

052
33
V ZR 159/54

V e r k ü n d e t

am 28. März 1956
Hoffmeister, Just.Ang.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Chenischen Fabrik J. [REDACTED] GmbH, vertreten durch
ihren alleinigen Geschäftsführer Erwin G. [REDACTED],
H. [REDACTED], früher A. [REDACTED]

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

der Rechtsanwalt Willy S. [REDACTED] H. [REDACTED], J. [REDACTED]
[REDACTED] als Testamentsvollstrecker des Nach-
lasses nach dem am [REDACTED] 1923 in H. [REDACTED] verstorbenen
Kaufmann Edwin Alexander R. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. März 1956 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Hückinghaus, Schuster, Dr. Großmann,
Dr. Dorschel und Dr. Rothe

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des
6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg vom 24. Juni 1954
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen. Diesem wird auch die
Entscheidung über die Kosten der Revisions-
instanz übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Testamentsvollstrecker des am [REDACTED] 1923 verstorbenen Weinhändlers Alexander R. [REDACTED] in Hamburg. Zum Nachlaß gehörte das inzwischen anderweit verkaufte Grundstück H. [REDACTED], A. [REDACTED]. Als Eigentümer dieses Besitzes, und zwar als Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft, waren im Grundbuch von E. [REDACTED] Band [REDACTED], Blatt 2 [REDACTED] Margarethe und Elisabeth R. [REDACTED] eingetragen.

Durch Vermittlung des Hausmaklers von der M. [REDACTED] verkaufte der Kläger das bezeichnete Grundstück durch notariell beurkundeten Vertrag vom 14. Juli 1953 an die Beklagte. Als Kaufpreis war ein Betrag von 35.000 DM vereinbart. Davon sollten 23.000 DM gestundet und als Restkaufgeld hypothekarisch sichergestellt werden. DM 649,28 sollten durch Übernahme einer entsprechenden Grundstücksbelastung durch die Beklagte als getilgt gelten. 2.000 DM waren vor oder bei Abschluß des Vertrages an die genannte Makler-Firma als Treuhänderin in bar bezahlt. Dieser Betrag mußte zur Auszahlung an den klagenden Testamentsvollstrecker freigegeben werden, sobald die Wohnsiedlungsgenehmigung erteilt war. Über die restlichen 9.350,72 DM heißt es in dem Vertrag wörtlich:

"Sie werden fällig, sobald die Wohnsiedlungsgenehmigung erteilt ist und zwar innerhalb von sieben Tagen. Der Betrag ist zu überweisen an Herrn Rechtsanwalt Willy S. [REDACTED] (= Testamentsvollstrecker) - Anderkonto R. [REDACTED] Nachlaß - bei der Norddeutschen Bank in H. [REDACTED]. Sollte der Betrag nicht innerhalb von sieben Tagen eingegangen sein, ist der Kaufvertrag nichtig. Die Anzahlung von 2.000 DM verfällt in diesem Falle dem Verkäufer, ohne daß es des Nachweises eines Schadens auf Seiten des Verkäufers bedarf. Weitere Schadensersatzansprüche bleiben unberührt."

Im Vertrag ist weiter bestimmt, daß mit der Beurkun-

dung des Vertrages die Gefahr und mit dem 1. August 1953 die Nutzungen auf die Beklagte übergangen, während bis zu diesem Tage der Verkäufer für die gewöhnliche Instandsetzung zu sorgen hatte. Die gesamten Vertragskosten hatte die Beklagte zu tragen. Auflassung ist erfolgt, jedoch nicht die Eintragung der Käuferin im Grundbuch.

Die Beklagte hat das Grundstück in Besitz genommen, auch unstreitig eine Reihe von Räumen herrichten und eine größere Fläche mit einem Kunstharzfußboden versehen lassen. Die Wohnsiedlungsgenehmigung ist erteilt. Die 2.000 DM sind freigegeben; die 9.350,72 DM sind jedoch nicht gezahlt.

Unter dem 7. August 1953 hat die Beklagte zugunsten des Klägers der Norddeutschen Bank H. [REDACTED] einen unwider-
ruflichen Zahlungsauftrag über 12.000 DM "aus dem Erlös
ihr dort eröffneter Dollar-Akkreditive" erteilt. Aus dem
Auftrag ergibt sich, daß eine Deckungsanzeige für die
Akkreditive noch nicht eingegangen war. Der Kläger hat
den Auftrag mit Schreiben vom 15. August 1953 an die
Beklagte zurückgegeben mit dem Bemerken, daß er mit Rück-
sicht darauf, daß über den Zeitpunkt des Transfers nichts
Bestimmtes gesagt werden könne, erst mit den Erben Rück-
sprache nehmen müsse. Am 19. August 1953 hat er dem Ge-
schäftsführer der Beklagten geschrieben, daß er, weil es
nach seiner telefonischen Erklärung ungewiß sei, wann
ein Erlös aus den Akkreditiven zur Verfügung stehen werde,
als Testamentvollstrecker darauf hinweisen müsse, daß
der Kaufvertrag nach der in ihm enthaltenen Bestimmung
hinfällig geworden sei, daß sich die Beklagte demnach
ohne Rechtsgrund in dem Grundstück befinde und das Grund-
stück wieder räumen müsse. Er wolle aber die Angelegenheit
noch einige Tage in der Schwebe lassen, um der Beklagten
Gelegenheit zu geben, den fälligen Betrag zu beschaffen.
Zahlung müsse aber bis spätestens 26. August 1953 erfol-
gen; andernfalls müsse er darauf bestehen, daß die



