

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 157 C, 362 Abs. 2, 185

Die vertraglich vorgesehene "Hinterlegung" des Kaufpreises beim Notar führt in der Regel noch nicht zum Erlöschen des Kaufpreisanspruchs.

BGH, Urt. v. 25. März 1983 - V ZR 168/81 - OLG Hamm
LG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 168/81

URTEIL

Verkündet am
25. März 1983
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Petra C [REDACTED], R [REDACTED], E [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Rolf H [REDACTED] und Agnes H [REDACTED] geb. V [REDACTED],
P [REDACTED], Pu [REDACTED], T [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

17

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thumm und die Richter Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen, Linden und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 11. Juni 1981 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

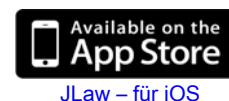
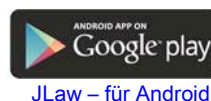
Tatbestand

Durch notariellen Vertrag vom ■■■. ■■■ 1978 verkauften die klagenden Eheleute der Beklagten ein ihnen gehörendes Hausgrundstück in E■■■. Gleichzeitig erklärten sie die Auflassung und bewilligten die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Besitz, Nutzungen, öffentliche Lasten und Gefahr sollten mit Wirkung vom 1. August 1978 auf die Beklagte übergehen. Auf den Kaufpreis von 195 000 DM waren 3 000 DM vorab bezahlt worden. Die restlichen 192 000 DM sollten bis zum 31. Juli 1978 auf ein einzurichtendes Anderkonto des beurkundenden Notars gezahlt

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



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



werden; hiervon sollte der Notar die auf dem Grundstück lastenden Grundpfandrechte ablösen und den Rest an die Kläger auskehren, sobald die Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen wurde, die zu dem Vertrage erforderlichen Genehmigungen (mit Ausnahme der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts) dem Notar vorlagen und der Umschreibung des lastenfreien Eigentums keine Hindernisse mehr im Wege standen. Für den Fall, daß der Kaufpreis nicht fristgerecht "hinterlegt" wurde, sollte die Beklagte ihn mit 13 v.H. jährlich verzinsen. Die Eigentumsumschreibung sollte der Notar erst veranlassen, nachdem der Kaufpreis in voller Höhe bei ihm "hinterlegt" war.

Das Grundstück wurde der Beklagten am 1. August 1978 übergeben. Es kam aber weder zur Eintragung der Auflassungsvormerkung noch zur Umschreibung des Eigentums. Die Beklagte zahlte den Kaufpreis mit Verspätung auf das Notaranderkonto, den letzten Teilbetrag am 5. Dezember 1978. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Notar, wie die Parteien erst später erfuhren, bereits 149 236 DM von dem Anderkonto veruntreut.

Am 8. Dezember 1978 erhoben die Kläger zunächst Klage auf Zahlung von 9 840 DM Verzugszinsen und erstritten am 29. März 1979 ein - rechtskräftiges - Urteil über 8 910,20 DM nebst Zinsen.

Mit Schreiben vom 20. Juni 1979 wies der klagende Ehemann die Beklagte darauf hin, daß der Notar "bis heute den Kaufpreis nicht bezahlt" habe, und forderte sie auf, innerhalb von acht Tagen dafür zu sorgen, daß der Kaufpreis auf sein Konto eingezahlt werde; bei Nichterfüllung tretet er von dem Kaufvertrag zurück.

Durch Anwaltsschreiben vom 27. Juni 1979 forderten die Kläger die Beklagte auf, den Kaufpreis spätestens am 5. Juli 1979 bei Gericht mit der Maßgabe zu hinterlegen, daß er an die Kläger ausgezahlt werde, sobald die lastenfreie Umschreibung des Eigentums sichergestellt sei; für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs kündigten sie die Ablehnung der Vertragserfüllung an.

Mit der vorliegenden Klage verlangen die Kläger Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages. Sie haben beantragt, die Beklagte zu verurteilen, Zug um Zug gegen Zahlung von 3 000 DM an die Beklagte und von 25 000 DM auf das Notaranderkonto sowie gegen Freigabe der auf dem Notaranderkonto stehenden Beträge zugunsten der Beklagten oder ihrer sonstigen Berechtigten in die Aufhebung der Auflassungserklärung einzuwilligen, auf die Rechte aus der Eintragungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung zu verzichten und das Grundstück an sie, die Kläger, herauszugeben. Die Beklagte hat den Standpunkt eingenommen, sie habe den Kaufvertrag erfüllt. Außerdem hat sie in Höhe von 7 478,57 DM ein Zurückbehaltungsrecht wegen notwendiger oder nützlicher Verwendungen geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Leistung verurteilt Zug um Zug gegen Rückzahlung von vorausgezahlten 3 000 DM und Zahlung von weiteren 25 000 DM, welche die Kläger von dem Notaranderkonto erhalten haben, sowie gegen Freigabe des auf dem Notaranderkonto noch vorhandenen Betrages von 2 166,02 DM.

