

13

BUNDESGERICHTSHOF

2037 086

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR 131/63

URTEIL

Verkündet am

8. Februar 1966
Hirth, Justiz-
angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Landwirts und Kaufmanns Fritz D [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Wilhelmine D [REDACTED]
geborene K [REDACTED],
beide wohnhaft in B [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

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

gegen

Fräulein Herta F [REDACTED], gesetzlich vertreten
durch ihren Pfleger, Rechtsanwalt und Notar Dr. Rolf
J [REDACTED], B [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Februar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 18. Juni 1963 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Klägerin gehörte in Erbengemeinschaft mit ihrer Mutter das Hausgrundstück H [REDACTED] Straße [REDACTED] in B [REDACTED]. Nach der ursprünglich vorgesehenen Auseinandersetzung in ein Eigentum zu Bruchteilen (9/16 und 7/16) verkauften beide Miterbinnen vor der Umschreibung im Grundbuch, die Klägerin vertreten durch ihren Pfleger, das Grundstück durch den notariell beurkundeten Vertrag vom 14. April 1956 um 227 500 DM an die Beklagten.

§ 2 des Kaufvertrags lautet:

"Der Kaufpreis beträgt 227 500 DM.

In Anrechnung auf den Kaufpreis werden übernommen diejenigen Hypotheken und Grundschulden, deren Löschung die Verkäufer nicht herbeiführen können, mit ihrer effektiven Valutierung. Die Hypothekengewinnabgabe wird von den Käufern übernommen zum Ablösungsbetrage, welcher für den Tag der Auflassung maßgebend ist. Insbesondere übernehmen die Käufer die Grundschulden der Volks-

- 3 -

bank B [REDACTED] eGmbH in B [REDACTED] zu insgesamt 40 000 DM mitsamt der persönlichen Schuld der Frau F [REDACTED], zu deren Absicherung diese Grundschulden dienen in Höhe von 40 000 DM mit der Verzinsung vom Tage der Auflassung.

Der Kaufpreis steht Fräulein Herta F [REDACTED] in Höhe von 9/16 und Frau Hildegard F [REDACTED] in Höhe von 7/16 zu. Die übernommenen Lasten kommen von dem Gesamtkaufpreis in Abzug mit Ausnahme der erwähnten Grundschulden der Volksbank B [REDACTED] eGmbH B [REDACTED], welche allein vom Anteil der Frau Hildegard F [REDACTED] in Abzug kommen.

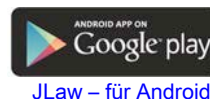
Auf den Anteil des Fräulein Herta F [REDACTED] sollen 3 000 DM bei der Auflassung gezahlt werden, während in Ansehung des Restes des Anteils von Fräulein Herta F [REDACTED] eine mit 6 % jährlich verzinsliche Hypothek an dem Kaufgrundstück in unmittelbarem Range nach den übernommenen Lasten eingetragen werden soll. Diese Hypothek soll beiderseits auf 10 Jahre - gerechnet von der Auflassung an - unkündbar und für die Folge unter Einhaltung der Kündigungsfrist von 3 Monaten kündbar sein.

Die Gläubigerin ist aber berechtigt, Teilbeträge bis zur Höhe von jährlich von 5 000 DM jederzeit unter Einhaltung einer Frist von 3 Monaten zu kündigen.

Der Anteil der Frau Hildegard F [REDACTED], von welchem die Grundschulden der Volksbank abgehen, soll fällig sein in Höhe von 30 000 DM bei der Auflassung und in Höhe des Restes 3 Monate später."

Nach § 3 des Kaufvertrags sollte die Auflassung unverzüglich nach Erteilung der erforderlichen Genehmigungen erfolgen, am selben Tag die Übergabe stattfinden und auch die Nutzungen und Lasten auf den Erwerber übergehen. Unmittelbar nach der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, das zuvor eine Schätzung des Verkehrswerts (190 754 DM) eingeholt hatte, kam zwischen den Vertragsparteien am 11. Juli 1956 eine im ersten Rechtszug von

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



den Beklagten eingeräumte Vereinbarung zustande, wie sie im Schreiben Dr. J. [REDACTED], als Pfleger der Klägerin, und deren Mutter vom selben Tag (Bl. 229 GA) bestätigt worden ist. Danach bestätigten sie den Beklagten

"unsere heute mit Ihnen getroffene Vereinbarung, wonach Sie in Ausführung des Kaufvertrages vom 14. April 1956 berechtigt sind, sich in den Besitz des Grundstücks zu versetzen. Die Übergabe des Grundstücks gilt damit als erfolgt. Bitte behandeln Sie dieses Schreiben zugleich als einen Ausweis gegenüber den Mietern und sonstigen in Betracht kommenden Personen, daß Sie berechtigt sind, alle Rechte in Ansehung des vorbezeichneten Grundstücks wahrzunehmen, insbesondere die seit dem 1. Juli 1956 fällig gewordenen bzw. künftig fällig werdenden Mieten einzuziehen.

