

BUNDESGERICHTSHOF 2067 059

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 133/64

Beschluß
~~Urteil~~

Verkündet am
6. Oktober 1967
Hirth, Justiz-
angestellter

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. des Immobilien-Kaufmanns Leonhard W [REDACTED] in
N [REDACTED], über Stein bei N [REDACTED],
2. des Immobilien-Kaufmanns Werner W [REDACTED] in
N [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],
3. des Immobilien-Kaufmanns Konrad S [REDACTED]
in F [REDACTED], Wa [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

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

gegen

den Rentner Adam B [REDACTED] in N [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.h.c. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin sowie der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Hill

beschlossen:

Die Beklagten haben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

G r ü n d e :

I.

Der Kläger ist Alleinerbe seiner im Laufe des Rechtsstreits (4. September 1963) verstorbenen Schwester, der Witwe Marie R[REDACTED]. Letztere war Eigentümerin eines Ruinengrundstücks. Sie verkaufte dieses Grundstück durch notariellen Vertrag vom 16. August 1962 an die Beklagten zum Preise von 50 000 DM, die sofort in bar gezahlt wurden.

Durch einen weiteren notariellen Vertrag vom 16. August 1962 kauften der Kläger und seine Schwester als Miteigentum je zur Hälfte aus einem der Frau Margarete Sc[REDACTED] in N[REDACTED], H[REDACTED] Weg 100, gehörenden Grundstück eine noch wegzumessende Fläche von 400 qm mit aufstehendem Wohnhaus gleichfalls zum Preise von 50 000 DM. Zur Bezahlung des Kaufpreises wurde der aus dem erstgenannten Kauf erzielte Erlös verwandt.

- 3 -

In dem zwischen dem Kläger und seiner Schwester sowie der Frau Margarete Sc[REDACTED] abgeschlossenen Kaufvertrag wurde von den Käufern und den Beklagten folgende Vereinbarung getroffen:

"Für den Fall, daß Herr B[REDACTED] und Frau R[REDACTED] innerhalb eines halben Jahres ab heute gerechnet, den Wunsch äußern, die heute erworbene Fläche samt Wohnhaus wieder zu veräußern, verpflichten sich die Herren W[REDACTED], Wa[REDACTED] und Se[REDACTED] i.Fa. Immobilienbüro N[REDACTED] OHG in N[REDACTED], für das vorbezeichnete Projekt einen Käufer zum Kaufpreis von 50 000 DM zu beschaffen oder das Vertragsobjekt selbst zum Preis von 50 000 DM zu erwerben."

Im Oktober oder November 1962 entschlossen sich der Kläger und seine Schwester, das von Frau Sc[REDACTED] gekaufte Anwesen wieder abzugeben. Die Witwe R[REDACTED] sandte deshalb am 30. November 1962 an den Beklagten zu 1) ein entsprechendes Schreiben. Da die Beklagten in der Folgezeit zunächst nichts unternahmen, ließen der Kläger und seine Schwester sie durch Anwaltsschreiben vom 5. Februar 1963 auffordern, innerhalb einer Frist von 1 Woche zu bestätigen, daß sie das Kaufgrundstück zum Preise von 50 000 DM übernehmen würden. In ihrem Antwortschreiben vom 13. Februar 1963 erklärten die Beklagten, die Stadt N[REDACTED] wolle die Teilung des Grundstücks der Frau Sc[REDACTED] nicht genehmigen. Sie hätten jedoch einen Interessenten, der das Grundstück zum Preise von 50 000 DM kaufen wolle. Dieser werde es aber nur dann erwerben, wenn die Stadt von ihrem Standpunkt abgehe, den Kaufvertrag nicht zu genehmigen.



Am 21. Mai 1963 genehmigte die Stadt N[REDACTED] die Abtrennung des an den Kläger und die Witwe R[REDACTED] verkauften Grundstücks. Im Schriftsatz vom 21. Juni 1963 benannten die Beklagten einen Käufer für dieses Grundstück, der bereit sei, das Grundstück zum Preise von 45 000 DM zu übernehmen; der Differenzbetrag von 5 000 DM sollte bei der Beurkundung des Kaufvertrages von den Beklagten in bar gezahlt werden. Das Grundstück ist bisher noch nicht auf den Namen des Klägers und seiner Schwester umgeschrieben worden.

