

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

16

ZPO § 138 Abs. 2

Auf das tatsächliche Vorbringen des Beklagten darf
seine Verurteilung nur dann gestützt werden, wenn
der Kläger es sich zumindest hilfsweise zu eigen
gemacht hat.

BGH, Urt. v. 23. Juni 1989 - V ZR 125/88 - KG

LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

16

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 125/88

Verkündet am:
23. Juni 1989
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Helene S [REDACTED], B [REDACTED]straße 7, B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Hans-Joachim H [REDACTED], D [REDACTED] Straße 2, B [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

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

WII

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juni 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Hagen und die Richter Dr. Eckstein, Linden, Dr. Räfle und Dr. Wenzel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 11. März 1988 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte war Eigentümer mehrerer Eigentumswohnungen in Berlin. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 19. Januar 1981 verkaufte er der Klägerin die Wohnung Nr. 4. Von dem Kaufpreis in Höhe von 200.000 DM sollten 50.000 DM nebst vereinbarten Zinsen erst am 31. Dezember 1981 fällig werden. Zur Sicherung dieser Restkaufgeldforderung wurde eine Hypothek in das Grundbuch eingetragen.

Mit notariellem Vertrag vom selben Tag vereinbarte der Beklagte außerdem mit dem Sohn der Klägerin, seine Wohnung Nr. 6 mit dessen Wohnung Nr. 5 zu tauschen. Die Übergabe sollte am 1. Januar 1982 erfolgen. In diesem Vertrag verpflichtete sich der Beklagte gegenüber der Klägerin und



deren Sohn, auf die Kaufpreisrestforderung zu verzichten und in die Löschung der für die Wohnung Nr. 4 bewilligten Hypothek einzuwilligen. Alle Vereinbarungen des Tauschvertrages sollten nur wirksam sein, wenn die Wohnung Nr. 5 dem Beklagten am 1. Januar 1982 geräumt übergeben würde und sämtliche weichenden Mieter auf die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts verzichtet hätten.

In einer handschriftlich niedergelegten Vereinbarung vom 23. Oktober 1981 verabredeten die Klägerin, ihr Sohn und der Beklagte, den Tauschvertrag "unter denselben Bedingungen bis zum 31. Dezember 1983", maximal bis zum 30. Juni 1984 zu verlängern.

Am 5. April 1982 veräußerte der Beklagte die Wohnung Nr. 6 für 170.000 DM an einen Dritten.

Die Klägerin verlangt nunmehr von dem Beklagten, auf die Kaufpreisrestforderung zu verzichten und die Löschung der Hypothek zu bewilligen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Der Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, die Klage könne aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 1. Altern. BGB) oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage allenfalls dann Erfolg haben, wenn der ihr zugrundeliegende Sachvortrag, die gestundete Kaufpreisteilforderung habe dem Beklagten als Druckmittel und Sicherheit dafür dienen sollen, daß ihr Sohn den Tauschvertrag erfülle, zutreffe. Stimme dagegen der Vortrag des Beklagten, wonach die 50.000 DM dem Ausgleich des Wertunterschieds gedient hätten, der sich daraus ergebe, daß die zu tauschende Wohnung Nr. 5 unvermietet, die Wohnung Nr. 6 dagegen vermietet gewesen sei, so bestehe weiterhin ein Rechtsgrund für die von der Klägerin eingegangenen Verpflichtungen.

Die Klägerin habe den Beweis für die Richtigkeit ihrer Darstellung nicht geführt. Bereits die Schilderung des als Zeugen vernommenen Sohnes der Klägerin ergebe nicht, daß der Beklagte ein besonderes Interesse daran gehabt hätte, die Wohnung Nr. 5 bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückzuerhalten. Die von dem Notar abgegebene Erklärung bestätige vielmehr die Darstellung des Beklagten, daß die Kaufpreiserhöhung dem Ausgleich der Wertdifferenz zwischen den Wohnungen Nr. 5 und Nr. 6 habe dienen sollen.

II.

Die Revision hat keinen Erfolg.

Die Gründe der angefochtenen Entscheidung sind zwar nicht frei von Rechtsirrtum, im Ergebnis ist das Urteil jedoch richtig. Denn die Klägerin hat ihren Vortrag zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen nicht bewiesen. Das bestrittene Vorbringen des Beklagten durfte das Berufungsgericht nicht zugunsten der Klägerin verwerten.

1. a) Nach dem Sachvortrag der Klägerin kommt als Anspruchsgrundlage für das Klagebegehren nicht § 812 BGB oder § 242 BGB, sondern die in dem Tauschvertrag getroffene Vereinbarung in Betracht, durch welche für die Klägerin ein eigenes Recht begründet wurde (§ 328 Abs. 1 BGB), von dem Beklagten den Verzicht auf die Kaufpreisrestforderung und die Löschung der Hypothek zu verlangen.