Als Stichtag für den Übergang der Nutzungen und Lasten vereinbarten wir den 1. Juli 1956, von welchem Tage mithin auch das Restkaufgeld verzinslich ist.

Die Auflassung soll, wie wir verabredet haben, jederzeit stattfinden auf Ihren Abruf. Die bei der Auflassung zu zahlenden Beträge vereinbarten wir, daß sie am 15. Juli 1956 gezahlt werden sollten, nämlich 30 000 DM an Frau Hildegard F. [REDACTED] und 3 000 DM an Dr. Rolf J. [REDACTED].

Die vereinbarten Anzahlungen wurden an die beiden Verkäuferinnen gezahlt, desgleichen das der Mutter zustehende Restkaufgeld, nach dem Vortrag der Beklagten sogar mehr (56 988 DM). Am 23. Oktober 1956 wurde eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beklagten eingetragen.

Nicht bezahlt wurden jedoch die Zinsen der Restkaufpreisforderung der Klägerin, der übernommenen Forderungen, die durch bestehen gebliebene Hypotheken am Grundstück gesichert waren, und auch nicht die Steuern und sonstigen Abgaben für das Grundstück. Solche Verpflichtungen wurden schließlich von der Klägerin ihrerseits in Höhe von 6 593,77 DM bezahlt. Mit Schreiben vom 8. Februar 1958

setzte Rechtsanwalt Dr. J. [REDACTED] im Einvernehmen mit der abgefundenen Miterbin eine Frist von 4 Wochen zur Erfüllung der rückständigen Verpflichtungen unter gleichzeitiger Androhung für den Fall des ergebnislosen Ablaufs der Frist, die Annahme der Leistung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Da die Beklagten innerhalb der gestellten Frist nicht erfüllten, versuchte Rechtsanwalt Dr. J. [REDACTED] zwecks Realisierung des Schadensersatzanspruchs das Grundstück zu verkaufen. Im Zug der erneut aufgenommenen Auseinandersetzung zwischen den beiden Verkäuferinnen wurde die Klägerin am 8. August 1958 als Alleineigentümerin des Grundstücks eingetragen. Mit der im Mai 1958 erhobenen Klage verlangte die Klägerin erst eine Bewilligung für die Löschung der Vormerkung und die Räumung des Grundstücks. Das Anfang des Jahres 1959 eingeleitete Zwangsversteigerungsverfahren über das Grundstück führte am 30. Oktober 1959 zum Zuschlag an einen Dritten auf Grund des Gebots von 141 000 DM bei Übernahme nicht fälliger Hypothekengewinnabgaben in Höhe von 18 000 DM. Aus dem Erlös wurden der Klägerin insgesamt 2 932,04 DM zugeteilt. Ein Restbetrag des Erlöses in Höhe von 89 568,16 DM wurde im Verteilungsplan den Beklagten auf Grund ihrer Vormerkung zugeteilt und auf Widerspruch der Klägerin hinterlegt, auszahlbar an die eine oder andere Prozeßpartei, je nachdem der Widerspruch für begründet oder unbegründet erklärt werde. Die Klägerin hat alsdann beantragt, den Verteilungsplan dahin zu ändern, daß der Betrag von 89 568,16 DM der Klägerin anstelle der Beklagten auf Grund ihres Widerspruchs zugeteilt werde.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der Revision

verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ein (durch den Zuschlag erloschenes) Recht der Beklagten an dem Grundstück im Sinn des § 92 Abs. 1 ZVG abgelehnt, daher den Restbetrag des Versteigerungserlöses der Klägerin als der früheren Alleineigentümerin des Grundstücks zugesprochen und dementsprechend den Klagantrag gemäß § 115 ZVG in Verbindung mit § 878 ZPO als begründet erachtet. Den durch Vormerkung gesicherten Anspruch der Beklagten gegen die früheren Eigentümerinnen auf Auflassung des Grundstücks, der allein als Recht im Sinne des § 92 Abs. 1 ZVG hier in Betracht kommt, hält das Berufungsgericht im Zeitpunkt des Zuschlags für hinfällig, weil der Klägerin ihrerseits ein Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen Nichterfüllung des Kaufvertrags zustehe.