Beklagte das Grundstück unverzüglich räume, da der Kaufvertrag hinfällig sei. Mit Schreiben vom 24. August 1953 hat die Beklagte geantwortet, sie habe sowohl bei den Verhandlungen beim Hausmakler als auch anlässlich der Notariatsverhandlungen bei dem Kauf ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß sie mit dem Eingang von Geldern aus Akkreditiven rechnen müsse, daß sie notfalls auch die Zahlung durch eine Zahlungsanweisung aus dem Akkreditiv ausgleichen wolle. Der Kläger habe sich mit diesem Vorschlag einverstanden erklärt. Wenn er jetzt, weil für den Eingang des Geldes kein fester Termin zu geben sei, erkläre, daß er mit dieser Art der Zahlung nicht einverstanden sei, so müsse sie bitten, ihr eine angemessene Frist für die Beschaffung des Geldes einzuräumen. Unter dem 26. August 1953 hat der Kläger der Beklagten zu Händen ihres Geschäftsführers Gensick eine Unterredung vom gleichen Tage dahin bestätigt, er sehe sich nicht in der Lage, die im Kaufvertrag eingeräumte Frist zur Bezahlung des Betrages von 9.350,72 DM erneut zu verlängern, so daß die Beklagte nunmehr zur Räumung verpflichtet sei. Es wäre vereinbart, daß die Räumung bis zum Ablauf des 31. August 1953 durchgeführt werde. Er sei andernfalls beauftragt, unverzüglich Räumungsklage zu erheben. Es sei keineswegs so, daß die Einhaltung der im § 2 des Vertrages vorgesehenen Frist von einer Woche davon abhängig sein sollte, daß die Beklagte den zu zahlenden Betrag aus dem Akkreditiv erhalten würde. Der Eingang dieses Geldes sei weder Vertragsinhalt noch Voraussetzung geworden. Die vom Kläger erbetene Bestätigung dieses Schreibens durch die Beklagte ist nicht erfolgt, aber auch kein Widerspruch.

Am 7. September 1953 hat der Kläger die vom 1. September 1953 datierte Räumungsklage eingereicht. Sie ist der Beklagten am 14. September 1953 zugestellt worden. Inzwischen hatte die Beklagte mit Schreiben vom 8. September 1953 unter Bezugnahme auf eine Unterredung mit dem

Kläger diesem mitgeteilt, leider habe sich das Geld nicht so schnell flüssig machen lassen; sie habe heute die bestimmte Zusage bekommen, daß sie innerhalb von vier Tagen über das Geld verfügen könne und entsprechend bis Sonnabend das Geld bei der Norddeutschen Bank einzahlen werde. Eine Zahlung ist nicht erfolgt.

Am 21. September 1953 hat die Beklagte der Hamburger Kreditbank einen unwiderruflichen Zahlungsauftrag über 9.650,72 DM an den Kläger "aus ihrem Akkreditiv" erteilt. In dem Auftrag heißt es, der Betrag sei sobald als möglich nach Lieferung von sechs Bauwinden der Firma Schiess de Fries auszusahlen. Mit Schreiben vom 23. September an die Beklagte hat der Kläger jedoch erklärt, es sei ihm als Testamentsvollstrecker unmöglich, sich mit dem Vorschlag der Beklagten einverstanden zu erklären; er müsse auf Räumung bestehen und grundsätzlich darauf hinweisen, daß er sich niemals, insbesondere nicht bei den Verhandlungen beim Notar, damit einverstanden erklärt habe, daß er einen Zahlungsauftrag als Zahlung im Sinne der Kaufvertragsbestimmungen ansehen würde. Er habe lediglich erklärt, daß die Beklagte ihm zum mindesten einen Zahlungsauftrag geben müßte und daß er bei einer geringen Überschreitung der im Kaufvertrag vorgesehenen Frist nicht engherzig verfahren würde. Alle in der zurückliegenden Zeit von der Beklagten gegebenen Versprechungen, die Angelegenheit zu regeln, seien nicht innegehalten worden. Es sei ein weiterer Monat verstrichen, ohne daß Erledigung erfolgt wäre. Der Zahlungsauftrag ist am gleichen Tag oder einen Tag später vom Kläger zurückgegeben.

Im Oktober haben noch Verhandlungen wegen des Abschlusses eines neuen oder Änderung der Bedingungen des alten Kaufvertrages geschwebt, die jedoch zu keinem Ergebnis geführt haben.

Der Kläger hat seine Klage auf Eigentum der Erben gestützt und vorgetragen, die Beklagte befände sich, nachdem der Kaufvertrag infolge der Nichtzahlung des Kaufpreises hinfällig geworden sei, ohne rechtlichen Grund im Besitz des Grundstücks. Er hat im ersten Rechtszug beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, die auf dem Grundstück A [REDACTED] von ihr benutzten Kontor- und Betriebsräume, Garage sowie Hofplatz, sämtlich belegen im Keller, Erd- Ober- und Dachgeschoß des Gebäudeteils rechts vom Haupteingang, an den Kläger herauszugeben.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Sie hat geltend gemacht, die Verfallklausel sei unwirksam; wenn der Kaufvertrag nichtig sei, wären es auch die weiteren Vereinbarungen. Der Kläger müsse ihr deshalb die 2.000 DM zurückzahlen, auch müsse er ihr die umfangreichen Verwendungen, die sie auf dem Grundstück gemacht habe, ersetzen. Das Grundstück habe ohne die vorgenommenen Arbeiten wirtschaftlich nicht genutzt werden können. Ihre Aufwendungen hat die Beklagte mit 3.905,40 DM beziffert, davon 1.175 DM für das Anbringen eines Kunstharzfußbodens über dem Zementfußboden. Bei allen Aufwendungen handle es sich um Wertverbesserungen.

Sie hat im ersten Rechtszuge erklärt, sie sei bereit, das Grundstück Zug um Zug gegen Zahlung der 2.000 DM Anzahlung und der 3.905,40 DM Aufwendungen herauszugeben.

