

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 171/75

URTEIL

Verkündet am

20. Januar 1978

H i r t h ,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Autoschlossers Hans M [REDACTED],
 2. der Hausfrau Karin M [REDACTED] geb. L [REDACTED],
- beide wohnhaft F [REDACTED] Straße [REDACTED], D [REDACTED],

Kläger, Revisionskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Metzgermeister Hans H [REDACTED],
 2. dessen Ehefrau Anneliese H [REDACTED] geb. L [REDACTED],
- beide wohnhaft U [REDACTED] Straße [REDACTED], D [REDACTED]

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar 1978 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter von der Mühlen, Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Juli 1975 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Kläger wird dieses Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten nur Zug um Zug gegen Zahlung von 90.640,09 DM zur Zustimmung verurteilt worden sind.

Die Beklagten haben die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. Von den übrigen Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger 1/3, die Beklagten 2/3.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger machen einen Anspruch aus einer Auflassungsvormerkung geltend.

Sie kauften mit notariellem Vertrag vom 10. August 1970 von den Eheleuten Peter und Ute S. ein Grundstück. Die Verkäufer sollten darauf ein Eigenheim nach bestimmten Plänen errichten. Der vereinbarte Festpreis von 150.000 DM war in Höhe von 20.000 DM nach Vertragsabschluß, im übrigen in Raten zu entrichten, deren Fälligkeit an den Abschluß bestimmter Arbeiten geknüpft war. Im Anschluß hieran bestimmt der Vertrag:

"Soweit die Finanzierung aus Fremdmitteln erfolgt, sind die jeweils fällig werdenden Teilbeträge des Kaufpreises jedoch erst einforderbar und zahlbar, wenn diese Fremdmittel zur Auszahlung freigegeben werden. Zum Zwecke der rechtzeitigen Auszahlung von Fremdmitteln zur Finanzierung des Kaufpreises verpflichtet sich der Veräußerer, die etwa zur Sicherung dieser Fremdmittel einzutragenden Grundpfandrechte auf dem Kaufgrundstück schon vor der Umschreibung des Eigentums an dem Kaufgrundstück auf den Erwerber in das Grundbuch einzutragen."

Die Veräußerer sollten berechtigt sein, vom Vertrag zurückzutreten, wenn die Kläger mit der Zahlung fällig gewordener Teilbeträge des Kaufpreises ganz oder teilweise oder mit dem ganzen Kaufpreis länger als vier Wochen in Verzug geraten. Die Umschreibung des Eigentums an dem Kaufgrundstück sollte erst erfolgen, wenn der ganze Kaufpreis bezahlt war. Der Notar wurde angewiesen, die Umschreibung erst zu beantragen, wenn die Veräußerer schriftlich bestätigten, daß dies der Fall war.

Die Vertragsparteien erklärten die Auflassung. Vertragsgemäß wurde zur Sicherung des Anspruchs der Kläger auf Eigentumsübertragung am 2. Oktober 1970 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen; gleichzeitig wurde Ute S. auf Grund eines Vertrages mit ihrem Ehemann als Alleineigentümerin des Kaufgrundstücks eingetragen.



Nachdem Peter S. (wegen angeblichen Kaufpreisrückstandes) mit Schreiben seines Anwalts vom 30. November 1970 gegenüber den Klägern den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte hatte, verkaufte Ute S. mit notariellem Vertrag vom 1. Dezember 1970 das Grundstück an die Beklagten, sie verpflichtete sich, das im Rohbau befindliche Wohnhaus fertigzustellen. Hinsichtlich der zugunsten der Kläger eingetragenen Vormerkung heißt es im Vertrag, daß diese durch Rücktritt wegen Nichterfüllung vertraglicher Pflichten gegenstandslos geworden und von der Verkäuferin baldmöglichst zur Löschung zu bringen sei.