Wenn die Restkaufgeldschuld im Gegensatz zu ihrer Bezeichnung ausschließlich ein Sicherungs- und Druckmittel für die Durchführung des Wohnungstausches gewesen wäre, läge ein selbständiges (= uneigentliches) Strafversprechen vor, mit dem auch das Verhalten eines Dritten, hier des Sohnes der Klägerin, gesichert werden konnte (vgl. dazu BGH Urt. v. 8. März 1967, VIII ZR 214/65, NJW 1967, 1318, 1319). Der Eintritt der vertraglichen Bedingung für den Forderungsverzicht wäre gemäß § 162 Abs. 1 BGB zu unterstellen, weil der Tausch infolge der anderweiten Veräußerung der Wohnung Nr. 6 seitens des Beklagten nicht mehr durchgeführt werden soll. Die Vertragsstrafe wäre auch nicht etwa deswegen verwirkt, weil die Wohnung Nr. 5 nicht, wie vereinbart, dem Beklagten am 1. Januar 1982 geräumt übergeben wurde. Die Strafe ist nämlich dann nicht zu zahlen, wenn die durch das Strafversprechen gesicherte Leistung deshalb ausbleibt, weil der

Gläubiger selbst den Vertrag nicht durchführen will (vgl. Staudinger/Kaduk, BGB 12. Aufl. vor § 339 Rdn. 67, 69).

b) Das Berufungsgericht hat daher über den Vortrag der Klägerin zu dem sich durch Auslegung der Urkunde nicht erschließenden Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen zu Recht Beweis erhoben. Die Angriffe der Revision gegen die Würdigung der Aussage des Sohnes der Klägerin zeigen keinen Rechtsfehler auf. Daß das Berufungsgericht bei der Beweiswürdigung den Inhalt des Tauschvertrages übersehen haben könnte, ist nicht erkennbar. Das Urteil bringt deutlich die Auffassung des Berufungsgerichts zum Ausdruck, daß der Zeuge die Sachverhaltsdarstellung der Klägerin nicht bestätigt habe.

2. a) Unbegründet ist die Rüge einer Verletzung des § 551 Nr. 7 ZPO. Die Revision verkennt, daß das Berufungsgericht der Darstellung des Beklagten nicht "gefolgt" ist, sondern die Klage allein deswegen abgewiesen hat, weil die Klägerin die Richtigkeit ihres Sachvortrages nicht bewiesen habe. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang geltend macht, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob die Klage nicht nach dem für den Vortrag des Beklagten sprechenden Beweisergebnis begründet wäre, bleibt ihr der Erfolg ebenfalls versagt.

b) Das Berufungsgericht hätte der Klage unter Zugrundelegung des Vortrags des Beklagten nicht stattgeben dürfen. Nach dem Grundsatz der Gleichwertigkeit des Parteivortragens kann sich der Kläger zwar die von seinem Sachvortrag abweichenden Behauptungen des Beklagten hilfsweise

zu eigen machen und seine Klage darauf stützen (BGHZ 19, 387, 391; BGH Urt. v. 10. Januar 1985, III ZR 93/83, NJW 1985, 1841, 1842). Aber nur wenn der Kläger dies auch tut, darf das Vorbringen des Beklagten der Entscheidung zugrunde gelegt werden (Senatsurteile v. 14. Juli 1969, V ZR 145/66, LM ZPO § 138 Nr. 12 und v. 3. Februar 1984, V ZR 190/82, WM 1984, 700 = VersR 1984, 537, 538). Hieran hält der Senat trotz der im Schrifttum teilweise erhobenen Kritik (vgl. E. Schneider, MDR 1970, 727, 728 f; Weyers, Festschrift Esser (1975), 193, 210 f) fest. Wenn der Kläger den Vortrag des Beklagten bestreitet oder ein ihm günstiges Beweisergebnis nicht gegen sich gelten lassen will, ist es nicht zulässig, ihm einen Erfolg aufzunötigen, den er mit dieser tatsächlichen Begründung nicht haben will (Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. vor § 128 Rdn. 80; a.A.: Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl. § 134 I 3 a γ ; Bernhardt, Das Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. § 23 I; Thomas/Putzo, ZPO 15. Aufl. § 138 Anm. 2 c).

Aus dem Berufungsurteil und den in Bezug genommenen Schriftsätzen vom 23. Oktober 1987 und 7. März 1988 ergibt sich, daß die Klägerin den Vortrag des Beklagten vor und nach der Beweisaufnahme ausdrücklich bestritten hat. Mithin bestand für das Berufungsgericht keine Veranlassung, im Urteil darüber zu befinden, ob die Klage nach dem Vortrag des Beklagten begründet sein könnte.

3. Nach alledem ist die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Hagen

Dr. Eckstein

Linden

Räfle

Wenzel