Der Kläger hat bestritten, daß der Verkaufswert des Grundstücks durch die Aufwendungen erhöht sei. Es habe sich lediglich um gewöhnliche Instandsetzungsarbeiten gehandelt, die die Beklagte auf eigene Gefahr vorgenommen habe. Die 2.000 DM seien endgültig verfallen.

Vorsorglich hat er gegenüber den Ansprüchen der Be-

klagten aufgerechnet mit dem ihm nach seiner Behauptung durch die Vorenthaltung des Grundstücks entstandenen und weiter laufend entstehenden Mietausfall, den er nach dem früher erzielten Mietzins mit monatlich 500 DM und außerdem mit vierteljährlich noch weiteren 20 DM beziffert hat, sowie mit einem Betrage von 260,83 DM Notarkosten, die die Beklagte nach dem Vertrage zu zahlen verpflichtet gewesen sei, aber nicht gezahlt habe, so daß er sie habe zahlen müssen.

Er hat schließlich noch vorgetragen, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wäre eine unzulässige Rechtsausübung.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Herausgabe verurteilt.

Die Beklagte hat Berufung eingelegt. Im Laufe des Berufungsverfahrens ist ihr (am 24. Mai 1954) im Wege der Zwangsvollstreckung der Besitz des Grundstücks entzogen.

Sie hat in der Berufungsinstanz zunächst nur vorge-
tragen, das Landgericht habe ihr die 2.000 DM zu Unrecht
abgesprochen. Die Nichtigkeit könne nur die Nichtigkeit
des ganzen Vertrages umfassen. Bei den von ihr vorgenom-
menen Arbeiten habe es sich um notwendige Verwendungen gehan-
delt, durch die das Grundstück erheblich verbessert worden
sei, was sich auch daraus ergebe, daß der Kläger es am
25. April 1954 anderweit für 40.000 DM habe verkaufen
können.

Schließlich hat sie auch behauptet, das Räumungs-
begehren sei unbegründet und zwar einmal, weil der Kauf-
preis noch gar nicht fällig gewesen sei, und weil der
Kläger die angebotene Zahlung nicht angenommen und sich
damit selbst in Annahmeverzug befunden habe. Der Geschäfts-
führer der Beklagten habe vor und bei Abschluß des

Vertrages ausdrücklich darauf hingewiesen, daß er den Abschluß nur unter der Bedingung einging, daß die Zahlung des Kaufpreises für das Grundstück aus der Forderung des bei der Hamburger Kreditbank und der Norddeutschen Bank in H. [REDACTED] eröffneten Akkreditivs Nr 53/53284 bewirkt werden könne und müsse. Damit sei der Kläger auch einverstanden gewesen, so daß der Vertrag unter der Bedingung geschlossen sei, daß die Zahlung aus dem türkischen Akkreditiv erfolgen solle. Eine der Miterbinnen habe selbst gesagt, ihre einzige Sorge sei die Vereinbarung mit dem Akkreditiv, da nicht feststehe, wann der Betrag aus diesem gezahlt werden könne. Da der Kläger sowohl die Zahlungsanweisung vom 7. August 1953 über 12.000 DM, wie einen unwiderruflichen Zahlungsauftrag vom 21. September 1953 und schließlich auch einen Barscheck vom 12. Oktober 1953 zurückgegeben habe, sei er in Annahmeverzug gekommen.

Die Beklagte hat im zweiten Rechtszug beantragt,
das Urteil des Landgerichts aufzuheben und
die Klage abzuweisen, hilfsweise sie nur Zug
um Zug gegen Zurückzahlung von 2.000 DM und
Erstattung von 3.905,40 DM zur Räumung zu
verurteilen.

Der Kläger hat beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Er ist dem Vorbringen der Beklagten entgegengetreten und hat vorgetragen, die Beklagte habe allein an Nutzungsentschädigung bis zur Räumung mehr als 4.500 DM zu zahlen gehabt.

Er hat bestritten, daß bei Kaufabschluß Zahlung aus dem türkischen Akkreditiv zur Bedingung gemacht gewesen sei. Erst nach Beurkundung des Vertrages habe der

Geschäftsführer der Beklagten ihm gegenüber geäußert, daß er den zu zahlenden Barbetrag möglichst aus dem erwähnten Akkreditiv zu zahlen beabsichtige. Er habe daraufhin lediglich erwidert, daß er ihm dann mindestens einen entsprechenden Zahlungsauftrag geben müsse. Bei einer geringen Fristüberschreitung werde er nicht engherzig sein. Das Schreiben vom 7. August 1953 (Zahlungsauftrag an die Norddeutsche Bank) habe er zurückgegeben, weil die Zahlungszeit völlig ungewiß gewesen sei und sich die Erben nicht auf eine Verlängerung der Zahlungsfrist hätten einlassen wollen. Trotzdem habe er der Beklagten unter Hinweis auf ihre Räumungspflicht noch mit Schreiben vom 19. August 1953 eine letzte Frist bis zum 26. August 1953 gegeben. An diesem Tage habe der Geschäftsführer der Beklagten anerkannt, daß der Vertrag hinfällig sei und daß er räumen müsse.

Auch in der Folgezeit sei es zu keiner Einigung gekommen und der Verzug der Beklagten nicht beseitigt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung nach Beweisaufnahme wegen der Aufwendungen zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte Aufhebung des angefochtenen Urteils und Abweisung der Klage, hilfsweise Verurteilung nur Zug um Zug gegen Rückzahlung von 2.000 DM und Erstattung von weiteren 3.905,40 DM, hilfsweise Aufhebung und Zurückverweisung.

Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Verurteilung zur Herausgabe stützt das Berufungsgericht auf § 985 BGB. Es ist der Auffassung, daß die

Beklagte jedenfalls nicht mehr auf Grund des notariellen Kaufvertrages zum Besitz (nach § 986 BGB) berechtigt gewesen sei, nachdem dieser Vertrag infolge Nichtzahlung des Barbetrages von 9.350,72 DM - weder innerhalb der vertraglichen noch binnen der mit Schreiben vom 19. August 1953 bis zum 26. August 1953 nachgelassenen Frist - unwirksam geworden sei. Es läßt dahingestellt, ob die Parteien bei Abschluß des Vertrages eine Vereinbarung des Inhalts getroffen hätten, daß die Zahlung nur aus dem türkischen Akkreditiv geleistet werden konnte und sollte; denn diese Abmachung wäre jedenfalls mangels Form unwirksam. Darauf, ob das Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge gehabt hätte (§ 139 BGB), soll es nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht ankommen, weil die Beklagte aus dem gültigen Vertrag Rechte herleiten wolle. Ein nachträgliches Einverständnis des Klägers mit der Zahlung aus dem Akkreditiv, d.h. eine Stundung des Kaufpreises bis zur Zahlung aus dem Akkreditiv, nimmt das Berufungsgericht nicht an; dafür bezieht es sich auf den Schriftwechsel der Parteien, insbesondere die Schreiben des Klägers vom 15., 19. und 26. August 1953, aus dem es auch schließt, daß der Geschäftsführer der Beklagten seine Räumungspflicht bis zum 31. August 1953 anerkannt habe. Einen Annahmeverzug des Klägers hat es verneint.

Im Ergebnis ist diesen Ausführungen des Berufungsgerichts - abgesehen von der besonders zu behandelnden Frage, ob der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund der §§ 273, 1000 BGB zugestanden hat - dahin beizutreten, daß sich die Beklagte hier gegenüber der auf Eigentum gestützten Herausgabeklage des Klägers als Testamentsvollstrecker (§§ 985, 2212 BGB) auf ein Recht zum Besitz im Sinne von § 986 BGB nicht berufen kann. Ein solches Recht gibt allerdings auch ein Kaufvertrag (RGZ 138, 298), den der Testamentsvollstrecker abzuschließen berechtigt war (§§ 2205, 2206 BGB). Das setzt

aber voraus, daß der Vertrag rechtswirksam gewesen und geblieben ist.

Daß der notarielle Vertrag - seine ursprüngliche Gültigkeit unterstellt - "unwirksam geworden sei", entnimmt das Berufungsgericht dem § 2 dieses Vertrages, in dem es heißt, daß bei Nichtzahlung des Betrages von 9.350,72 DM innerhalb von sieben Tagen nach Erteilung der Wohnsiedlungsgenehmigung der Vertrag "nichtig" sei. Was diese Bestimmung rechtlich bedeutet, untersucht das Berufungsgericht zwar nicht an dieser Stelle. Es führt aber bei der Behandlung der Frage, ob der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zustehe, aus, daß es sich bei dem § 2 des Vertrages um eine "Verwirklichung der Vertragsrechte bei Nichterfüllung der Zahlungspflicht" handle. Ob das Berufungsgericht der Meinung gewesen ist, daß der Vertrag mit der Nichtzahlung dieser Summe "automatisch" nichtig oder unwirksam geworden ist - nach § 360 BGB gilt eine Verwirkungsklausel nur als Rücktrittsvorbehalt -, ist seinem Urteil nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Es kommt aber darauf in diesem Zusammenhang auch nicht entscheidend an; denn das Berufungsgericht nimmt in den Entscheidungsgründen ausdrücklich und mehrfach auf das Schreiben des Klägers vom 19. August 1953 Bezug, in dem dieser der Beklagten Fristverlängerung bis zum 26. August 1953 gewährt hat mit dem Bemerken, daß er anderenfalls auf unverzüglicher Räumung bestehen müsse, da der Kaufvertrag hinfällig sei. Darin läge die Erklärung des Rücktritts vom Vertrage, so daß die Beklagte gemäß § 346 BGB verpflichtet wäre, den ihr nur auf Grund des Kaufvertrages eingeräumten Besitz zurückzugewähren.

Zu Unrecht rügt die Revision, soweit die grundsätzliche Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe in Betracht kommt, Verletzung des § 286 ZPO durch das Berufungsgericht, weil dieses nicht aufgeklärt habe, ob die

behauptete Abrede über die Bezahlung des Kaufpreises nur aus dem Akkreditiv bei oder vor Abschluß des Vertrages getroffen sei oder nicht. Die Revision führt dazu selbst aus, daß bei der Wichtigkeit gerade dieser Zahlungsabrede für die Beklagte alsdann unter dem Gesichtswinkel von § 139 BGB die Unwirksamkeit (gemeint Nichtigkeit) des Gesamtvertrages nach § 313 BGB anzunehmen wäre. War aber der Kaufvertrag von vornherein nichtig, dann hatte die Beklagte überhaupt kein Recht zum Besitz; denn dieses Recht setzt einen gültigen Kaufvertrag voraus.

Der Revision ist auch darin nicht beizutreten, daß das Berufungsgericht im Rahmen der Prüfung, ob eine nachträgliche Stundung des Kaufpreises, bis die Beklagte ihn aus dem Akkreditiv zahlen konnte, vereinbart ist, Beweis darüber hätte erheben müssen, ob ursprünglich eine solche Vereinbarung getroffen werden sollte. Das Berufungsgericht lehnt die Annahme des Zustandekommens einer nachträglichen Vereinbarung unter Bezugnahme auf den Schriftwechsel aus tatsächlichen Erwägungen ab. Inwiefern es dabei zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können, wenn es die im Schriftsatz vom 31. Mai 1954 S 2 f angebotenen Beweise - nur insoweit ist eine Prozeßrüge aus § 286 ZPO geltend gemacht - erhoben hätte, ist nicht ersichtlich. In diesem Schriftsatz hat die Beklagte aaO unter Bezugnahme auf das Zeugnis des Angestellten W. der Maklerfirma von der Meden und ihres Geschäftsführers G. der im übrigen nur als Partei hätte gehört werden können, nur unter Beweis gestellt, ihr Geschäftsführer habe vor und beim Abschluß des Vertrages ausdrücklich darauf hingewiesen, daß er den Abschluß des Vertrages nur unter der Bedingung eingehe, daß der Kaufpreis für das Grundstück aus seiner Forderung aus dem bei der Hamburger Kreditbank und der Norddeutschen Bank in H. eröffneten Akkreditivs Nr 53/53284 erfolgen könne und müsse. Darüber, was der Kläger

