

Nachschlagewerk: ja
EGHZ: nein

ZPO § 128 Abs. 2

An der Auffassung, daß das Einverständnis mit dem
Erlaß einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung
nicht frei widerruflich ist (BGHZ 28, 278), wird
festgehalten.

BGH, Urt. v. 12. Juni 1970 - V ZR 133/66 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_133/66

URTEIL

Verkündet am

12. Juni 1970

Justizhau²ptssekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Redjov Stojan S
M , P straße ,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte
und -

g e g e n

1. den Kaufmann Hugo P ,

2. dessen Ehefrau Therese P geb. H ,
beide wohnhaft in F /Obb., H weg ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Freitag, Dr. Mattern, Hill und Dr. Groll

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das den Parteien am 27. April 1966 an Verkündungs Statt zugestellte Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 25. April 1966 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hatte auf dem Grundstück F straße in M - L ein Wohnhaus mit Eigentumswohnungen errichtet. Durch notariellen Vertrag vom 19. November 1962 veräußerte er an die beklagten Eheleute als Miteigentümer je zur Hälfte eine im Untergeschoß gelegene Wohnung und einen Miteigentumsanteil am Grundstück zum Kaufpreis von 33.000,- DM. Die Beklagten sind dementsprechend am 1. September 1964 ins Grundbuch eingetragen worden.

Der Streit der Parteien ging zunächst um einen Restbetrag des Kaufpreises von 6.000,- DM und geht jetzt im



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

wesentlichen darum, ob der Vertrag noch besteht. Nach dem Vertrag sollte jener Restbetrag als dadurch getilgt gelten, daß die Beklagten anstelle des Klägers von einer auf dem Gesamtobjekt eingetragenen Hypothek in Höhe von 114.000,- DM einen Betrag von 6.000,- DM samt der zugrunde liegenden Forderung (gemeint war die Schuld) und Nebenleistungen übernahmen.

Bald nach der Übergabe der Wohnung an die Beklagten im Dezember 1962 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien. Der Kläger verlangte hinsichtlich des genannten Restbetrags zunächst den Abschluß eines entsprechenden Bausparvertrags, später Barzahlung. Die Beklagten rügten demgegenüber insbesondere die nicht ordnungsgemäße Installation des Bades.

Mit Schreiben vom 30. Juli 1963 an die Beklagte zu 2) wies der Kläger verschiedene Beanstandungen der Wohnung zurück, machte geltend, daß die Beklagte nach dem Vertrag die restlichen 6.000,- DM durch einen Bausparvertrag zu begleichen hätten, den Betrag jedoch auch aus eigenen Mitteln zahlen könnten, und forderte sie zur Äußerung bis zum 2. August 1963 auf. Andernfalls sehe er sich gezwungen, den Kaufvertrag wegen Nichterfüllung des Vertrags rückgängig zu machen.

In ihrem Antwortschreiben vom selben Tag wiederholte die Beklagte zu 2) mehrere Beanstandungen und teilte mit, ihr Ehemann sei geschäftlich unterwegs; ohne ihn könne sie "keine Unterschrift leisten". Nach seiner

Rückkehr werde die Angelegenheit erledigt. Es bestehe die Möglichkeit, daß ihr Mann das Angebot, den Kauf rückgängig zu machen, annehme.

Mit Schreiben vom 26. September 1963 bat die Beklagte zu 2) um Geduld, "bis der Bausparbrief bei W abgewickelt" sei, wies erneut auf noch nicht durchgeführte Arbeiten hin und schlug einen Preisnachlaß von 1.500,- DM vor.

Der Kläger bat mit Einschreiben an die Beklagte zu 2) vom 15. Oktober 1963 unter dem Stichwort "Restzahlung", bis spätestens zum 20. Oktober 1963 "obige Angelegenheit" zu erledigen, andernfalls er die Sache seinem Rechtsanwalt übergeben müsse.

In ihrem Antwortschreiben vom 19. Oktober 1963 wies die Beklagte zu 2) wiederum auf nach ihrer Ansicht noch bestehende Mängel hin und fuhr dann fort:

"Verhandeln wäre in jedem Fall besser. Da Sie das offenbar ablehnen, die Wohnung unter den gegebenen Voraussetzungen für uns uninteressant ist, machen wir von Ihrem Angebot, Ihnen dieselbe zur Verfügung zu stellen, Gebrauch. Begründung: Nichteinhaltung des Vertrags und Täuschung.

Sollten Sie Ihre Ansicht ändern, steht Ihnen nach Abwicklung mit der Bausparkasse W ein Bausparbrief zur Verfügung...."