Der Kläger und die Witwe R[REDACTED] hatten Anfang Mai 1963 mit der Begründung, daß die Beklagten ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen seien, Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagten zur Zahlung von 50 000 DM nebst Zinsen, hilfsweise Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus dem Kaufvertrag vom 16. August 1962, zu verurteilen.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt. Sie sind der Auffassung, daß ihnen das Wahlrecht zugestanden habe und daß die Voraussetzungen für einen Weiterverkauf des Grundstücks erst gegeben gewesen seien, nachdem die Stadt N[REDACTED] die Teilung des Grundstücks genehmigt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht auf die Berufung der Kläger nach dem Hauptantrag der Klage - abgesehen von einer Änderung der Verzinsung - erkannt. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Revision eingelegt.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht haben beide Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Jede Partei hat beantragt, der Gegenseite die Kosten aufzuerlegen.

II.

Durch die übereinstimmende Erklärung der Parteien, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt sei, sind die Vorentscheidungen gegenstandslos geworden. Nach § 91 a ZPO ist durch Beschluß über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Bei dieser Entscheidung spielt der mutmaßliche Ausgang des Rechtsstreits eine wesentliche Rolle (BGHZ 4, 229, 238).

Das Oberlandesgericht geht zutreffend davon aus, daß es sich bei der im Vertrag vom 16. August 1962 begründeten Verpflichtung der Beklagten um eine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB handelt und daß den Beklagten das Wahlrecht zustand.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Ausübung des Wahlrechts in einer angemessenen Frist habe erfolgen müssen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das gleiche gilt, soweit das Oberlandesgericht diese Frist auf längstens 3 Monate bemessen hat. Streitig ist lediglich, von welchem Zeitpunkt ab die Frist zu laufen begann. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon

ab, welchen Einfluß der Umstand, daß die behördliche Genehmigung noch nicht erteilt war, auf die Verpflichtungen der Beklagten gehabt hat. Verpflichtungsgeschäfte bedürfen keiner Genehmigung nach dem Bundesbaugesetz (BGHZ 37, 233). Die Genehmigung war jedoch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 BBauG erforderlich für die in dem Kaufvertrag vorgesehene Teilung des Grundstücks. Der Verkauf des Grundstücks an den Kläger und seine Schwester war somit schon vor der Entscheidung über die Teilungsgenehmigung voll wirksam. Auch ein Weiterverkauf des Grundstücks an einen Dritten hätte keiner Genehmigung bedurft. Solange die Teilungsgenehmigung nicht erteilt oder versagt war und auch nicht nach § 19 Abs. 4 Satz 3 BBauG als erteilt galt, blieb zwar die Erfüllbarkeit des Kaufvertrages vom 16. August 1962 wie auch eines Weiterverkaufs des Grundstücks in der Schwebe. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, daß im Zeitpunkt der Klageerhebung auch die Erfüllbarkeit der Verpflichtung der Beklagten, einen Ersatzkäufer zu beschaffen, noch ungewiß gewesen sei. Die Revision übersieht den Unterschied, der zwischen der Erfüllbarkeit des Kaufvertrages vom 16. August 1962 wie auch eines etwaigen Weiterverkaufs des Grundstücks und der Erfüllbarkeit der von den Beklagten übernommenen Verpflichtungen besteht. Diese waren rein schuldrechtlicher Art. Die Verpflichtung zur Beschaffung eines Ersatzkäufers erschöpfte sich allerdings nicht lediglich in der Benennung eines zum Kauf des Grundstücks bereiten Dritten. Vielmehr mußte der Dritte, wovon auch die Beklagten ausgehen, das Grundstück kaufen und bezahlen. Mit dem Abschluß eines solchen Kaufver-

trages und der Zahlung des Kaufpreises wäre die Verpflichtung der Beklagten zur Stellung eines Ersatzkäufers erfüllt gewesen, ohne daß es hierzu einer Genehmigung nach dem Bundesbaugesetz bedurft hätte. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die auf höchstens 3 Monate anzusetzende Frist für die Ausübung des Wahlrechts mit der Kundgabe des Wiederveräußerungsverlangens der Käufer zu laufen begann, ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden. Die Schwierigkeit, vor Erteilung der behördlichen Genehmigung einen Käufer für das Grundstück zu finden, vermag eine Hinausschiebung des Beginnes der Frist nicht zu rechtfertigen.