Das Berufungsgericht berechnet (unter IV) den "Nettoschaden" der Klägerin, indem es vom "Bruttoschaden", nämlich dem im Frühjahr 1956 geschätzten Verkehrswert (190 754 DM) zuzüglich Zinsverlust (4 % aus 107 298 - 3 000, also aus 104 298 DM ab 1. Juli 1956 bis wenigstens zum Zuschlag (31. Oktober 1959) = 13 893 DM), also insgesamt 204 647 DM, die Leistungen der Beklagten, nämlich diejenige an die Klägerin (3 000 DM), an deren Mutter (angeblich 56 981 DM), die von den Beklagten angeblich auf das Haus verwendeten Kosten (51 000 DM)

und den der Klägerin schon zugeflossenen Versteigerungserlös (2 932,04 DM), also insgesamt 113 921,04 DM abzieht, mit 90 726,96 DM. Dieser Schaden, faßt das Berufungsgericht zusammen, sei demnach höher als der noch zu verteilende Grundstücksresterlös (89 568,16 DM).

II.

Der Anspruch auf Zuteilung des hinterlegten Versteigerungserlöses hängt davon ab, ob die Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrags geltend machen kann. Ist nämlich der Anspruch der Klägerin auf Ersatz des Schadens, der ihr durch Nichterfüllung des Kaufvertrags entstanden ist, gemäß § 326 Abs. 1 BGB begründet, so entfällt die ihr obliegende Leistung, die hier auf die Auflassung des Grundstücks gerichtet war, und zwar ungeachtet des Umstands, daß das Grundstück den Käufern schon übergeben war (vgl. RG JW 1932, 1205 mit Anmerkung Oertmann). Für den vorliegenden Fall bedeutete das, wie das Berufungsgericht am Anfang der Entscheidungsgründe zutreffend ausführt, daß der Auflassungsanspruch der Beklagten im Zeitpunkt des Zuschlags nicht mehr bestanden, der Klägerin vielmehr umgekehrt ein Anspruch auf Löschung der Vormerkung zugestanden hat. Bei dieser Rechtslage stand den Beklagten kein Recht auf das Grundstück im Sinn des § 92 ZVG zu, so daß der hinterlegte Teil des Erlöses der Klägerin als Eigentümerin im Zeitpunkt des Zuschlags zusteht. Die Revision greift nun allerdings in verschiedener Richtung die Auffassung des Oberlandesgerichts an, die Voraussetzungen des § 326 BGB seien gegeben; auch wendet sie sich gegen die Ablehnung eines von den

Beklagten erhobenen Schadensersatzanspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß. Diese Angriffe sind jedoch nicht begründet.

1. Die Revision vertritt die Ansicht, die Beklagten seien nicht in Verzug geraten, weil der wirksame Abschluß einer Vereinbarung im Sinne des Bestätigungsschreibens vom 11. Juli 1956 nicht erwiesen sei, jedenfalls entbehre diese Vereinbarung der erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und der notariellen Beurkundung.

a) Das Berufungsgericht sieht die Vereinbarung vom 11. Juli 1956 aus folgenden Gründen als zustande gekommen an: Diese Abmachung sei im ersten Rechtszug nicht streitig gewesen, vielmehr erst im zweiten Rechtszug (Berufungsbegründung Bl. 282 GA) bestritten worden. Es könne dahingestellt bleiben, ob dieses nachträgliche Bestreiten durch die Beklagten prozeßrechtlich noch beachtlich sei (vgl. § 532 ZPO und § 529 Abs. 2 ZPO), denn das jetzige bloße Bestreiten genüge nicht gegenüber der Behauptung der Klägerin. Die Beklagten hätten selbst nicht behauptet, daß sie schon 1956 dem Inhalt des Schreibens vom 11. Juli 1956 widersprochen hätten. Sie hätten vielmehr im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 1. März 1961 (Bl. 235) eingeräumt, es könne durchaus sein, daß sie gegenüber dem Vorbringen der Klägerin keinerlei Einwendungen erhoben hätten, als der Pfleger der Klägerin dieses Schreiben diktiert habe. Die Beklagten hätten auch nicht bestritten, daß sie dieses Schreiben empfangen hätten. Dieses Schreiben habe daher Beweiswert.