Der Kläger erwiderte darauf in seinem Schreiben vom 24. Oktober 1963 unter Hinweis darauf, daß die Beklagte sich bereit erklärt habe, ihm die Wohnung wieder zur Verfügung zu stellen:

"Wir sind damit einverstanden und werden die Stornierung des Vertrags vornehmen."

Als Bevollmächtigte der beklagten Eheleute schrieben deren Rechtsanwälte unter dem 29. Oktober 1963 an den Kläger, das Schreiben der Beklagten zu 2) vom 19. Oktober 1963 sei nicht als Angebot auf Rückgängigmachung des Kaufvertrags zu verstehen. Die Beklagte habe sich den Rücktritt lediglich vorbehalten, wenn der Kläger weiterhin nichts unternehme. Die Beklagten wollten aber Eigentümer der Wohnung bleiben. Für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung des Klägers zur Installierung des Bades wurde ihm eine Frist bis zum 30. November 1963 gesetzt.

Für den Kläger erwiderte dessen Anwalt mit Schreiben vom 7. November 1963, der Kaufvertrag sei durch Aufhebungsvertrag der Parteien oder jedenfalls durch vorsorglich nochmals erklärten Rücktritt des Klägers vom Vertrag beendet worden.

Nach weiterem Schriftwechsel teilten die Beklagten dem Kläger schließlich durch Schreiben ihres Anwalts vom 10. April 1964 mit, sie wollten die Wohnung behalten, machten jedoch Minderung geltend und verweigerten die Zahlung des Restkaufpreises.

Der Kläger verlangt von den Beklagten, "Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs bezüglich der jeweiligen auf ihren Namen eingetragenen Miteigentumsanteile... verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung... dem Kläger zu erteilen", sowie Räumung und Herausgabe,

hilfsweise Auflassung der mit dem Sondereigentum verbundenen Miteigentumsanteile. Aus dem Schriftwechsel der Parteien - zum Teil in Verbindung damit, daß er den Beklagten schon vor dem Schreiben vom 19. Oktober 1963 im Hinblick auf Mängelrügen die Auflösung des Vertrags vorgeschlagen habe - leitet er her, die Parteien hätten die Aufhebung des notariellen Vertrags vereinbart. Ferner beruft er sich auf den durch Schreiben vom 7. November 1963 vorsorglich erklärten Rücktritt (§ 326 BGB).

Die Beklagten sind den Ausführungen des Klägers entgegengetreten. Für den Fall, daß das Berufungsgericht den Kaufvertrag durch den Rücktritt als aufgehoben ansehen sollte, haben sie die Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung erklärt und insoweit widerklagend die Feststellung begehrt, daß der Kläger ihnen jeden durch die arglistige Täuschung entstandenen Schaden zu ersetzen habe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Die Beklagten bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Im Berufungsrechtszug hatten sich zunächst beide Parteien mit schriftlicher Entscheidung (§ 128 Abs. 2 ZPO)

einverstanden erklärt (Sitzungsprotokoll vom 1. März 1966). Der Kläger hat dann jedoch mit Schriftsatz vom 15. April 1966 sein Einverständnis unter Hinweis auf die Entscheidung BGHZ 11, 27, 31 mit der Begründung widerrufen, daß eine Veränderung der Prozeßlage eingetreten sei. Bei Erteilung des Einverständnisses sei man nämlich übereinstimmend davon ausgegangen, daß im Falle des Scheiterns von - in Aussicht genommenen - Vergleichsverhandlungen ein umfangreicher Beweisbeschuß ergehen werde. Da das Gericht aber ein Urteil erlassen wolle, seien die Voraussetzungen des Einverständnisses hinfällig geworden. Die Prozeßlage sei auch dadurch verändert, daß sein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung abgewiesen worden sei. Damit bezog der Kläger sich auf einen Beschluß des Berufungsgerichts vom 12. April 1966, durch den der Antrag des Klägers auf Eintragung eines Widerspruchs dagegen, daß die Beklagten als Miteigentümer in das Grundbuch eingetragen waren, hilfsweise auf Eintragung einer Vormerkung auf Rückkauflassung der Miteigentumsanteile, zurückgewiesen worden war. Eine weitere Änderung der Prozeßlage erblickte der Kläger darin, daß er den Beklagten gleichzeitig - nämlich in selben Schriftsatz vom 15. April 1966 - "höchstvorsorglich... nochmals... zur Bewirkung der Leistung gemäß IV G 3 des Kaufvertrags" eine Frist bis zum 23. April 1966 setzte.

