Vereinbarung der Parteien mit dem Kaufpreis ein anderes Grundstück erworben und auf dieses die Rechte der Franziska und Katharina L. übertragen werden sollten, seinen weiteren Rechtsausführungen zugrundegelegt hat und damit doch von einer zunächst einmal bestehenden Vorleistungspflicht der Klägerin ausgegangen ist, so war das, wie nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe nicht zweifelhaft sein kann, eine bloße Unterstellung zugunsten der Beklagten.

Im übrigen ist die Rüge unbegründet. Wenn die Revision meint, die Klägerin sei dadurch, daß sie am 15. Oktober 1951 und auch später nicht zahlte, in Verzug geraten und deshalb "vertragsuntreu geworden", so verkennt sie damit die entscheidenden Erwägungen des Berufungsurteils. Diese gehen dahin, daß die Vorleistungspflicht der Klägerin, sofern eine solche ursprünglich bestanden haben sollte, jedenfalls nachträglich aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) weggefallen und damit wieder der "Regelfall" des § 320 BGB - Leistungsverweigerungsrecht der Klägerin - eingetreten sei. Das Berufungsgericht stützt sich dabei auf einen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten und vom Schrifttum gebilligten Grundsatz, wonach die Berufung auf eine Vorleistungspflicht des Gegners dann unstatthaft ist, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt (RGZ 66, 425 [427]; Warn 1908 Nr 451; Gruch 63, 216 [219 f]; SeuffArch 81 Nr 25; BGB RGRK 10. Aufl § 320 Anm 4; Palandt 15. Aufl § 320 BGB Anm 4 b). Führt aber die Anwendung dieses Grundsatzes, dem der erkennende Senat beitrifft, im vorliegenden Fall wirklich, wie das Berufungsgericht meint, zu dem Ergebnis, daß die Vorleistungspflicht der Klägerin weggefallen sei, so hätte dies zur Folge, daß die Klägerin, wenn sie am 15. Oktober 1951 nicht zahlte, wegen ihres Leistungsverweigerungsrechts aus § 320 BGB weder in Verzug geraten wäre (RG JW 1921, 523 Nr 2; RGZ 166, 280 [285] noch sonst "vertragsuntreu" gehandelt hätte. Die Ansicht der Revision, die Klage sei schon wegen der unterbliebenen Zahlung abzuweisen, ohne daß es auf das Verhalten der Beklagten noch ankomme, läuft also praktisch darauf hinaus, daß das, was erst geklärt werden soll - nämlich ob die Klägerin am 15. Oktober 1951 noch vorleistungspflichtig war - zu Unrecht als bereits feststehend vorausgesetzt wird.

2. Die weiteren Revisionsangriffe richten sich gegen die Ausführungen, mit denen das angefochtene Urteil im einzelnen darlegt, daß das Verlangen der Beklagten nach einer Vorleistung der Klägerin mit Treu und Glauben nicht vereinbar gewesen sei. Beanstandet werden insbesondere die Feststellungen des Berufungsgerichts über die Gründe, aus denen sich die Klägerin mit einer Sicherung von 3.600 DM begnügt habe, über die anderweitige Verwendung des bereits gezahlten Kaufpreisteiles, über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten und über die unterbliebene Löschung des Zwangsversteigerungsvermerks.

a) Was zunächst die Frage anbetrifft, ob es angesichts der Weigerung von Franziska und Katharina L., ihre Rechte auf dem verkauften Grundstück löschen zu lassen, der Klägerin habe zugemutet werden können, den restlichen Kaufpreis von 15.000 DM an die Beklagten zu zahlen, so verweist die Revision hierzu auf die vertragliche Vereinbarung der Parteien, wonach der Klägerin wegen der betreffenden Belastungen keine weitere Sicherheit zugestanden habe als die bei dem Notar hinterlegten 3.600 DM; die Lösungsweigerung der beiden Berechtigten sei allein dadurch ausgelöst worden, daß die Klägerin den Restkaufpreis nicht gezahlt habe.