Nach diesen Ausführungen läßt das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision gerade dahingestellt, ob die Beklagten hinsichtlich dieser mündlichen Verein-

barung ein Geständnis abgelegt haben; es würdigt vielmehr den beiderseitigen Tatsachenvortrag über die von der Klägerin behauptete Vereinbarung und über das Schreiben vom 11. Juli 1956 (Empfang des Schreibens seitens der Beklagten, kein Widerspruch gegenüber diesem Schreiben, ferner Einräumung, beim Abdiktieren des Schreibens keinerlei Einwendungen erhoben zu haben, und schließlich die Tatsache, daß die Abmachung selbst erstmals in der Berufungsbegründung bestritten worden ist). Eine solche Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters und begegnet im vorliegenden Fall keinen rechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht hat aber auch die §§ 415, 416 ZPO nicht irrtümlich angewendet. Die Bemerkung: "Das Schreiben hat daher Beweiswert" besagt nicht, daß schon der Inhalt dieses Schreibens die in zweiter Instanz bestrittene Behauptung der Klägerin über die Vereinbarung und ihren Inhalt beweise, vielmehr will das Berufungsgericht ausführen, der Umstand, daß die Beklagten den Empfang des Schreibens nicht bestritten hätten, trage in Verbindung mit den übrigen Einlassungen der Beklagten auch dazu bei, den Inhalt dieses Schreibens für den Beweis des Inhalts der getroffenen Vereinbarung heranzuziehen. War aber das Gericht auf Grund des beiderseitigen Sachvortrags von der Richtigkeit des Tatsachenvortrags der Klägerin überzeugt, so blieb den Beklagten in der Tat nur die Möglichkeit, den Gegenbeweis zu führen. Folgerichtig und ohne Rechtsirrtum fährt das Berufungsgericht daher fort, die Beklagten hätten daher ihrerseits behaupten und beweisen müssen, daß eine solche Abmachung nicht getroffen worden sei; einen Gegenbeweis hätten sie aber nicht angeboten.

b) Das Zusatzabkommen bedurfte nach Ansicht des Berufungsgerichts aus folgenden Gründen nicht der notariellen Beurkundung nach § 313 BGB: In den Abmachungen über die Vorverlegung der bei der Auflassung vorgesehenen Teilzahlungen und der Zinspflicht für das Restkaufgeld lägen in Wahrheit nur Verbesserungen der wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung beider Verkäuferinnen. Die Neuregelung des Überganges von Nutzungen und Lasten hätte dagegen nur der Beseitigung gewisser Abwicklungsschwierigkeiten (Hinweis auf RGZ 140, 335, 339) gedient, wobei die "Vertragsgrundlage" aufrecht erhalten geblieben sei. Die Revision hält dagegen die Vertragsänderung für wesentlich im Sinne der Rechtsprechung über das Erfordernis notarieller Beurkundung der Änderungen von Grundstückskaufverträgen.

Prüft man die Abänderung, so läuft sie jedoch darauf hinaus, daß die unverzüglich nach Erteilung der notwendigen Genehmigungen vorzunehmende Auflassung nach dem Belieben der Käufer ausgesetzt wurde, jedoch alle an die Auflassung angeknüpften beiderseitigen vertraglichen Leistungen gleichwohl sofort im Laufe der ersten Hälfte des Juli 1956 vollzogen werden sollten. Das im Vertrag abgewogene Verhältnis der beiderseitigen Leistungen, das nach der zutreffenden Ansicht der Revision als ein einheitliches zu betrachten ist, hat sich sonach weder im Hinblick auf die vorgesehene zeitliche Fixierung noch im Hinblick auf die Wechselbeziehung der einzelnen Leistungen und Gegenleistungen, die ihrem Inhalt nach völlig gleich blieben, wesentlich geändert. Es wurde nur die Pflicht zur Auflassung herausgelöst und ihr Vollzug auf später, nämlich auf einen den Käufern im Interesse der Grunderwerbsteuer-

stundung genehmen Zeitpunkt verschoben. Diese Verschiebung der Auflassung auf einen späteren, von den Käufern jederzeit herbeiführbaren Zeitpunkt kann vom Standpunkt keiner der beiden Vertragsparteien als wesentlich betrachtet werden. Die Vertragsänderung bedurfte daher nicht der notariellen Beurkundung.