Das Berufungsgericht hat trotz dieses Widerrufs des Einverständnisses des Klägers das angefochtene Urteil im Wege der schriftlichen Entscheidung nach § 128 Abs. 2

ZPO erlassen. Es ist dabei davon ausgegangen, daß die Erklärung des Einverständnisses mit schriftlicher Entscheidung als Prozeßhandlung grundsätzlich nicht wideruflich sei. Auf die Behauptung des Klägers über die Erwartung eines Beweisbeschlusses komme es nicht an, da eine Einverständniserklärung nach § 128 Abs. 2 ZPO nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden könne. Die Behauptung sei aber auch nicht richtig. Den Parteien habe vielmehr Gelegenheit gegeben werden sollen, auf der Grundlage, der im Senatstermin erörterten rechtlichen Gesichtspunkte Vergleichsverhandlungen zu führen. Von einem zu erwartenden "umfangreichen Beweisbeschluß" sei nicht die Rede gewesen und habe es auch nicht sein können, weil keine dahingehenden Beweise angeboten worden seien. Das Berufungsgericht erwägt weiter, daß bei einer wesentlichen Änderung der Prozeßlage die Widerruflichkeit möglicherweise zu bejahen sei, hält aber eine solche Änderung nicht für gegeben.

II. 1 a) Nach in Rechtsprechung und Schrifttum wohl einhelliger Auffassung sind Einverständniserklärungen nach § 128 Abs. 2 ZPO bedingungsfeindlich (BGHZ 18, 61; RGZ 151, 193; Stein/Jonas/Pohle, ZPO 19. Aufl. § 128 IX 2). Wenn das Berufungsgericht, das dies an sich nicht verkannt hat, der Meinung sein sollte, daß die Wirksamkeit von Einverständniserklärungen durch dennoch damit verbundene unzulässige Bedingungen nicht berührt werde, daß vielmehr derartige Bedingungen dann außer Betracht zu bleiben hätten (S. 16 oben des Berufungsurteils), so könnte ihm darin nicht gefolgt werden. Derartige Einverständniserklärungen sind vielmehr unwirksam.

Ein solcher Fall liegt jedoch hier nicht vor. Nach dem Berufungsurteil und dem Sitzungsprotokoll vom 1. März 1966 ist vielmehr davon auszugehen, daß die Parteien ihr Einverständnis uneingeschränkt erklärt haben. Auf insgeheim gehegte, jedoch nicht geäußerte Erwartungen des Klägers hinsichtlich des Inhalts der zu erlassenden Entscheidung kommt es nicht an. Ob, wie das Berufungsgericht meint, von einem Beweisbeschuß mangels "dahingehender Beweise" nicht die Rede sein k o n n t e , ist unerheblich; denn wenn die Parteien, wie die Revision geltend macht, Beweise angeboten hatten, so besagt dies nicht, daß sie ihre Einverständniserklärungen entsprechend eingeschränkt hätten. Im übrigen bezogen sich die Beweisantritte, auf die die Revision verweist, nach deren eigenem Vortrag auf die von dem Beklagten hilfsweise für den Fall, daß das Berufungsgericht den Kaufvertrag als durch Rücktritt aufgehoben ansehe, erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Die Prozeßlage war aber nicht so, daß die Parteien nichts anderes als eine Beweisaufnahme gerade über diesen Punkt hätten erwarten können.

b) Vergeblich verweist die Revision in diesem Zusammenhang weiter auf den Vortrag der Beklagten im Berufungsrechtszug, der Vorsitzende des Berufungsgerichts habe die Prozeßbevollmächtigten der Parteien "mit aller Deutlichkeit darauf hingewiesen, daß es noch eingehender Erwägungen des Gerichts bedürfe, den Verlauf des Verfahrens festzulegen." Die Beklagten wollten damit, wie der Zusammenhang ihrer Ausführungen ergibt, lediglich dartun, daß jedenfalls nicht ohne weiteres ein "umfangreicher Beweisbe-

schluß" habe erwartet werden können. Für eine etwa aus den Umständen zu entnehmende Einschränkung der Einverständniserklärung ergab sich daraus nichts.

2) Wie das Berufungsgericht auf S. 16 der angefochtenen Entscheidung ausdrücklich hervorhob, ist die schriftliche Entscheidung zu dem Zweck beschlossen worden, um den Parteien Gelegenheit zu geben, in der Zwischenzeit (5 Wochen) Vergleichsverhandlungen zu führen. Damit hat es von den durch § 128 Abs. 2 ZPO eröffneten Möglichkeiten durchaus im Sinne dieser Vorschrift Gebrauch gemacht (vgl. Stein/Jonas/Pohle § 128 VIII 2). Es kann keine Rede davon sein, daß das Berufungsgericht nach mündlicher Verhandlung bei Entscheidungsroife des Rechtsstreits eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren zu dem Zweck angeordnet hätte, damit den alsbaldigen Erlaß der Entscheidung (§§ 300, 310 Abs. 1 ZPO) hinauszögern zu können. Der Hinweis der Revision auf die Entscheidung BGHZ 17, 118 (vgl. dort insbes. S. 119 unten und 120) geht daher fehl.