Dem kann nicht beigetreten werden. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Klägerin bei den Vertragsverhandlungen versichert worden, die Mutter und die Schwester des Erstbeklagten seien von dem bevorstehenden Grundstücksverkauf unterrichtet. Sie hat hieraus entnommen - und durfte dies, wie das angefochtene Urteil zutreffend ausführt, auch unbedenklich tun -, daß den Verkäufern die Freistellung des Grundstücks von den dinglichen Rechten ihrer nahen Verwandten keine Schwierigkeiten bereiten werde. Diese ihre Annahme war für die Klägerin mitbestimmend, wenn sie sich mit einer Sicherheit von nur 3.600 DM einverstanden erklärte, obgleich

der wirkliche Wert der fraglichen Belastungen erheblich höher war und, wie das Berufungsurteil ohne erkennbaren Rechtsverstoß feststellt, mindestens dem bisher noch nicht bezahlten Kaufpreisrest von 15 000 DM entsprach. Die Erwartung, in welche die Klägerin durch die Äußerungen der Verkäufer über das angebliche Unterrichtetsein ihrer Verwandten versetzt wurde, entbehrte aber einer tatsächlichen Grundlage. Franziska und Katharina I. [REDACTED] wußten damals in Wirklichkeit noch nichts von den Verkaufsabsichten der Beklagten. Hiervon erhielt die Klägerin nach ihrer unwidersprochen gebliebenen Sachdarstellung (vgl. insbesondere ihren Schriftsatz vom 27. November 1951 in den bereits dem Landgericht vorliegenden Akten betr. einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nebst eidesstattlicher Versicherung ihres Sohnes Max O. [REDACTED]) alsbald nach Abschluß des Kaufvertrages Kenntnis, und zwar, wie sich aus dem Zusammenhang der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils ergibt, noch vor dem 15. Oktober 1951. Wenn sie unter diesen Umständen mißtrauisch wurde gegen ihre Vertragspartner, deren Angaben sich in einem derartig wichtigen Punkt als falsch erwiesen hatten, und wenn sie deshalb Bedenken trug, den damals noch ausstehenden Restkaufpreis von 20.000 DM in voller Höhe aus der Hand zu geben, so kann ihr das vernünftigerweise nicht verdacht werden. Die Bedenken der Klägerin erwiesen sich auch in der Folgezeit als nur zu berechtigt, denn es stellte sich nunmehr heraus, daß Franziska und Katharina I. [REDACTED] keineswegs bereit waren, das Wohn- und Mitbenutzungsrecht sowie die Reallast ohne weiteres löschen zu lassen; sie machten vielmehr die Erteilung der Löschungsbewilligung davon abhängig, daß zuvor ihre Rechte auf einem anderen Grundstück der Beklagten dinglich sichergestellt würden. Das war, wie aus dem festgestellten Sachverhalt hervorgeht, von Anfang an die Einstellung der beiden dinglich Berechtigten, an

der sie dann auch mit Entschiedenheit während der ganzen Dauer des Prozesses festgehalten haben. Da auf ihrer Seite bereits vor dem 15. Oktober 1951 keine Bereitwilligkeit bestand, den an die Klägerin verkauften Grundbesitz ohne vorherige Eintragung ihrer Rechte auf einem anderen Grundstück aus der Haftung freizugeben, ist es also nicht richtig, daß die Nichtzahlung des Restkaufpreises seitens der Klägerin, wie die Revision meint, für die Lösungsweigerung der Franziska und Katharina L. ursächlich gewesen sei.

Nach allem war, als die Klägerin nicht den gesamten Restkaufpreis bezahlte, sondern sich vorsichtigerweise mit der Entrichtung eines Teilbetrages von 5.000 DM begnügte, dieses Verhalten auch objektiv gerechtfertigt. Es konnte ihr in der Tat, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden, den Beklagten mehr Vertrauen entgegenzubringen, als es deren eigene Verwandte taten. Falls die Klägerin also wirklich, abweichend von dem schriftlichen Wortlaut des Vertrages vom 28. September 1951, zunächst vorleistungspflichtig gewesen sein sollte, so bestand auf jeden Fall diese Pflicht am 15. Oktober 1951 nicht mehr, sondern es galt jetzt wieder die Regelung des § 320 BGB, wonach jeder Vertragsteil die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern kann. Das hat zur weiteren Folge, daß die Klägerin nicht in Verzug geriet und damit auch, entgegen der Ansicht der Revision, nicht "vertragsuntreu" handelte.