Die Berufung der Beklagten und die Anschlußberufung der Kläger hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte das Ziel der gänzlichen Klageabweisung weiter. Die Kläger beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, daß die Beklagte den Kaufvertrag nicht erfüllt habe und der Klageanspruch daher aus § 326 BGB unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung begründet sei. Es hat angenommen, die Überweisung auf Notaranderkonto habe hier zwar "die vertraglich vereinbarte Zahlung des Kaufpreises" sein sollen, doch trete die Erfüllungswirkung auch unter solchen Umständen erst ein, wenn der Kaufpreis in die Verfügungsgewalt des Verkäufers gelange oder der Notar zu dessen Gunsten darüber verfüge.

II.

1. a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann sich der geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe des Grundstückes sowie auf Einwilligung in die Aufhebung der Auflassungserklärung und auf Verzicht auf die Rechte aus der Eintragungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung nicht als dem Recht ergeben, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages vom 13. Juli 1978 zu verlangen (§ 326 BGB). Im Rahmen des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung

lung kann der Gläubiger nach der sogenannten Differenztheorie verlangen, so gestellt zu werden, wie er gestanden hätte, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (BGHZ 2, 310, 313/314; 20, 338, 343). Ihm ist die Wertdifferenz zwischen der Vermögenslage, die sich bei ordnungsmäßiger Vertragserfüllung ergeben hätte, und derjenigen zu ersetzen, die sich infolge der Nichterfüllung tatsächlich ergeben hat. Dabei wird das Vertragsverhältnis in der Weise umgestaltet, daß an die Stelle der beiderseitigen Leistungspflichten ein einseitiges - am Erfüllungsinteresse ausgerichtetes - Abrechnungsverhältnis tritt, innerhalb dessen die einzelnen "Ansprüche" nur noch (unselbständige) Rechnungsposten sind (RGZ 141, 259, 262; Senatsurteil vom 11. Februar 1983, V ZR 191/81; BGB-RGRK/Ballhaus 12. Aufl. § 325 Rdn. 14 m.w.N.). Hat der Gläubiger die von ihm geschuldete Leistung bereits erbracht, so kann er sie im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung grundsätzlich nicht zurückverlangen; einen Anspruch auf Rückabwicklung hat er vielmehr in der Regel nur, wenn er entweder vom Vertrage zurücktritt (RG JW 1931, 1183, 1184; RG JW 1932, 1204, 1206) oder gemäß § 325 Abs. 1 Satz 3 BGB die sich aus § 323 BGB ergebenden Rechte geltend macht (BGB-RGRK aaO Rdn. 15). Deshalb ist im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung die bereits erbrachte Leistung dem Schuldner grundsätzlich zu belassen und bei der Bemessung des Schadensersatzanspruches, der dann auf Ersatz für die entgangene Leistung des Schuldners gerichtet ist, zu berücksichtigen (BGB-RGRK aaO m.w.N.).

b) Eine Einschränkung erfährt die Differenztheorie nach der Rechtsprechung insoweit, als der Gläubiger, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, hierdurch nicht

gehindert wird, die bereits übergebene, aber noch nicht übereignete - bewegliche oder unbewegliche - Sache aufgrund seines Eigentums herauszuverlangen (§ 985 BGB), weil mit dem Erfüllungsanspruch auch das Recht des Schuldners zum Besitz der Sache (§ 986 BGB) entfallen ist (RGZ 141, 259, 261; RG JW 1932, 1205; BGH Urteil vom 8. Februar 1966 V ZR 131/63, WM 1966, 575, 576); er muß sich dann freilich den Wert des Grundstücks auf den Schadensersatzanspruch anrechnen lassen (RGZ 141, 259, 261; 144, 62, 65; Senatsurteil vom 11. Februar 1983, V ZR 191/81). Da mit dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs (vgl. hierzu BGHZ 20, 338) auch der Auflassungsanspruch des Schuldners (Käufer) erlischt, kann der Gläubiger (Verkäufer) außer der Herausgabe des Grundstücks auch die Löschung einer bereits eingetragenen Auflassungsvormerkung (vgl. das erwähnte Senatsurteil vom 8. Februar 1966 aaO) sowie die Einwilligung in die Aufhebung der Auflassungserklärung und den Verzicht auf die Rechte aus der Eintragungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung verlangen (§ 812 BGB).

2. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß hier die Voraussetzungen des § 326 BGB gegeben seien - wonach infolge der Erfüllungsablehnung der Kläger das Recht der Beklagten zum Besitz des Grundstücks entfallen wäre -, erweist sich als rechtsfehlerhaft.

a) Allerdings haben die Überweisungen der Beklagten auf das Notaranderkonto, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, nicht zum Erlöschen des Kaufpreisanspruchs geführt.

aa) Die Kaufpreisforderung ist hier nicht durch Hinterlegung im Sinne der §§ 372, 378 BGB getilgt worden, denn die Übergabe von Geld (oder die Überweisung eines Geldbetrages auf Notaranderkonto) zwecks Aufbewahrung oder Ablieferung an Dritte (§ 23 BNotO) ist keine Hinterlegung im Sinne der §§ 372 ff BGB und hat nicht die in §§ 378, 379 BGB festgelegten Wirkungen (BGH Urteil vom 10. Juni 1964, V ZR 72/62, DNotZ 1965, 343, 345).

bb) Im Ergebnis erfolglos rügt die Revision, daß das Berufungsgericht nicht erwogen habe, ob der Notar durch die zwischen den Parteien vereinbarte Zahlung auf sein einzurichtendes Anderkonto (§ 5 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrages) von den Klägern im Sinne der §§ 362 Abs. 2, 185 BGB zur Annahme des Kaufpreises ermächtigt worden sei. Sie meint, das Berufungsgericht hätte diese Frage "in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung" (Hinweis auf RGZ 167, 236, 239) "und der Literatur" (Hinweis auf Erman/H.P. Westermann, BGB 7. Aufl. § 362 Rdn. 12; Soergel/R. Schmidt, BGB 10. Aufl. § 362 Rdn. 10) bejahen müssen.

Dem folgt der Senat nicht. Allerdings hat das Reichsgericht in dem von der Revision angeführten Urteil vom 18. August 1941 in der Tat einmal angenommen, daß bereits die vereinbarungsgemäße "Hinterlegung" des Kaufpreises beim Notar Erfüllungswirkung gehabt habe, weil der Käufer sich mit der "Hinterlegung" des Geldes entäußert habe und für dessen weiteres Schicksal nicht mehr verantwortlich gewesen sei; vielmehr sei es Sache des "als Treuhänder eingesetzten Notars gewesen, die weitere Abwicklung durch vertragsgemäße Auszahlung vorzunehmen".

Diese - nicht näher begründete - Entscheidung ist jedoch vereinzelt geblieben. Bereits im Jahre 1906 hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß eine Darlehensforderung nicht begründet wird, wenn der Notar die ihm vom Darlehensgeber übergebene Darlehenssumme veruntreut, anstatt sie vertragsgemäß zu Umschuldungszwecken (Ablösung einer auf dem Grundbesitz des Darlehensnehmers ruhenden Hypothek) zu verwenden; zur Begründung hat es ausgeführt, daß der Darlehensnehmer das Geld "weder unmittelbar noch mittelbar empfangen" habe (RG JW 1906, 714). In einem - nicht veröffentlichten - Urteil vom 3. November 1928 (V 609/27, zitiert nach RG JW 1930, 753) hat es den Standpunkt eingenommen, es entspreche der Lebenserfahrung, daß nach dem Willen der jeweiligen Vertragspartner jede Partei die ihr zukommende Leistung erst durch Eingang bei ihr selbst, nicht schon durch Eingang bei dem Notar, erhalten solle. In einer weiteren Entscheidung vom 11. Januar 1930 (RG JW 1930, 75 mit Anm. Sternberg in JW 1930, 2043) hat es eine entsprechende tatrichterliche Auslegung der Hinterlegungsvereinbarung als rechtsfehlerfrei gebilligt. Umgekehrt hat das Reichsgericht allerdings mit Urteil vom 5. Februar 1940 (RG DR 1940, 860) in einzelfallbezogener Würdigung eines Darlehensvertrages angenommen, der Darlehensnehmer habe die Darlehenssumme im Sinne des § 607 BGB bereits dadurch empfangen, daß der Darlehensgeber sie weisungsgemäß zu Umschuldungszwecken an den Notar zahlte; dabei spielte eine maßgebliche Rolle, daß die Pflicht zur Verzinsung der Darlehenssumme bereits mit dem Eingang des Betrages beim Notar beginnen sollte.