3) Die Revision rügt unter Hinweis auf § 314 Satz 2 ZPO weiter, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die Parteien laut Sitzungsprotokoll im Termin vom 1. März 1966 "die Antragstellung zurückgestellt" hätten.

Bei diesem Angriff berücksichtigt die Revision nicht, daß damals Vergleichsverhandlungen in Aussicht genommen waren. Bei der Zurückstellung der Anträge sollte es ersichtlich nur dann bleiben, wenn diese Verhandlungen zum Erfolg führten. Für den Fall aber, daß es dazu nicht kam,

konnte das Berufungsgericht bedenkenfrei davon ausgehen, daß es dann bei den in den Schriftsätzen niedergelegten Anträgen verblieb. Nur dann hatte die Erklärung des Einverständnisses beider Parteien mit einer -die Antragstellung zwangsläufig voraussetzenden- Entscheidung im schriftlichen Verfahren überhaupt Sinn.

III. 1) Was die hiernach zu entscheidende Frage angeht, ob das Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nach § 128 Abs. 2 ZPO frei widerruflich ist, so hat der Senat diese Frage in seinem Urteil vom 29. Oktober 1958, V ZR 158/57, BGHZ 28, 278 mit ausführlicher Begründung verneint. Er ist dort zu dem Ergebnis gekommen, daß weder der Wortlaut der Vorschrift, noch ihre Entstehungsgeschichte und der Vergleich mit anderen gesetzlichen Vorschriften ausreichende Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage ergeben. Vornehmlich aus dem Zweck der Vorschrift, die Gerichte zu entlasten und das Verfahren zu beschleunigen, hat der Senat gefolgert, daß die freie Widerruflichkeit des Einverständnisses zu verneinen sei.

Der in jenem Urteil vertretenen Auffassung hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sich in seinem Urteil vom 12. Juli 1962, VII ZR 22/61, NJW 1962, 1819, angeschlossen. Dagegen hatte sich der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Urteil vom 23. November 1961, 2 AZR 95/61, NJW 1962, 509 auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Der erkennende Senat ist jedoch bei dem in dem Urteil BGHZ 28, 278 eingenommenen Standpunkt verblieben und hat durch Beschluß vom 31. Oktober 1969, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, nach §§ 2 und 11

des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1963, BGBl I S. 661 - RsprEinhG - den gemeinsamen Senat zur Entscheidung der Frage angerufen, ob eine Prozeßpartei ihr Einverständnis mit dem Erlaß einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§ 128 Abs. 2 ZPO) frei widerrufen könne. Der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat sich nunmehr der in jenem Beschluß des erkennenden Senats vertretenen Rechtsauffassung angeschlossen. Das Verfahren vor dem gemeinsamen Senat ist daraufhin nach § 14 Satz 1 RsprEinhG eingestellt worden.

2. Ohne Erfolg macht die Revision weiter geltend, daß hier der Kläger seine Einverständniserklärung jedenfalls wegen einer wesentlichen Änderung der Prozeßlage habe widerrufen können.

Der Senat hat die Frage, ob eine wesentliche Änderung der Prozeßlage den Widerruf ermöglicht, in der Entscheidung BGHZ 28, 278, 285 ausdrücklich offen gelassen. Ebenso wird in der bereits erwähnten BGH-Entscheidung NJW 1962, 1819 dazu nicht Stellung genommen. Dagegen wird sie in der Entscheidung des II. Zivilsenats BGHZ 11, 27, 31 bejaht. Dies entspricht der im Schrifttum - soweit dieses die freie Widerruflichkeit verneint - überwiegend vertretenen Auffassung (vgl. etwa Stein/Jonas/Pohle, ZPO 19. Aufl. § 128 Anm. IX 3; Rosenberg, Zivilprozeßrecht 9. Aufl. § 103 II 1 c, anders jedoch jetzt die 10. von

Schwab bearbeitete Auflage § 110 III 4 c S. 546, wonach auch die Veränderung der Prozeßlage keinen Grund zum Widerruf bildet). Müller (DVBl 1960, 100) äußert dagegen Bedenken unter Hinweis darauf, daß eine sichere Abgrenzung, worin eine wesentliche Änderung zu erblicken sei, unmöglich sei und damit wiederum Ungewißheit in das Verfahren hineingetragen werde, die gerade vermieden werden solle. Er schließt sich Zöllner (ZPO 9. Aufl., ebenso wie 8. Aufl. § 128 Anm. 2; in der 10., nicht mehr durch den inzwischen verstorbenen ursprünglichen Verfasser bearbeiteten Auflage wird darüber allerdings nichts mehr gesagt) darin an, daß die Rechtslage ähnlich wie im Falle des § 156 ZPO (Wiedereröffnung einer mündlichen Verhandlung) zu beurteilen sei. Es komme mithin auf das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts an.