Was von der Revision hiergegen eingewendet wird, gibt zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlaß. Wenn der Klägerin bei Vertragsabschluß die Absicht der Beklagten, mit dem Kaufpreis ein neues Grundstück zu erwerben und auf diesem die Rechte ihrer Verwandten eintragen zu lassen, bekannt gewesen sein mag, so war sie doch damals, wie aus dem im Berufungsurteil festgestellten

Sachverhalt hervorgeht, noch nicht darüber unterrichtet, daß die Löschung der Belastungen erst möglich sein würde, nachdem zuvor die Eintragung des Wohn- und Mitbenutzungsrechts sowie der Reallast auf dem neuen Grundstück erfolgt wäre; sie konnte vielmehr, da die Mutter und Schwester des Erstbeklagten angeblich von dem bevorstehenden Verkauf des Grundstücks Bescheid wußten, damit rechnen, die Berechtigten würden zu ihren nächsten Verwandten so viel Vertrauen haben, daß sie in die Löschung ihrer Rechte auch schon vor deren Neueintragung willigten. Demgegenüber können die Beklagten in der Revisionsinstanz mit ihrem neuen tatsächlichen Vorbringen nicht mehr gehört werden, die Klägerin sei davon ausgegangen, daß "die Berechtigten mit Mutter und Schwester wegen der dinglichen Rechte erst eine Vereinbarung treffen sollten", und sie habe die Ungewissheit, "ob ein Vertrag in dieser Hinsicht zustandekam, ... auf sich genommen". Dieses Vorbringen ist zudem offensichtlich unzutreffend, denn nach dem, was der Klägerin bei Vertragsabschluß zugesichert wurde, bestand keineswegs mehr die Notwendigkeit, mit den Berechtigten noch irgendwelche "Vereinbarungen" zu treffen. Die Beklagten hatten etwas Gegenteiliges auch nicht, wie die Revision behauptet, in ihrem Schriftsatz vom 6. August 1953 unter Beweis gestellt; die dort als Zeugen benannten Personen - Versicherungsagent Bergler und Notar Dr. S. [REDACTED] - sollten vielmehr lediglich die Richtigkeit von Rechtsfolgerungen bestätigen, welche die Beklagten aus dem Vertrag der Parteien glaubten ziehen zu können.

Da die Klägerin, wie ausgeführt wurde, am 15. Oktober 1951 nicht mehr vorleistungspflichtig war und infolgedessen mit Recht von einer Zahlung des vollständigen Restkaufpreises Abstand nehmen durfte, kommt es auf das, was sich dann in der Folgezeit ereignet hat, nicht mehr entscheidend an. Das gilt insbesondere von den Ausführungen der Revision zu der Frage, wen die Beweislast

dafür treffe, daß eine Löschung der Belastungen auch in Zukunft nicht erfolgen werde. Im übrigen steht, wenn Franziska und Katharina L. [REDACTED] schon einen "Mittelweg" d.h. eine Regelung im Wege gegenseitigen Nachgebens, ablehnen, damit zugleich fest, daß sie erst recht jeder vorbehaltlosen Löschung abgeneigt sind. Sollten die Berechtigten aber wirklich im Herbst 1952 eine Zeit lang zur Löschung bereit gewesen sein (Schriftsatz der Beklagten vom 6. August 1953, S 3), dann wäre es Sache der Beklagten gewesen, von dieser Bereitwilligkeit Gebrauch zu machen und die Belastungen unverzüglich löschen zu lassen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Klägerin den Restkaufpreis inzwischen bezahlt hatte oder nicht. Die Verantwortung für die "Erschwerung der Situation" trifft nicht, wie die Revision meint, die Klägerin, sondern die Beklagten. Wenn das Berufungsgericht in seinen Entscheidungsgründen auch auf das Wertverhältnis zwischen der Sicherheit von 3.600 DM und der wirklichen Höhe der Belastungen abgestellt hat, so war das nach Lage der Sache angebracht; die Klägerin hat sich mit der von den Beklagten gewünschten geringeren Sicherstellung nur in der - unzutreffenden, auf die unrichtigen Angaben der Beklagten über die Kenntnis ihrer Verwandten zurückzuführenden - Annahme bereit erklärt, die Löschung der Belastungen werde ohne Schwierigkeiten möglich sein; infolgedessen ist es ihr nach Treu und Glauben jetzt nicht verwehrt, eine weitere Sicherheit zu verlangen, ohne daß dadurch, wie die Revision meint, "der Vertragsinhalt in sein Gegenteil verkehrt" würde. Eine nach wie vor bestehende Vorleistungspflicht der Klägerin ergibt sich endlich auch nicht aus ihrem - von der Revision als "vorweggenommenes Geständnis" bezeichneten Sachvortrag in der Klageschrift (S 3); denn dort war nirgends die Rede davon, daß die Löschung erst dann habe erfolgen sollen, nachdem die Rechte der Franziska und