Der Bundesgerichtshof hat zur Frage der Erfüllungswirkung einer vertraglich vorgesehenen "Hinterlegung" des Kaufpreises beim Notar noch nicht ausdrücklich Stellung

genommen. Das erwähnte Urteil vom 10. Juni 1964 (DNotZ 1965, 343, 345 - in BB 1964, 818 sinntestellend wiedergegeben) spricht lediglich aus, daß die "Hinterlegung" beim Notar nicht die "in den §§ 378 und 379 BGB vorgeschriebenen Wirkungen" hat. Im entschiedenen Falle ging es überdies nicht um die Erfüllungswirkung (§ 378 BGB), sondern - mangels Verzichts auf die Rücknahme - nur um die Befugnis des "Hinterlegers", den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen (§ 379 BGB).

Von den Instanzgerichten haben sich in veröffentlichten Entscheidungen das Oberlandesgericht Celle (DNotZ 1968, 504) und das Landgericht Köln (DNotZ 1974, 436) gegen die Erfüllungswirkung ausgesprochen (bejahend wohl LG Aachen, Beschluß vom 10. August 1978, 6 T 30/79, zitiert nach Zimmermann, DNotZ 1980, 459 Fn. 25). Im Schrifttum wird die Erfüllungswirkung überwiegend verneint (Daimler, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars, 2. Aufl. § 24 Rdn. 5; Kerkhoff, MittRhNotK 1953, 97/98; Rings, MittRhNotK 1957, 873 bis 876; Zimmermann, DNotZ 1980, 451, 459 ff; Palandt/Heinrichs, BGB 42. Aufl. § 378 Anm. 2 ; wohl auch E. Schneider, Das juristische Büro 1964, 779; unklar Erman/H.P. Westermann, BGB 7. Aufl. § 362 Rdn. 12; bejahend Soergel/R. Schmidt, BGB 10. Aufl. § 362 Rdn. 10).

Der erkennende Senat vertritt den Standpunkt, daß die vertragsgemäße "Hinterlegung" beim Notar dann Erfüllungswirkung hat, wenn die Parteien dies ausnahmsweise vereinbaren. Gemäß § 362 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis erst, wenn "die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt" wird. Bewirkt ist die Leistung im Sinne des § 362 BGB - ähnlich wie nach § 17 KO oder § 36 VerglO - in der Regel

noch nicht mit der Vornahme der Leistungshandlung, sondern erst mit dem Eintritt des Leistungserfolges (BGHZ 1, 4, 6; 12, 267, 268; BGH Urteile vom 11. Januar 1951, III ZR 83/5 MDR 1951, 95; vom 10. Oktober 1962, VIII ZR 203/61, NJW 19 2296 und vom 13. Juli 1967, II ZR 268/64, WM 1967, 929, 93 BGB-RGRK/Weber, 12. Aufl. § 362 Rdn. 13). Eine Geldschuld (§ 433 Abs. 2 BGB) ist an sich in bar, d.h. durch Übereignung einer entsprechenden Anzahl von gesetzlichen Zahlungsmitteln zu erfüllen (BGH Urteil vom 10. Juli 1962, VI ZR 209/61, LM BGB § 362 Nr. 7). Sie kann aber jedenfalls dann auch durch Zahlung von "Buchgeld" (statt von Bargeld) erfüllt werden, wenn die Parteien dies - sei es auch stillschweigend - vereinbart haben; dabei ist es eine untergeordnete Frage, ob dann eine Leistung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB oder eine Leistung an Erfüllungs Statt im Sinne des § 363 BGB (so beiläufig BGH LM BGB § 362 Nr. 7) vorliegt (vgl. z. B. Meinungsstand etwa BGB-RGRK aaO Rdn. 19, 20). Die Parteien können auch vereinbaren, daß der Kaufpreis mit befreiender Wirkung auf das Konto eines Dritten zu überweisen ist, der nicht Vertreter des Gläubigers ist (BGH Urteil vom 29. Oktober 1971, V ZR 65/70, WM 1971, 1500, 1501). Im übrigen hat eine solche Leistung auch dann Erfüllungswirkung, wenn der Dritte vom Gläubiger ermächtigt ist, die Leistung (mit befreiender Wirkung) in Empfang zu nehmen (§ 362 Abs. 2 i.V. § 185 BGB) oder wenn der Schuldner vom Gläubiger ermächtigt ist, die Leistung (mit befreiender Wirkung) an den Dritten zu erbringen (§ 362 Abs. 2 i.V.m. § 185 BGB; vgl. auch BGB-RGRK aaO Rdn. 43).