dazu gesagt hat, ist an dieser Stelle keine Behauptung aufgestellt. Ob ein bloßes Schweigen des Klägers zu einer entsprechenden Vereinbarung hätte führen können, mag dahingestellt bleiben. Aber auch wenn sie als getroffen anzusehen wäre, wäre sie, wie auch das Berufungsgericht angenommen hat, als eine die Gegenleistung des Erwerbers betreffende Abrede, die nach dem Willen der Parteien zur Zeit des förmlichen Vertragsabschlusses einen Teil des Vertrages ausmachen sollte (RGR Komm. 10. Aufl. zu § 313 Anm 2), nicht rechtswirksam getroffen. Das verkennt auch ersichtlich die Revision nicht, die selbst davon ausgeht, daß unter Umständen sogar der gesamte Kaufvertrag von der Nichtigkeit dieser Abrede ergriffen ist. Aber auch wenn letzteres nicht der Fall wäre, so könnte dem Kläger doch nicht verwehrt werden, sich auf die Nichtigkeit der Abrede zu berufen. Er wäre insbesondere auch nicht verpflichtet, sich nachträglich auf eine so weitgehende Stundung einzulassen. Dafür, daß sein Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt, wie die Revision unter Bezugnahme auf § 242 BGB meint, liegt kein Anhalt vor. Die Beklagte hat selbst nicht vorgetragen, daß etwa die Nichtaufnahme der behaupteten Abrede in den notariellen Vertrag durch den Kläger veranlaßt ist. Allenfalls könnte der Kläger nach Treu und Glauben verpflichtet sein, der Beklagten noch eine Nachfrist zu gewähren. Das hat er in dem vom Berufungsgericht angezogenen, schon mehrfach erwähnten Schreiben vom 19. August 1953 mit Fristsetzung bis 26. August 1953 getan. Ob diese Frist nicht doch etwas zu kurz war, kann dahingestellt bleiben. Der unstreitige Schriftwechsel ergibt eindeutig, daß das Geld aus dem Akkreditiv auch im September 1953 noch nicht zur Verfügung stand, sonst würde die Beklagte dem Kläger am 21. September 1953 nicht wieder nur einen unwiderruflichen Zahlungsauftrag gegeben haben, aus dem nicht einmal ersichtlich ist, daß das Geld nun wirklich in Kürze zur Verfügung stand.

Das Berufungsgericht hat danach mit Recht dem Hauptantrag der Beklagten in der Berufungsinanz, die Klage abzuweisen, nicht entsprochen.

II.

Anders liegt die Sache, soweit das Berufungsgericht auf den Hilfsantrag der Beklagten verneint hat, daß ihr ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund des § 273 BGB und der §§ 1000, 994, 996 BGB zur Seite steht.

1. Einen Anspruch auf Rückzahlung der 2.000 DM soll die Beklagte nach den Ausführungen des Berufungsgerichts deshalb nicht haben, weil § 2 des Vertrages eine echte Verwirkung der Vertragsrechte bei Nichterfüllung der Zahlungspflicht enthalte. Das folge schon daraus, daß die Parteien den Begriff "Nichtigkeit" verwendet hätten, der mit Sicherheit darauf hindeute, daß weitergehende Folgen als die von einem Rücktritt ausgelöst werden wollten gewesen seien. Die Verfallklausel sei demnach als ein Strafversprechen im Sinne der §§ 339 ff BGB zu erachten. Dieses sei nicht deshalb unwirksam, weil der Kaufvertrag nichtig geworden sei. Die Verfallklausel wäre vorgesehen für den Fall der Nichterfüllung. Der Kaufvertrag wäre also anfangs gültig gewesen. Auf diesen Fall wären die Grundsätze von Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften nicht anwendbar. Es seien ferner keine Gründe ersichtlich, die das Strafversprechen nach § 138 BGB als nichtig oder die Rechtsausübung gemäß § 242 BGB als unzulässig erscheinen ließen. Die Höhe der versprochenen Vertragsstrafe stehe mit dem übergebenen Objekt und der Höhe des vereinbarten Kaufpreises im Einklang. Der Kläger habe bei einem Scheitern des Geschäftes mit einem erheblichen Schaden rechnen müssen. Dafür, daß er die Lage der Beklagten unangemessen und unbillig ausgenutzt oder sich über deren Belange hinweggesetzt habe, lägen keine Anhaltspunkte vor.

Die Vertragsverletzung sei auch nicht so geringfügig, daß es dem Kläger versagt werden müsse, sie geltend zu machen. Da die Beklagte Kaufmann sei, komme auch eine Herabsetzung der Strafe, abgesehen davon, daß sie nicht unverhältnismäßig hoch sei, nicht in Betracht (§§ 343 BGB, 348, 344 HGB). Der Kläger könne deshalb die 2.000 DM als Mindestbetrag seines Schadens einbehalten; denn die Beklagte habe die Nichterfüllung zu vertreten. Sie sei dem Kläger nach dem weiteren Inhalt des Kaufvertrages, der alle Schadensersatzansprüche vorbehalte, zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet.