Für diese Auffassung spricht, daß die Ablehnung der Wiedereröffnung einer mündlichen Verhandlung im Falle des § 156 ZPO noch weiterreichende Folgen für die betroffenen Parteien hat, als die Behandlung des Widerrufs einer nach § 128 Abs. 2 ZPO abgegebenen Einverständniserklärung als unwirksam. Denn das nachträgliche schriftsätzliche Vorbringen einer Partei kann bei Ablehnung der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO überhaupt nicht mehr berücksichtigt werden, während es im Falle des § 128 Abs. 2 ZPO voll zu berücksichtigen ist und nur der Vortrag und die Erörterung in der mündlichen Verhandlung entfallen. Es ist schon deshalb nicht zu rechtfertigen, der Partei eine stärkere Rechtsstellung einzuräumen, wenn es um die Wirksamkeit des Widerrufs einer nach § 128 Abs. 2 ZPO erteilten Einverständniserklärung geht, als wenn es sich um

den Antrag einer Partei auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Falle des § 156 ZPO handelt.

Aber auch wenn man nicht an die zu § 156 ZPO entwickelten Rechtsgrundsätze anknüpft, kann doch jedenfalls nur eine solche Änderung der Prozeßlage als "wesentlich" und die Voraussetzungen eines Widerrufs erfüllend angesehen werden, die gerade zur Frage des Erfordernisses einer mündlichen Verhandlung in Beziehung gesetzt werden kann. Daß diese Voraussetzung hier gegeben wäre, hat die Revision nicht dargetan und ist auch sonst nicht ersichtlich:

Die vom Kläger behauptete, bereits oben in anderem Zusammenhang erörterte Erwartung eines "umfangreichen Beweisbeschlusses" stellt auch in Verbindung damit, daß der Kläger noch vor Erlaß der angefochtenen Entscheidung seinen angeblichen Irrtum bemerkt haben mag, keine rechtserhebliche Änderung der Prozeßlage dar. - Die vom Kläger in seinem Schriftsatz vom 15. April 1966 nochmals erklärte Fristsetzung bis zum 23. April 1966 war auf eine erst in Zukunft eintretende Änderung der materiellrechtlichen Situation gerichtet. Sie zwang das Berufungsgericht nicht, eine - etwa nach dem gesetzten Termin liegende - mündliche Verhandlung anzuberaumen, um dem Kläger so Gelegenheit zu geben, sich dann auf die Auswirkungen der Fristsetzung berufen zu können. - Ein Zusammenhang zwischen der Ablehnung des Antrags des Klägers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und dem Verfahren in der Hauptsache könnte allenfalls darin gesehen werden, daß dem Kläger daraufhin in besonderem Maße an einer möglichst baldigen Entscheidung

lag. Mit der Frage, ob die Entscheidung im schriftlichen Verfahren oder auf Grund mündlicher Verhandlung erging, hat dies hier jedoch nichts zu tun.

Daß das Berufungsgericht alles dies in den Entscheidungsgründen nicht im einzelnen ausgeführt, sondern nur das Ergebnis wiedergegeben hat, bedeutet nicht, daß das Berufungsurteil insoweit im Sinne des § 551 Nr. 7 ZPO nicht mit Gründen versehen wäre. Näherer Erörterungen bedurfte es hier nicht.

B.

Der Kläger geht bei seinem Hauptantrag auf Einwilligung in die Berichtigung des Grundbuchs davon aus, daß die dingliche Einigung der Parteien vor der Eintragung der Beklagten ins Grundbuch durch eine nachträgliche Vereinbarung der Parteien entfallen sei. Dem Hilfsantrag des Klägers liegt die Auffassung zugrunde, daß eine solche Vereinbarung oder jedenfalls eine auf § 326 BGB gestützte wirksame Rücktrittserklärung des Klägers die Beklagten zur Rückübereignung verpflichte. Das Berufungsgericht hat weder eine solche nachträgliche Vereinbarung noch die Voraussetzungen eines einseitigen Rücktritts des Klägers auf Grund des § 326 BGB für gegeben erachtet und deshalb außer den beiden vorstehend bezeichneten Anträgen auch den weiteren Antrag des Klägers auf Räumung und Herausgabe nicht als begründet angesehen.

Dagegen wendet die Revision sich in mehrfacher Hinsicht. Ihre Angriffe haben keinen Erfolg.