Katharina L. [REDACTED] auf dem neu zu erwerbenden Grundstück bereits eingetragen wären.

b) Daß die Beklagten den bereits empfangenen Teil des Kaufpreises von 11.400 DM mit Ausnahme eines Betrages von 1.000 DM nicht zum Erwerb eines Ersatzgrundstücks, sondern für andere Zwecke verwandt haben, war der Klägerin am 15. Oktober 1951 - mindestens soweit es sich um die ja erst an diesem Tage selbst gezahlten 5.000 DM handelt - noch nicht bekannt. Dieser Umstand ist daher, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, für die Frage, ob die Klägerin an dem genannten Tage die Entrichtung des Restkaufpreises von 15.000 DM mit Recht verweigert hat, nicht ausschlaggebend. Er hätte vielmehr vom Tatrichter lediglich in dem Sinne gewürdigt werden können, daß das Verhalten der Klägerin dadurch nachträglich eine weitere Rechtfertigung erfahren habe, sowie daß die Klägerin in dem, was sie später über die anderweitige Verwendung des Geldes erfuhr, eine Bestätigung ihres Standpunktes erblickt habe und dadurch veranlaßt worden sei, ihre anfängliche Weigerung auch in Zukunft aufrechtzuerhalten. Nur unter diesem Gesichtspunkt mag zu den Einwendungen, welche die Revision gegen diesen Teil des angefochtenen Urteils erhebt, folgendes bemerkt werden: Wenn die Beklagten ausführen, die "Abrede" der Parteien sei nicht dahin zu verstehen gewesen, daß der gesamte Kaufpreis für einen Hausenkauf zu verwenden war, insbesondere gelte das nicht von den bei Vertragsabschluß bereits gezahlten 6.400 DM, aber auch die weiteren 5.000 DM, die am 15. Oktober 1951 gezahlt wurden, kämen dafür höchstens teilweise in Betracht, so setzen sie sich damit zu ihrem eigenen tatsächlichen Vorbringen in Widerspruch. Dieses Vorbringen, das vom Berufungsgericht zugunsten der Beklagten als richtig unterstellt worden ist, ging gerade dahin, daß das neue Grundstück mit dem von der Klägerin zu zahlenden Kaufpreis habe erworben werden sollen. War dies aber der Fall, so

konnte die Abrede vernünftigerweise nur den Sinn haben, daß die Beklagten in Aussicht stellten, sämtliche Kaufpreiszahlungen der Klägerin - einschließlich der bei oder kurz vor Vertragsabschluß gezahlten 6.400 DM - dem angeführten Zweck zuzuführen, sodaß ihr Verhalten gegen Treu und Glauben verstieß und bei der Klägerin begründete Zweifel an der Vertragstreue der Beklagten überhaupt hervorrufen konnte, wenn diese erhebliche Teile des Geldes anderweitig (nämlich zur Anschaffung eines Kraftwagens und als Betriebskapital für ein übernommenes Geschäft) verwendeten und sich dadurch selbst die Möglichkeit nahmen, ihre vertragliche Freistellungsverpflichtung zu erfüllen. Eine abweichende Betrachtungsweise wäre allenfalls dann argwählig, wenn die Beklagten in ausreichendem Maße über sonstige Geldmittel verfügen würden und infolgedessen für den Erwerb des Ersatzgrundstückes nicht auf die Kaufpreiszahlungen der Klägerin angewiesen wären. Das ist aber nicht dargetan. Soweit die Revision auch in diesem Zusammenhang wieder geltend macht, die Sicherheit der Klägerin sei vertraglich auf die bei dem Notar hinterlegten 3.600 DM beschränkt gewesen, ist dieses Vorbringen bereits oben widerlegt worden.