Diese Ausführungen lassen, die ursprüngliche Gültigkeit des notariellen Vertrages unterstellt, wie auch die Revision nicht verkennt, einen die Entscheidung des Berufungsgerichts insoweit beeinträchtigenden Rechtsirrtum nicht erkennen (RGZ 68, 42, Palandt 15. Aufl. zu § 360 Anm 1 b, RGR Komm 10. Aufl. zu § 350 Anm 1). Zutreffend weist aber die Revision darauf hin, daß das Berufungsgericht, das auf Seite 9 seines Urteils unter Bezugnahme auf § 139 BGB selbst davon ausgeht, daß der ganze Vertrag wegen der behaupteten weitgehenden Stundungsabrede möglicherweise als nichtig zu erachten wäre, diese Frage wegen der 2.000 DM, die die Beklagte zurückverlangt, abschließend hätte prüfen müssen. Ein Recht zum Besitz könnte die Beklagte zwar nur aus einem gültigen Kaufvertrag herleiten. War aber der Kaufvertrag ungültig, dann war es auch die Verwirkungsklausel, und die Beklagte kann die 2.000 DM nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 ff BGB) zurückfordern. Daß die Beklagte sich früher nicht ausdrücklich auf Nichtigkeit des Vertrages wegen der behaupteten weitgehenden Stundungsabrede berufen hat, sondern Nichtigkeit der Verwirkungsklausel aus anderen - nicht durchschlagenden - Gründen geltend gemacht hat, ist hier unerheblich. Gegenüber einer Klage

auf Herausgabe ist es eine zulässige Verteidigung, wenn sich die Beklagte auf ein Recht zum Besitz beruft, weil ein gültiger Kaufvertrag vorliege, und, wenn sie hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht für den Fall der Nichtigkeit des Vertrages geltend macht, wenn in Erfüllung des nichtigen Vertrages Zahlungen ohne Rechtsgrund geleistet sind. Daß der rechtliche Zusammenhang im Sinne von § 273 BGB für die beiderseitigen Ansprüche aus nicht zustandekommenen oder nichtigen Verträgen gegeben ist, ist ständige Rechtsprechung (RGZ 108, 336, Palandt 15. Aufl Anm 4 zu § 273).

Der von dem Revisionsbeklagten vertretenen Meinung; das Vorderurteil lasse auf Seite 9 die Frage der angeblichen Nichtigkeit des Vertrages wegen der Nebenabrede, daß Zahlung aus dem türkischen Akkreditiv geleistet werden solle, nicht dahingestellt, ist nicht beizutreten. Wenn es aaO heißt, "ob die Parteien eine Abrede dieses Inhalts gewollt haben, möge auf sich beruhen" und "es käme auch nicht darauf an, ob letzterenfalls der Vertrag insgesamt als nichtig zu erachten wäre (§ 139 BGB)", so kann das nur bedeuten, daß der Vorderrichter beide Fragen nicht abschließend entscheiden, also dahingestellt lassen wollte. Das konnte er in dem Zusammenhang, in dem er dies erörtert hat, auch tun; denn es handelte sich an dieser Stelle allein darum, ob die Beklagte ein Recht zum Besitz auf Grund des Kaufvertrages hatte. War nur die Vereinbarung "Zahlung aus dem Akkreditiv" ungültig, dann hatte die Beklagte kein Recht mehr zum Besitz, weil sie nicht gezahlt hatte, damit in Verzug gekommen war und nunmehr der Vertrag infolge Rücktritts zur Auflösung gekommen war. War aber sogar der ganze Vertrag (nach § 139 BGB) von vornherein nichtig, dann hatte sie nie ein Recht zum Besitz gehabt. Etwas anderes kann der Halbsatz: "weil die Beklagte aus dem gültigen Vertrag Rechte herleiten wolle",

in diesem Zusammenhang nicht bedeuten. Daß das Berufungsgericht damit die Einlassung der Beklagten dahin abschließend hat werten wollen, daß die Regel des § 139 BGB nach dem Willen der Parteien hier nicht hat eingreifen sollen, ergeben seine Ausführungen nicht. Das Gleiche gilt von seinen Darlegungen auf Seite 10 des Urteils, wo es zu den Schreiben des Geschäftsführers der Beklagten vom 24. August 1953 und des Klägers vom 26. August 1953 und der Tatsache, daß der Geschäftsführer der Beklagten auf das letztere Schreiben geschwiegen hat, Stellung nimmt. Aus diesen Ausführungen ergibt sich angesichts der Darlegungen auf Seite 9 auch nicht mit hinreichender Sicherheit, daß das Berufungsgericht gegenüber den Beweisantritten im Schriftsatz vom 31. Mai 1954 die entsprechenden Behauptungen schon als widerlegt ^{hat} ansehen wollen.

2. Ob und in welcher Höhe der Beklagten Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen zustehen, hat das Berufungsgericht ausdrücklich dahingestellt sein lassen, weil die Beklagte, selbst dann, wenn ihr Verwendungen in voller Höhe zu ersetzen wären, nicht mehr berechtigt gewesen sei, die Räume auf Grund dieses Sachverhalts zurückzubehalten; denn ihren Ansprüchen stehe eine Forderung des Klägers auf Vergütung der Nutzungen gegenüber, die jenen mit Sicherheit übersteige. Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts soll die Beklagte spätestens seit dem 1. September 1953 gewußt haben, daß der Kaufvertrag unwirksam und daß sie zur Herausgabe verpflichtet sei. Sie sei deshalb seit diesem Zeitpunkt gehalten, dem Kläger die Nutzungen herauszugeben und Ersatz für die Gebrauchsvorteile zu leisten (§ 987, 990 BGB). Die Beklagte habe die Räume bis zum 24. Mai 1954, also mehr als 8 1/2 Monate, im Besitz gehabt und für ihren Betrieb benutzt. Die gleichen Räume wären zuvor für einen Mietzins von 6.000 DM jährlich vermietet gewesen. Der Kläger habe den Wert der Gebrauchsvorteile

dementsprechend mit 500 DM monatlich angesetzt. Die Beklagte habe sich hiergegen weder im ersten Rechtszug noch vor dem erkennenden Senat gewendet. Da sie nicht verkennen könne, daß sie Entschädigung für die gezogenen Nutzungen zu leisten habe, sei davon auszugehen, daß sie deren Angemessenheit in Höhe von 500 DM monatlich nicht bestreiten könne. Mit Rücksicht auf den Wert und den Umfang des Objektes habe das Berufungsgericht deshalb auf Grund von § 287 Abs 2 ZPO die Entschädigung mit monatlich 500 DM als angemessen angenommen und in dieser Höhe festgesetzt. Damit belaufe sich die Forderung des Klägers mindestens auf 4250 DM.