I. 1.) Sie bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichts, daß das Schreiben der Beklagten zu 2) vom 19. Oktober 1963 eine wirksame Annahme eines im Juli 1963 unterbreiteten Angebots des Klägers auf vertragliche Aufhebung des notariellen Vertrags der Parteien schon im Hinblick auf die seit dem Angebot verstrichene Zeitspanne von fast drei Monaten nicht darstelle. Dazu rügt sie, daß das Berufungsgericht unter Prozeßvorstoß (§ 286 ZPO) nicht beachtet habe einmal das Schreiben der Beklagten zu 2) vom 30. Juli 1963, in dem sie eine endgültige Stellungnahme nur wegen der zeitweisen Abwesenheit ihres Ehemannes abgelehnt habe, sodann die in dem weiteren Schreiben der Beklagten zu 2) vom 26. September 1963 enthaltene Bitte um Geduld; das Berufungsgericht habe das Schreiben des Klägers vom 15. Oktober 1963 bei Berücksichtigung dieser Schreiben so verstehen müssen, daß das bezeichnete Angebot aufrechterhalten werde.

Die Rüge greift nicht durch. Das Berufungsgericht brauchte dem Schreiben der Beklagten zu 2) vom 30. Juli 1963 nicht zu entnehmen, daß sie sich die Möglichkeit einer Annahme des Angebots des Klägers, den Kauf rückgängig zu machen, für eine derart lange Zeitspanne - nämlich bis zum Zugang ihres Schreibens vom 19. Oktober 1963 an den Kläger - hätte vorbehalten wollen. Dies gilt um so mehr, weil sie in ihrem von der Revision weiter erwähnten Schreiben vom 26. September 1963 nicht mehr auf

das Angebot des Klägers und die Frage einer Aufhebung des Vertrags zurückgekommen ist, sondern um etwas Geduld gebeten hat, "bis der Bausparbrief bei W abgewickelt" sei, und Vorschläge für eine Einigung der Parteien auf der Basis eines Preisnachlasses unterbreitet hat. Daß das unter dem Stichwort "Restzahlung" stehende Schreiben des Klägers vom 15. Oktober 1963 kein erneutes derartiges Angebot darstellt, hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf den damit übereinstimmenden Vortrag des Klägers rechtlich bedenkenfrei ausgeführt. Damit hat es zugleich verneint, daß dieses Schreiben eine Wiederholung des früheren Angebots enthält. Auch dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

2. Soweit das Berufungsgericht bei der Auslegung des Schreibens der Beklagten zu 2) vom 19. Oktober 1963 zu dem Ergebnis gelangt ist, daß dieses Schreiben kein Angebot zur vertraglichen Aufhebung des notariellen Vertrags enthält, rügt die Revision Verletzung des § 150 Abs. 1 BGB, wonach die verspätete Annahme eines Antrags als neuer Antrag gilt.

Auch mit dieser Rüge hat die Revision im Ergebnis keinen Erfolg. Zwar ist das Berufungsgericht auf die Frage der Anwendbarkeit der genannten Vorschrift nicht eingegangen. Die Begründung, mit der es die Frage, ob das Schreiben ein selbständiges Angebot enthält, verneint hat, ergibt aber, daß nach seiner Auffassung die darin enthaltene Erklärung der Beklagten zu 2) nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Verspätung, sondern auch wegen nicht behebbarer Mehrdeutigkeit seines Inhalts

nicht geeignet war, einen Aufhebungsvertrag zustandekommen zu lassen (S. 20 unten BU). Insoweit hat auch die Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht angegriffen. Das Berufungsgericht hat ferner das Antwortschreiben des Klägers vom 24. Oktober 1963 tatrichterlich dahin gewürdigt, daß der Kläger damit nicht ein - hier offenbar unterstelltes - Angebot der Beklagten zu 2) auf Vertragsaufhebung angenommen, sondern die Annahme erst für die Zukunft in Aussicht gestellt hat. Soweit die Revision demgegenüber ohne nähere Begründung meint, der Kläger habe das - nach Auffassung der Revision in dem Schreiben der Beklagten zu 2) vom 19. Oktober 1963 enthaltene - Angebot mit seinem Schreiben vom 24. Oktober 1963 "ordnungsgemäß angenommen", sucht sie die tatrichterliche Würdigung durch ihre eigene zu ersetzen. Dies ist in der Revisionsinstanz unzulässig (§ 561 Abs. 2 ZPO).