Im übrigen kommt es auf diesen Punkt, wie gesagt, nicht mehr entscheidend an, da die Zahlungsweigerung der Klägerin bereits aus den oben zu a) dargelegten Gründen gerechtfertigt war.

c) Nicht anders verhält es sich mit den Ausführungen des angefochtenen Urteils über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten. Auch hier geht es um Dinge, die der Klägerin am 15. Oktober 1951 noch nicht bekannt waren und die deshalb vom Berufungsgericht nur als nachträgliche Bestätigung für die Richtigkeit des damals von ihr eingenommenen Standpunktes hätten verwertet werden können. Immerhin erweist sich auch insoweit das, was die Revision zu

diesem Punkt rügt, als nicht stichhaltig. Sie macht geltend, das Berufungsurteil treffe keine Feststellungen über das Eigenkapital der Beklagten, sondern bewege sich auf dem Gebiet bloßer Vermutungen, wenn es die Möglichkeit erörtere, daß eine Übertragung der Verwandten-Rechte auf das neu zu erwerbende Grundstück an der Höhe der Vorbelastungen scheitern könnte; die Beweislast dafür treffe jedenfalls die Klägerin. In Wirklichkeit sprechen aber die vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen eine klare Sprache, ohne daß es noch einer Beweisaufnahme bedurfte. Die Beklagten haben ihre vertragliche Pflicht zur "sofortigen Freistellung" des verkauften Grundstücks von den Rechten der Franziska und Katharina L. [REDACTED] bisher nicht erfüllt. Falls das darauf zurückzuführen ist, daß sie nicht über das erforderliche Eigenkapital verfügen, dann waren die Befürchtungen der Klägerin, sie werde bei einer "Vorleistung" einen nicht wieder gutzumachenden Schaden erleiden, durchaus berechtigt. Sollten aber die Beklagten, entgegen der Annahme des Berufungsgerichts, ausreichende Geldmittel zur Verfügung haben, dann wäre die Tatsache, daß sie gleichwohl die Rechte bisher nicht zur Löschung gebracht haben, nur noch umso belastender für sie und an dem Nichtbestehen einer Vorleistungspflicht der Klägerin wäre auch in diesem Falle nicht zu zweifeln.

d). Wenn die Revision schließlich noch die Feststellung des Berufungsgerichts, wonach der Zwangsversteigerungsvermerk bisher nicht gelöscht sei, angreift und unter Hinweis auf § 139 ZPO geltend macht, daß die Löschung bereits im Jahre 1951 erfolgt sei, so kann sie auch mit diesem Vorbringen keinen Erfolg haben. Die Klägerin hatte mit ihrem erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag darum gebeten, die Zwangsvollstreckung solange für unzulässig zu erklären, bis die Beklagten nachweisen, daß die Rechte der Franziska und Katharina L. [REDACTED] "sowie

der an der gleichen Grundbuchstelle eingetragene Zwangsversteigerungsvermerk" gelöscht seien (Berufungsbegründung vom 16. Juni 1953). Mit der Ankündigung und späteren Verlesung dieses Antrages wurde von ihr die Behauptung aufgestellt, daß der Zwangsversteigerungsvermerk noch im Grundbuch eingetragen stehe. Die Beklagten haben dieses Vorbringen bis zur letzten Tatsachenverhandlung nicht bestritten, obgleich es von ihrem Standpunkt aus nahe gelegen hätte, das Gericht und die Klägerin darauf hinzuweisen, daß der Versteigerungsvermerk längst gelöscht war. Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht nach § 138 Abs 3 ZPO das Vorhandensein des Zwangsversteigerungsvermerks seiner Entscheidung als unstrittige Tatsache zugrundelegen, ohne daß Anlaß zu einer Anwendung des richterlichen Fragerechts gemäß § 139 ZPO bestand. Die erst jetzt in der Revisionsinstanz vorgebrachte Tatsache der Löschung kann gemäß § 561 ZPO bei der Entscheidung nicht mehr berücksichtigt werden. Deshalb erübrigt sich auch eine Erörterung darüber, ob sie, zumal da es sich insoweit um eine bloße Hilferwägung des Berufungsurteils handelt und der Zwangsversteigerungsvermerk auch nur den geringfügigen Betrag von 600 DM betraf, überhaupt zu einem für die Beklagten günstigeren Ergebnis hätte führen können.

III. Da somit die Revision im vollem Umfang unbegründet ist, entsprach ihre Zurückweisung durch das Versäumnisurteil vom 7. April 1956 der Sach- und Rechtslage. Dieses Urteil war daher aufrechtzuerhalten. Zu-

gleich waren nach §§ 344, 91 ZPO auch die weiteren
Kosten des Rechtsstreits den Beklagten aufzuerlegen.

Schuster

Dr. Oechsler

Dr. Großmann

Dr. Spieler

Rothe