c) Nach Ansicht des Berufungsgerichts bedurfte das Zusatzabkommen vom 11. Juli 1956 auch keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, weil die Änderung des Zeitpunkts der Besitzübergabe, der Auflassung und des Übergangs von Nutzungen und Lasten keinen genehmigungspflichtigen Tatbestand darstelle: Die Besitzübergabe stelle keine Verfügung über ein Recht im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB dar; in der Verschiebung der Auflassung liege keine Verringerung einer Sicherheit im Sinne des § 1822 Nr. 13 BGB. Die Änderung des Zeitpunkts für den Übergang von Nutzungen und Lasten habe weder nach § 1822 Nr. 5 noch nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 4 BGB der Genehmigung bedurft.

Die Revision meint dagegen, der Übergang des Besitzes sowie der Nutzungen und Lasten schon am 1. Juli 1956 statt im Zeitpunkt der Auflassung verringere die im Besitz und im Recht auf Einziehung der Grundstücksnutzungen bestehende Sicherheit des Mündels und hätte daher gemäß § 1822 Nr. 13 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurft. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepllichtet werden, weil § 1822 Nr. 13 BGB die für eine Forderung bestehende Sicherheit zwecks Realisierung dieser Forderung bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraussetzt. Bei dem Besitz und dem Recht auf die Nutzungen an der Gegenleistung der Kaufpreisforderung handelt es sich dagegen nicht um eine Sicherheit i.S. des § 1822 Nr. 13 BGB. Im übrigen ist auch hier zu bedenken, daß die Änderung wirtschaftlich

in erster Linie eine Verschiebung der Auflassung auf einen späteren Zeitpunkt als ursprünglich vorgesehen und nicht eine Vorverlegung der übrigen beiderseitigen Leistungen darstellt.

2. Weiter verneint die Revision den Eintritt des Verzugs der Beklagten, weil die Leistungen der Beklagten nicht hinreichend bestimmt gewesen seien. Dazu führt das Berufungsgericht aus: Bestimmt sei gewesen der Kaufpreis, für jeden Zeitpunkt auch bestimmbar der Ablösungsbetrag für die Hypothekengewinnabgabe und auch die Valutierung der zu übernehmenden Hypotheken und Grundschulden. Abgesehen davon habe der Pfleger der Klägerin die Berechnung des Steuerberaters B. [REDACTED] vom 26. Oktober 1956 (Bl. 230 GA) den Beklagten übersandt; die Beklagten hätten nicht dargelegt, daß sie dieses Schreiben nicht erhalten hätten. Die Revision macht dazu geltend, es sei nicht Aufgabe der Beklagten gewesen, den Empfang dieses Schreibens darzulegen; vielmehr hätte die Klägerin darzulegen gehabt, daß die Beklagten dieses Schreiben bekommen hätten. Diese Ausführung ist richtig. Sie erschüttert aber nicht die Hauptbegründung, daß die Feststellung der Hypothekengewinnabgabe auch den Beklagten möglich gewesen wäre. Sodann übersieht die Revision bei dieser Rüge, daß das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin, das genannte Schreiben habe der Pfleger mit dem Begleitschreiben vom 29. Oktober 1956 an die Beklagte zu 2 übersandt, ohne daß Beanstandungen erhoben worden seien (Bl. 222 GA), als unbestritten ansieht, daraus bedenkenfrei schließen durfte, daß die Beklagten dieses Schreiben auch empfangen haben, und aus diesem Grunde die Darlegung des Gegenteils den Beklagten aufbürdete.

Die Vereinbarung vom 18. Februar 1958, die die Verkäuferinnen unter sich über die Umwandlung des Gesamthandseigentums in Bruchteilseigentum für den Fall der Aufhebung des mit den Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrags während der Laufzeit der den Beklagten nach § 326 BGB gestellten Frist trafen, und die Eintragung der Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch berührt das Rechtsverhältnis zwischen den Kaufvertragsparteien nicht, so daß entgegen der Meinung der Revision daraus keine Rücktrittserklärung gegenüber den Beklagten entnommen werden kann.