3. Das Berufungsgericht hat bei der Würdigung der Schreiben vom 19. Oktober und 24. Oktober 1963 betont, sowohl vor als auch nach diesen Schreiben hätten die Beteiligten einen umfangreichen, den notariellen Vertrag betreffenden Schriftwechsel miteinander geführt. Die beiden Schreiben - oder gar einzelne Sätze aus diesen Schreiben - dürften nicht für sich allein, losgelöst aus dem Zusammenhang, beurteilt und bewertet werden. Soweit die Revision demgegenüber als unerheblich bezeichnet, ob das spätere Verhalten der Parteien ergebe, daß diese sich "über die rechtlichen Folgen des zwischen ihnen ... zustandegeworbenen Aufhebungsvertrags nicht im klaren gewesen" seien, geht ihr Angriff ins Leere, da auch das Berufungsgericht nicht darauf abgestellt hat.

Ersichtlich hat es vielmehr im späteren Verhalten der Parteien lediglich eine Bestätigung dafür gefunden, daß sie schon vorher durch ihre Erklärungen keine Aufhebung des Vertrags zum Ausdruck gebracht hätten. Diese Ansicht unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Daß das Berufungsgericht bei der Würdigung des späteren Verhaltens der Parteien das Schreiben des Klägers vom 7. November 1963 und die darin enthaltenen Ausführungen über das Zustandekommen eines Aufhebungsvertrags durch das Schreiben der Beklagten zu 2) vom 19. Oktober 1963 nicht übersehen hat, räumt auch die Revision ein.

4. Die Revision wendet sich weiter gegen die Hilfsbegründung des Berufungsurteils, wonach die Beklagte zu 2) bei Abfassung des Schreibens vom 19. Oktober 1963 nicht auch für den Beklagten zu 1) - nicht, wie es im Berufungsurteil irrtümlich heißt, "den Beklagten zu 2)" - "handeln wollte und gehandelt hat". Das Berufungsgericht begründet dies in seiner Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme damit, daß der Beklagte zu 1) die Beklagte zu 2) zwar stillschweigend bevollmächtigt habe, die laufenden Verhandlungen für ihn zu führen, nicht aber darüberhinaus auch dazu, Vereinbarungen von derart einschneidender Bedeutung, wie sie der Aufhebung des notariellen Vertrags zukomme, in seinem Namen abzuschließen. - Da in der Frage der vertraglichen Aufhebung des notariellen Vertrags die oben erörterte Hauptbegründung das angefochtene Urteil trägt, kommt es auf die Hilfsbegründung und die dagegen gerichteten Revisionsangriffe nicht an. Es sei jedoch bemerkt, daß die Frage, ob die Beklagte zu 2) im

Namen auch des Beklagten zu 1) gehandelt hat, von der Frage zu trennen ist, ob ihr - wenn dies der Fall war - durch den Beklagten zu 1) eine entsprechende Vollmacht erteilt war. Aus der Verwendung der "wir"-Form in dem Schreiben der Beklagten zu 2) vom 19. Oktober 1963 brauchte das Berufungsgericht jedenfalls für die Frage der Vollmachterteilung keine Schlüsse zu ziehen. Die weiteren in diesen Zusammenhang vorgetragenen Revisionsangriffe sind teils auf neues Vorbringen gestützt, teils gegen die tatrichterliche Würdigung gerichtet. Sie sind daher in der Revisionsinstanz unzulässig (§ 561 Abs. 1 und 2 ZPO).

5. Das Berufungsgericht hat frei von Rechtsirrtum auch die Voraussetzungen einer vollzogenen Wandlung (§ 465 EGB) nicht für gegeben erachtet. Insoweit erhebt auch die Revision keine Bedenken.

II. 1.) Der durch den Kläger hilfsweise mehrfach erklärte Rücktritt vom Vertrage (§ 326 EGB) ist nach Auffassung des Berufungsgerichts wirkungslos: In seinem Schreiben vom 7. November 1963 habe der Kläger keine zu den Voraussetzungen eines solchen Rücktritts gehörende Frist gesetzt. In der Berufungsbegründung und in seinem Schriftsatz vom 15. April 1966 habe er dann zwar die Fristsetzung nachgeholt. Dabei habe er aber entweder Zahlung des Restbetrags verlangt, worauf er nach dem notariellen Vertrag keinen Anspruch habe, oder - wie in dem Schriftsatz vom 15. April 1966 - nicht klargestellt, was er unter der "geschuldeten Leistung" verstehe. Nach dem notariellen, in diesem

Zusammenhang auf § 416 EGB hinweisenden Vertrag gelte der streitige Restbetrag in Höhe von 6 000 DM als "dadurch getilgt, daß der Käufer anstelle des Verkäufers von der auf dem Gesamtobjekt eingetragenen Hypothek in Höhe von 114 000 DM ... einen Betrag von 6 000 DM samt den zugrunde liegenden gleichhohen Forderungen ... mit Wirkung vom Tage der Übergabe der Vertragswohnung an zur Verzinsung und Bezahlung" übernehme. Diese Leistung hätten die Beklagten niemals verweigert. Zur Leistung der laufenden Zins- und Tilgungsraten für den Teilbetrag von 6 000 DM seien sie durch den Kläger nie aufgefordert worden. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob den Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zustehe, weil, wie sie geltend machen, der Kläger seinen vertraglichen Pflichten nicht nachgekommen sei, und sie darüber getäuscht habe, daß die Lokalbaukommission die Benutzung der Räume zu Wohnzwecken nur widerruflich gestattet habe.