Wie das Berufungsgericht weiter ausführt, seien darauf entgegen der Meinung des Landgerichts die 2.000 DM nicht gutzubringen; denn insoweit handle es sich um den Mindestbetrag des aus der Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens. Die Pflicht zur Herausgabe der Nutzungen ergebe sich dagegen unabhängig davon unmittelbar aus §§ 987 ff BGB.

Der im Anschluß an diese Ausführungen zum Ausdruck gebrachten Auffassung des Berufungsgerichts, daß unter diesen Umständen die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht nicht mehr geltend machen könne, ist allerdings beizutreten (zu vergl. BGH-Urteil vom 2. Oktober 1952 IV ZR 200/51 JR 1952 S 473). In dieser Entscheidung ist für bewegliche Sachen ausgesprochen, daß ein Besitzer die Herausgabe nicht verweigern kann, wenn der Eigentümer seinerseits einen Anspruch auf Herausgabe gezogener Nutzungen hat, der den Verwendungsersatzanspruch des Besitzers übersteigt. Das Gleiche muß bei Grundstücken gelten. Daß aber hier Ansprüche auf Nutzungsent-schädigung in Höhe von 4.250 DM tatsächlich bestehen, wie das Berufungsgericht meint, ist von ihm nicht zweifelsfrei festgestellt. Es stützt diese Ansprüche allein auf §§ 987, 990 BGB. Nach § 987 Abs 1 BGB hat der Besitzer dem Eigentümer zwar die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritt der

Rechtshängigkeit zieht, aber nur diejenigen, die er wirklich gezogen hat. Nach Abs 2 aaO ist er dem Eigentümer allerdings auch zum Ersatz verpflichtet, soweit er Nutzungen nicht zieht, die er nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte ziehen können, aber nur, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt. § 990 Abs 1 BGB trifft die gleiche Regelung für den Fall, daß der Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben war (Satz 1) oder wenn er erst später erfährt, daß er zum Besitz nicht (mehr) berechtigt ist (Satz 2). Abs 2 aaO bestimmt, daß eine weitergehende Haftung wegen Verzuges unberührt bleibt. Wenn das Berufungsgericht sagt, daß die Beklagte spätestens seit dem 1. September 1953 gewußt habe, daß der Kaufvertrag unwirksam und sie zur Herausgabe verpflichtet sei, so ist das zwar nach den Feststellungen des Berufungsgerichts über das "Unwirksam-werden" des Vertrages, soweit es die grundsätzliche Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe meint, rechtlich nicht zu beanstanden. Rechtsirrig aber wäre es, wenn das Berufungsgericht damit meinen sollte, die Beklagte wäre von diesem Augenblick unbedingt auch im Verzuge mit der Herausgabe gewesen; denn Verzug tritt nicht ein, wenn der Besitzer die Herausgabe wegen seines Zurückbehaltungsrechts aus § 1000 (oder 273 BGB) verweigert (Palandt 15. Aufl. Anm 3 zu § 990 BGB). Das hat die Beklagte aber getan. Sie hatte sich in erster Instanz sogar ausdrücklich bereit erklärt, das Grundstück gegen Zahlung der geforderten Beträge herauszugeben. Wegen dieser Beträge kann aber ein Zurückbehaltungsrecht bestanden haben. Läßt sich aber Verzug der Beklagten nicht feststellen, dann bestehen Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Ansprüche des Klägers beliefen sich auf mindestens 4.250 DM. Zwar ist im allgemeinen bei Herausgabe von Nutzungen für die Bewertung der Gebrauchsvorteile einer Sache der objektive Wert dieser Vorteile, und nach den von Rechtslehre und Rechtsprechung entwickelten Grund-

sätzen für die Bewertung der Gebrauchsvorteile eines Hauses, eines Raumes oder eines Grundstücks im allgemeinen der übliche Mietwert dafür zugrunde zu legen (BGH Urteil vom 22. März 1954, IV ZR 137/53; JR 1954 S 460). Das gilt aber nicht ausnahmslos, insbesondere dann nicht, wenn der Besitzer nicht alle Räume tatsächlich genutzt hat und eine Feststellung, daß er Nutzungen schuldhaft nicht gezogen hat (§ 987 Abs 2 BGB), nicht getroffen ist. Daß die Beklagte den Hauptteil der Fabrikräume unbenutzt habe dastehen lassen und mit ihren vier oder fünf Angestellten nur einen Bruchteil der 500 qm großen Fläche nutze, hatte der Kläger aber im ersten Rechtszuge selbst vorgetragen (Schriftsatz vom 4. November 1953 S 3 = 13 der Akten). Im Tatbestand des angefochtenen Urteils zweiter Instanz steht allerdings im sog. unstreitigen Teil: "Die Beklagte nahm das Grundstück in Besitz und benutzte die im Klagantrag bezeichneten Räume für ihren Betrieb". Diesen Worten ist aber nicht mit Sicherheit zu entnehmen, daß damit eine volle Nutzung aller Räume im Sinne von § 987 BGB gemeint ist. Das ergibt auch die ergänzende Bezugnahme auf den Schriftsatz der Beklagten vom 8. April 1953 im Tatbestand des angefochtenen Urteils, in dem von der Beklagten behauptet und unter Beweis gestellt ist, daß nur der von ihr ausgebaute Teil des Grundstücks als wertvoll und gebrauchsfähig bezeichnet werde, während der überwiegend größere Teil, der bisher nicht durch die Beklagte bearbeitet worden sei, als für wirtschaftliche Zwecke völlig ungeeignet und verfallen betrachtet worden sei. Mit Recht rügt die Revision deshalb im Ergebnis auch mangelnde Aufklärung durch den Vorderrichter (§§ 139, 286 ZPO), wenn er im wesentlichen auf Grund der Tatsache, daß die Höhe des früheren Mietzinses mit 500 DM monatlich nicht bestritten ist, davor ausgeht, die Beklagte habe die Angemessenheit der von ihr gezogenen Nutzungen (Gebrauchsvorteile) in dieser Höhe nicht bestreiten können. Hier kommt hinzu,