3. Einen Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens des Pflegers bei Vertragsverhandlungen, das nach Ansicht der Beklagten der Klägerin zuzurechnen sein soll, stützten die Beklagten in der Berufungsbegründung (Schriftsatz vom 12. Oktober 1961 unter IV, Bl. 285 ff) auf dessen Zusage, eine Hypothek über 100 000 DM nachzuweisen, und zwar mittels einer Anfrage bei zwei Direktoren der Volksbank in B [REDACTED]. Für diese Behauptung war Beweis angetreten durch das Zeugnis des Pflegers. Auf die Anforderung des Gerichts, sich zu diesem Vortrag näher zu erklären, führten die Beklagten im Schriftsatz vom 16. Februar 1962 (Bl. 307 ff) aus, auf den gegenüber dem Pfleger erhobenen Vorwurf könne nicht verzichtet werden; sie räumten ein, daß die B [REDACTED]-H [REDACTED] Hypothekenbank am 4. Dezember 1957 unter bestimmten Vorbehalten ein Hypothekendarlehen über 160 000 DM bewilligt habe, und trugen alsdann ohne Antreten von Beweisen vor, der Pfleger habe schon im Laufe der Vertragsbesprechungen mit aller Bestimmtheit die Beschaffung einer Hypothek von über 100 000 DM zugesichert. Der Tatrichter hat diese weiter-

gehende Behauptung ohne weitere Aufklärung mangels eines Beweisantritts nicht berücksichtigt und dazu noch ausgeführt, es wäre um so mehr Sache der Beklagten gewesen, für diesen klar erkennbar weitergehenden Vortrag Beweis anzutreten, als sie selbst in erster Instanz schon ihre weniger weitgehende Behauptung verständlicherweise als bestritten erachtet hätten.

Die Revision rügt Verletzung des § 139 ZPO, weil naheliegend gewesen sei, daß der frühere Beweisantritt (Zeugnis Dr. J. [REDACTED]) auch für die spätere, mehr bestimmte Behauptung über den gleichen Vorgang hätte gelten sollen, und zwar um so mehr, als dieser Vortrag mit den Worten eingeleitet gewesen sei: "Um das noch einmal zu präzisieren....". Dies kann der Revision unter den gegebenen Umständen jedoch nicht zugegeben werden. Offensichtlich hatte das Berufungsgericht auf die Unschlüssigkeit des ursprünglichen Tatsachenvortrags hingewiesen. Wenn die Beklagten nunmehr ihren Tatsachenvortrag erweiterten, so war es in der Tat allein ihre Sache, für diesen Vortrag auch eindeutig Beweis anzutreten. Dies gilt insbesondere, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, weil ihnen bekannt war, daß schon die Zusage, eine Kreditmöglichkeit nachzuweisen, als bestritten anzusehen war. Unter diesen Umständen bedarf es keiner weiteren Prüfung, ob der von den Beklagten geltend gemachte Schadensersatzanspruch etwa bei Unterstellung ihres Sachvortrags überhaupt begründet und geeignet gewesen wäre, den Klaganspruch auszuschließen.

Das Oberlandesgericht hat sonach den hinterlegten Versteigerungserlös ohne Rechtsirrtum der Klägerin zugesprochen.

4. Die Frage, ob den Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung ihrer Geldleistungen (vgl. §§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2, 280 Abs. 2 Satz 2, 348 BGB), zusteht, bedarf im vorliegenden Rechtsstreit keiner Entscheidung. Eine Aufrechnung mit einem Geldanspruch gegenüber dem Klagsanspruch scheitert daran, daß der Gegenstand der beiderseitigen Leistungen nicht gleichartig ist (§ 387 BGB). Ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten scheidet in dem einen Teil der Zwangsvollstreckung bildenden Verteilungsverfahren, dessen Durchführung die vorliegende Klage dient, aus. Ob die Berücksichtigung eines etwaigen Rückforderungsanspruchs etwa auf Grund des § 242 BGB in einem solchen Verfahren überhaupt in Betracht kommt, bedarf keiner Prüfung, da jedenfalls Umstände, die die Anwendung dieser Vorschrift zu rechtfertigen geeignet wären, nicht festgestellt sind. Den Beklagten ist unbenommen, einen Geldanspruch im Prozeßweg geltend zu machen; auch ist nicht vorgetragen, daß die Realisierbarkeit eines solchen Anspruches etwa infolge Vermögensverfalls der Klägerin gefährdet wäre.

III.

Die Revision war daher, da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten erkennen läßt, in vollem Umfang mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Rothe

Mattern

Offterdinger

Grell