Die Beklagten waren bis zur Klageerhebung ihrer Verpflichtung zur Stellung eines Ersatzkäufers nicht nachgekommen. Einer Stellungnahme zu der Ansicht des Berufungsgerichts, daß den Beklagten die Benennung eines Ersatzkäufers unmöglich gewesen sei, und den von der Revision gegen eine Anwendung des § 265 Satz 1 BGB erhobenen Bedenken bedarf es nicht. Der Auffassung des Oberlandesgerichts, daß die Verpflichtung der Beklagten seit dem 1. März 1963 sich darauf beschränkt habe, selbst das Grundstück zu erwerben, ist jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Begründung des angefochtenen Urteils läßt erkennen, daß nach der rechtlich nicht angreifbaren Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht die Beklagten, falls sie innerhalb angemessener Frist keinen Ersatzkäufer beschafften, selbst zum Erwerb des Grundstücks verpflichtet sein sollten.

Die Verpflichtung der Beklagten zum Erwerb des Grundstücks bestand nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht etwa in der Verpflichtung zum Abschluß eines neuen Kaufvertrages. Die Abmachung der Parteien sei vielmehr, so meint das Oberlandesgericht, dahin zu verstehen, daß der Kläger von den Beklagten die Zahlung des Kaufpreises gegen Abtretung der Ansprüche aus dem Vertrag vom 16. August 1962 sollte verlangen können. Diese von der Revision nicht beanstandete Auslegung bedeutet, daß die Vereinbarung vom 16. August 1962 bereits den Abschluß eines (bedingten) Kaufvertrages mit den Beklagten enthält. Hiernach hatte der Kläger Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Die von ihm zu erbringende Gegenleistung bestand in der Abtretung der Ansprüche, die ihm aus dem noch nicht erfüllten Kaufvertrag vom 16. August 1962 gegen die Verkäuferin zustehen. Beide Ansprüche können selbständig und unabhängig voneinander geltend gemacht werden. Allerdings kann nach § 320 Abs. 1 BGB derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er - was hier nicht in Betracht kommt - vorzuleisten verpflichtet ist. Das Leistungsverweigerungsrecht ist nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, sondern muß vom Schuldner im Wege der Einrede geltend gemacht werden. Dies hat die Wirkung, daß der andere Teil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist (§ 322 Abs. 1 BGB).

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages braucht nicht ausdrücklich erhoben zu werden. Ein Antrag des Beklagten auf Klagabweisung genügt jedenfalls dann,

wenn der Antrag auf angebliche Nichtleistung des Gegners gestützt wird (BGB RGRK 119. Aufl. § 320 Anm. 13 Abs. 2; Soergel/Siebert BGB 9. Aufl. § 322 Anm. 2). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Die Beklagten haben vielmehr die Erfüllung des Zahlungsanspruchs verweigert mit der Begründung, daß ihnen noch das Wahlrecht zugestanden habe, so daß sie auch zur Stellung eines Ersatzkäufers berechtigt gewesen seien. Sie haben jedoch in den Tatsacheninstanzen nicht zum Ausdruck gebracht, daß ihnen bis zur Abtretung der Ansprüche aus dem Kaufvertrag vom 16. August 1962 ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe. Das Berufungsgericht war nach Lage der Sache nicht verpflichtet, die Beklagten zur Stellung eines auf eine Zug um Zug-Verurteilung gerichteten Hilfsantrages zu veranlassen, zumal da die Kläger bereits in der Klageschrift einen entsprechenden Hilfsantrag gestellt hatten, der auch in der Berufungsinstanz aufrecht erhalten wurde. In der Revisionsinstanz kann die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht mehr geltend gemacht werden (vgl. RGZ 121, 73, 77).

Die Revision hätte danach keine Aussicht auf Erfolg gehabt. Es entspricht deshalb auch der Billigkeit, daß die Kosten des Rechtsstreits den Beklagten auferlegt werden (§ 100 Abs. 1 ZPO). Ohne Bedeutung ist, daß der Kläger und seine Schwester den Vergleichsvorschlag, der von den Beklagten nach Klageerhebung gemacht wurde und der eine Teilung der Prozeßkosten vorsah, abgelehnt haben; denn die Käufer hatten, da

11
ihr Anspruch begründet war, keinen Anlaß, einen Teil
der Kosten des Rechtsstreits zu übernehmen.

Dr. Augustin Dr. Piepenbrock Bundesrichter Dr. Rothe
ist beurlaubt und deshalb
verhindert zu unter-
schreiben.

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Hill