daß der Kläger im ersten Rechtszuge (Schriftsatz vom 4. November 1953 S 2 = 13 der Akten) ausschließlich von einem ihm infolge der Nichträumung entstandenen Schaden und Ausfall (ebenso Urteilstatbestand zweiter Instanz) und erst in zweiter Instanz daneben auch von einer Nutzungsersatzforderung gesprochen hat.

Schließlich ist noch zu beachten, daß sich, wenn der ganze Vertrag als nichtig angesehen werden müßte, wegen der Nutzungen vor Rechtshängigkeit nach § 988 BGB, aber auch unter Umständen wegen der Verwendung eine andere Anrechnung, Berechnung und Verrechnung ergeben könnte. Daß Erwerb auf Grund nichtigen Kaufvertrages als unentgeltlicher Erwerb im Sinne von § 988 BGB anzusehen ist, ist seit dem Beschluß des Großen Zivilsenats des Reichsgerichts (RGZ 163 S 351) herrschende Auffassung (vgl dazu und wegen der Verwendungen auch Palandt 15. Aufl Vorbemerkungen zu §§ 987 - 993 Anm 2 b aa, RGR Komm 10. Aufl zu § 988 Anm 2).

Nicht zu beanstanden ist allerdings, was die Revision auch gerügt hat, daß das Berufungsgericht im Gegensatz zum Landgericht die Auffassung vertritt, daß - Gültigkeit des Vertrages unterstellt - die 2.000 DM Vertragsstrafe nicht auf einen Anspruch des Klägers auf Herausgabe der von der Beklagten nach Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit gezogenen Nutzungen anzurechnen sind. Bei den 2.000 DM - handelt es sich, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben hat, um den Mindestbetrag des aus der Nichterfüllung des Kaufvertrages entstandenen Schadens. Zu diesem Schaden wird man zwar den Ausfall rechnen müssen, der den Eigentümern aus der Überlassung des Grundstücks an die Beklagte zur Benutzung erwachsen ist, so lange die Beklagte das Grundstück zu Recht besessen hat, aber nicht mehr auch der Schaden, der ihnen dadurch entstanden ist, daß die Beklagte mit ihrer Rückgabeverpflichtung in Verzug

gekommen ist; denn das Strafversprechen soll dem Gläubiger Ersatz des ihm durch die Nichterfüllung des Vertrages selbst erwachsenden Schadens geben. Mindestens im Zweifel ist dazu aber nicht der Schaden zu rechnen, der einem Verkäufer dadurch entsteht, daß der Käufer mit seiner aus der Auflösung des Vertrages erwachsenden Verpflichtung, die empfangene Leistung, die Kaufsache, zurückzugewähren, in Verzug kommt. Letzteres ist ein mit dem Kaufvertrag nur mittelbar im Zusammenhang stehender Anspruch. Auf keinen Fall kann aber mit einer Vertragsstrafe ein Anspruch verrechnet werden, der dem Eigentümer auf Grund der §§ 987 ff BGB zusteht, weil der - unrechtmäßige - Besitzer Nutzungen aus der Sache gezogen hat. Es hieße den Sinn einer Vertragsstrafe in das Gegenteil verkehren, wenn es dem Schuldner gestattet wäre, sie durch Nutzungen zu tilgen, die er auf Kosten des Gläubigers zieht.

III.

Die zu II 1 und 2 festgestellten Mängel des angefochtenen Urteils nötigen zu seiner Aufhebung in vollem Umfange. Die Verurteilung zur Herausgabe kann nicht für sich unabhängig von der Frage, ob und inwieweit der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, bestehen bleiben. Die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen; denn ob wirklich die behauptete Vereinbarung über die Zahlung der 9.350,72^{DM} nur aus dem Akkreditiv bei Abschluß des Vertrages getroffen ist und ob diese Abrede den gesamten Vertrag nichtig gemacht hat, läßt sich ohne weitere tatsächliche Erörterungen nicht entscheiden. Das Gleiche gilt von den Fragen, ob die Beklagte notwendige (§ 994 BGB) oder nützliche (§ 996 BGB) Verwendungen im Sinne der angezogenen gesetzlichen Bestimmungen gemacht hat und ob einzelne Verwendungen erst nach Eintritt der

Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit (zu vgl §§ 994 Abs 2, 990 BGB) gemacht sind, bei denen sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag bestimmten würde. Auch die weiteren Fragen, ob die Beklagte schuldhaft Nutzungen nicht gezogen hat und ob sie, gegebenenfalls seit wann sie, im Verzuge war, sind ohne weitere Aufklärung nicht zu lösen. Daß die Frage der gezogenen Nutzungen noch geklärt werden muß und daß sich möglicherweise eine andere Verrechnung und Berechnung der Nutzungen und Verwendungen bei Nichtigkeit des Vertrages ergeben könnte, ist bereits erörtert.

Dem Berufungsgericht war zweckmäßig auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz vorzubehalten.

Dr. Hückinghaus	Schuster	Bundesrichter Dr. Großmann ist beurlaubt und daher verhindert zu unterschreiben.
Dr. Dorschel	Roths	Dr. Hückinghaus