2. Bei ihren Angriffen gegen diese Ausführungen geht die Revision - insoweit zutreffend - davon aus, daß das Erfordernis einer Fristsetzung nach § 326 BGB unter andern dann entfällt, wenn der Schuldner die Vertragserfüllung bestimmt, ernstlich und endgültig verweigert (vgl. RGZ 102, 262; 109, 234, 236; 129, 143, 146). Die Fristsetzung wäre in solchen Fällen eine nutzlose und entbehrliche Förmlichkeit. Dies hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt. Es hat aber eine Verweigerung dieser Art hier nicht für gegeben erachtet. Demgegenüber macht die Revision geltend, die Beklagten hätten durch die Begründung ihrer Leistungsverweigerung - arglistige

Täuschung durch den Kläger sowie Aufrechnung mit Minderungs- oder Schadensersatzansprüchen - ihren Willen zum Ausdruck gebracht, die vertraglich geschuldete Leistung auf keinen Fall mehr zu erbringen.

Auch dieser Angriff der Revision geht fehl. Bei der Prüfung der Frage, ob eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsweigerung auf seiten des Schuldners vorliegt, ist ein strenger Maßstab anzulegen; die Zwecklosigkeit einer Nachfrist muß außer Zweifel gestellt sein (BGH-Urteil vom 11. Januar 1961, VIII ZR 86/60, LM BGB § 326 - D c - Nr. 2 mit weiteren Nachweisen). Ob dies hier der Fall ist, erscheint schon deshalb fraglich, weil die Beklagten noch in dem laut Tatbestand des Berufungsurteils abschließenden Schreiben vom 10. April 1964 zwar gegenüber der Restforderung des Klägers Minderung geltend gemacht, in übrigen aber auch betont haben, sie wollten die Wohnung behalten. Auch kommt im Schlußabsatz des Schreibens die Bereitschaft zu weiteren Verhandlungen jedenfalls über einen etwaigen Wohnungstausch zum Ausdruck.

Davon abgesehen kann die Revision mit ihrem Angriff im Ergebnis schon aus folgenden Gründen keinen Erfolg haben: Der Streit der Parteien ging nicht um die gesamte den Beklagten obliegende, zum weitaus größten Teil schon erbrachte vertragliche Leistung, sondern nur um einen Restbetrag. Dem Gläubiger stehen die Rechte aus § 326 EGB auch beim Verzug des Schuldners nur mit einer Teilleistung dann zu, wenn infolge des Teilverzugs sein

Interesse an der Vertragserfüllung entfällt (BGB RGRK 11. Aufl. § 326 Anm. 7; Staudinger/Kaduk, BGB 10./11. Aufl. § 326 Nr. 80). Bei einer auf Erfüllungsweigerung des anderen Vertragspartners gestützten Geltendmachung der Rechte aus § 326 BGB kann nichts anderes gelten. Ein wirksamer Rücktritt des Klägers nach § 326 BGB würde hiernach auch voraussetzen, daß sein Interesse an der Erfüllung des Vertrags infolge der Leistungsweigerung der Beklagten weggefallen ist. Daß diese Voraussetzungen hier vorgelegen hätte, ist aber den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen und wird auch von der Revision nicht geltend gemacht. Dies geht zu Lasten des Klägers, dem dafür die Darlegungs- und Beweislast obliegt.

III. Das Berufungsgericht hat abschließend ausgeführt, daß es "an den rechtlichen Voraussetzungen für ein erfolgreiches Durchgreifen des Haupt- und Hilfsantrags" fehle. Deshalb erübrige sich die Erörterung der Frage, ob den Anträgen des Klägers "in der gestellten Form" hätte stattgegeben werden können. Weshalb, wie die Revision meint, eine solche Erörterung schon deshalb erforderlich gewesen wäre, weil der Kläger seinen Berufungsantrag zu Ziffer 2 noch näher präzisiert habe, ist nicht ersichtlich.

C.

Das angefochtene Urteil weist auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Klägers auf. Seine Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Mattern

Hill

Dr. Grell