Ob auch ein Notar, der - selbst im Rahmen betreuender Tätigkeit nach § 23 BNotO - als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) zu den Beteiligten in ein

öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis tritt (vgl. BVerfGE 16, 6, 23 = NJW 1963, 1443; BGH Urteil vom 20. November 1979, VI ZR 248/77, NJW 1980, 1106) und dessen notarielle Amtspflichten daher nicht Gegenstand privatrechtlicher Bindungen sein können (BGH aaO; Urteil vom 21. Dezember 1959, III ZR 180/58, DNotZ 1960, 265, 267; vgl. auch BGHZ 62, 119, 122; OLG Stuttgart, DNotZ 1982, 644), im Sinne der §§ 362 Abs. 2, 185 BGB ermächtigt werden kann, braucht hier nicht entschieden zu werden; denn das Berufungsgericht hat eine solche Ermächtigung nicht festgestellt.

Die hiergegen gerichtete Verfahrensrüge der Revision ist unbegründet. Bereits das Landgericht hatte in seinem Urteil ausgeführt, der Vertrag enthalte keine Regelung in dem Sinne, daß der amtierende Notar als Bevollmächtigter der Kläger das Geld (mit befreiender Wirkung) in Empfang nehmen sollte (LGU 6). Zur Begründung hatte es die Interessenlage der Parteien eingehend gewürdigt. Die Beklagte hat in ihrer Berufungserwiderung (S. 2) unter Hinweis auf LG Köln, DNotZ 1974, 435 (= VersR 1975, 71) eingeräumt, daß man im Regelfall aufgrund der Interessenlage (u.a. Konkursrisiko) nicht von einer Erfüllungswirkung der Überweisungen auf Notaranderkonto ausgehen könne. Sie hat die Frage, ob im vorliegenden Fall etwas anderes gelte, zwar beiläufig "zur Nachprüfung gestellt", aber selbst nicht behauptet, daß die Kläger den Notar hier ausnahmsweise im Sinne der §§ 362 Abs. 2, 185 BGB ermächtigt hätten. Das Berufungsgericht brauchte eine solche Ermächtigung nicht von sich aus dem Verträge zu entnehmen, denn im Regelfall ist aufgrund der Interessenlage der Beteiligten nicht anzunehmen, daß bereits die vereinbarte "Hinterlegung" des Kaufpreises beim Notar zum Erlöschen des Kaufpreisanspruches führen soll. In der

Regel ist eine Hinterlegung allein zu Sicherungszwecken (wechselseitige Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen gemäß §§ 320, 322 BGB) sinnvoll. Aufgrund der "Hinterlegung" wird beiden Vertragspartnern das Risiko einer Vorleistung abgenommen. Würde der "Hinterlegung" beim Notar bereits Erfüllungswirkung beigelegt, so liefe der Käufer (hier die Beklagte) überdies Gefahr, daß der Verkäufer, bevor er seinerseits erfüllt hätte, in Konkurs fiele; der Konkursverwalter könnte dann gemäß § 17 KO die Vertragserfüllung ablehnen und den Käufer mit dessen Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises auf die Konkursquote beschränken (vgl. auch LG Köln, VersR 1975, 71, 72 = DNotZ 1974, 435; Zimmermann, DNotZ 1980, 451, 460). Solche Gefahren einer Insolvenz des Verkäufers sind erheblich größer als die Gefahr einer Veruntreuung des beurkundenden Notars. Deshalb wird im Normalfall eine Erfüllungsabrede im erörterten Sinn nicht anzunehmen sein. Ob nach der Interessenlage die Erfüllungswirkung in der Regel jedenfalls schon von dem Zeitpunkt an anzunehmen ist, da die "Auszahlungsreife" eintritt (so Zimmermann, aaO S. 461), kann hier offenbleiben, weil hier zu keinem Zeitpunkt die Voraussetzungen für die Ablösung der Grundpfandrechte und die Auskehrung des restlichen Kaufpreises an die Kläger gegeben waren.

cc) Unbegründet ist die Rüge der Revision, daß das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob nicht in dem Schrift des Anwalts der Kläger an die Beklagte vom 27. November 1978 (hinter Bl. 23 d. Beilagen 2 O 639/78 LG Essen) eine Genehmigung oder Ermächtigung für die Beklagte liege, den Kaufpreis mit befreiender Wirkung an den Notar zu zahlen (§ 185 BGB).

Die Kläger haben das Schreiben in der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses vom 15. Januar 1979 überreicht (Bl. 23 der Beiakten 2 O 639/78 LG Essen). Die Akten dieses Vorprozesses haben zwar dem Landgericht vorgelegen (vgl. das Urteil des LG S. 5). Die Beklagte hat aber das erwähnte Schreiben nicht zum Gegenstand ihres Vortrags im vorliegenden Rechtsstreit gemacht. Auch im Berufungsverfahren ist dies nicht geschehen. Im Tatbestand des Berufungsurteils (Seite 5) wird "wegen der Einzelheiten des beiderseitigen Vorbringens" lediglich "auf den Akteninhalt Bezug genommen" (vgl. § 314 ZPO). Die Beiakten 2 O 639/78 LG Essen sind, wie sich aus dem Sitzungsprotokoll vom 4. Mai 1981 (GA 224) ergibt, nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. Die Beklagte hat das in den Beiakten enthaltene Schreiben vom 27. November 1978 nicht zum Gegenstand ihres Vortrags im Berufungsrechtszug gemacht. Schon deshalb brauchte das Berufungsgericht dieses Schreiben nicht im Sinne der Revision zu würdigen.

Nach alledem ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Erfüllungswirkung der "Hinterlegung" verneint hat.

b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Standpunkt eingenommen, daß hier die Voraussetzungen des § 326 BGB gegeben seien.

aa) Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Da eine weitere Abwicklung des Vertrages über den hier unzuverlässigen Notar ausgeschieden sei, sei es richtig gewesen, daß der Anwalt der Kläger in seinem Schreiben vom 27. Juni 1979 der Beklagten anheimgestellt habe, den Kaufpreis bei Gericht

zu hinterlegen, damit sichergestellt werde, daß er erst dann an die Kläger ausgezahlt würde, wenn die lastenfreie Umschreibung sichergestellt sei; dieser Aufforderung sei die Beklagte unstreitig nicht nachgekommen; mit Ablauf des 5. Juli 1979 hätten die Kläger deshalb, wie angedroht, die Erfüllung des Vertrages ablehnen und nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen können.

bb) Das ist in mehrfacher Hinsicht nicht richtig. Treten nach Abschluß eines Vertrages Hindernisse auf, die seinem Wirksamwerden (z.B. infolge Versagung behördlicher Genehmigungen) oder der vorgesehenen Art der Vertragserfüllung entgegenstehen, so können die Parteien nach Treu und Glauben gehalten sein, in eine Vertragsänderung einzuwilligen, wenn ihnen diese nach der beiderseitigen Interessenlage und dem ursprünglich vorgesehenen Interessenausgleich zugemutet werden kann (vgl. z.B. BGHZ 38, 146, 149; 67, 34, 36; BGH Urteil vom 25. Januar 1967, VIII ZR 206/64 WM 1967, 257; weitere Nachweise bei Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 9. Aufl. E I 1 Rdn. 4 - 9). Die Kläger hätten daher hier eine solche Form der Vertragserfüllung - aber auch nur eine solche - von der Beklagten verlangen können, die ihr einerseits nicht das Risiko einer Vorleistung aufbürdete und andererseits eine reibungslose Vertragsabwicklung ermöglichte. Der letztgenannten Anforderung genügte das Verlangen der Kläger nach Hinterlegung des Kaufpreises bei Gericht nicht, denn es ist nicht ersichtlich, daß auf diesem Wege die Grundpfandrechte mit Hilfe des hinterlegt Kaufpreises hätten abgelöst werden können. Allein dadurch daß sie diesem Erfüllungsverlangen nicht nachkam, ist die Beklagte daher noch nicht in Verzug geraten.

Das angefochtene Urteil kann daher mit der gegebene Begründung nicht aufrechterhalten werden.

c) Ob die Voraussetzungen des § 326 BGB aufgrund des sonstigen Prozeßstoffes im Ergebnis bejaht werden können, erfordert eine weitere tatrichterliche Prüfung, die dem Revisionsgericht verwehrt ist. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Thumm

Dr. Eckstein

Hagen

Linden

Vogt