Eine Klage des Peter S. gegen die Kläger auf Bewilligung der Löschung der genannten Vormerkung wurde rechtskräftig abgewiesen, weil die Kläger mit Erfüllung des noch ausstehenden Kaufpreisrestes nicht in Verzug geraten seien. In einem weiteren Rechtsstreit wurden die Eheleute S. rechtskräftig verurteilt den Notar unwiderruflich anzuweisen, die Eintragung der Kläger als Grundstückseigentümer zu je 1/2 zu beantragen. Im selben Urteil ist ferner festgestellt, daß das Ehepaar S. den Klägern allen Schaden zu ersetzen hat, der ihnen aus der Veräußerung des Hausgrundstücks an die Beklagten und aus der vom Plan der Kläger abweichenden Bebauung entstanden ist.

Die Beklagten wurden am 22. Februar 1972 als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen. Das Wohnhaus auf dem Grundstück ist nach ihren Wünschen inzwischen fertiggestellt.

Die Kläger verlangen Zustimmung der Beklagten zur Eintragung der Kläger als Eigentümer. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagten verurteilt, der Eigentumsumschreibung Zug um Zug

gegen Zahlung von 90.640,09 DM an die Eheleute Peter und Ute S. [REDACTED] zuzustimmen. Beide Parteien haben gegen dieses Urteil Revision eingelegt. Die Beklagten verfolgen ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Kläger beantragen die Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit die Zustimmung der Beklagten von einer Zahlung an die Eheleute S. [REDACTED] abhängig gemacht worden ist, jede Partei begehrt weiter die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision der Beklagten bleibt ohne Erfolg.

1. Nach Auffassung der Revision der Beklagten besteht ein Zustimmungsanspruch gegen die Beklagten schon deshalb nicht, weil die Kläger noch einen Kaufpreisrest von 90.640,09 DM schuldeten und nach dem Inhalt des Kaufvertrages vom 10. August 1970 eine Eigentumsumschreibung erst erfolgen solle, wenn der Kaufpreis bezahlt sei.

Diese Rüge ist unbegründet. Die Restkaufpreisschuld der Kläger berührt den Bestand des vorgemerkten Anspruchs auf Eigentumsübergang und damit den unselbständigen Hilfsanspruch auf Zustimmung gegen die Beklagten nicht. Erfolgrlos macht die Revision geltend, der vorgemerkte Anspruch sei noch nicht fällig, die Kläger seien vielmehr vertraglich zur Vorleistung verpflichtet. Eine etwa bestehende Vorleistungspflicht der Kläger ist entfallen, weil die Verkäufer nach der Veräußerung des Anwesens an die Be-

klagten dieses nach deren Plänen fertigstellten und sich in der Folgezeit mit Nachdruck grundlos (vgl. Ziff. 2) auf den Standpunkt stellten, sie seien zu Recht vom Vertrag zurückgetreten (vgl. BGHZ 50, 175, 177). Damit haben sie eindeutig und unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, sie wollten ihre eigene Leistung nicht mehr erbringen. Auch die Beklagten haben bis in die Revisionsinstanz vorgetragen, das Ehepaar S. sei vom Vertrag mit den Klägern zurückgetreten. Soweit sie im Rahmen ihrer Verteidigung gegen den unselbständigen Hilfsanspruch des § 888 BGB (BGHZ 49, 263, 266) sich auf Einwendungen und Einreden aus dem Recht der Verkäufer berufen, können sie nicht besser stehen als diese, d. h. auch die Beklagten können nicht auf eine etwa bestehende Vorleistungspflicht der Kläger verweisen. Unter dem Gesichtspunkt der Nichtzahlung des restlichen Kaufpreises kann es deshalb nur noch darum gehen, ob die Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben können (vgl. dazu II).

2. Das Berufungsgericht unterstellt eine neue (im Rechtsstreit zwischen Peter S. und den Klägern noch nicht behandelte), von den Klägern bestrittene Rücktrittserklärung der Verkäufer vom 31. Oktober 1972 als abgegeben, hält sie jedoch nicht für wirksam, weil die Kläger mit der Zahlung der restlichen Kaufpreistraten nicht in Verzug geraten seien. Der Restkaufpreis werde - soweit die Finanzierung aus Fremdmitteln erfolge - erst mit Freigabe dieser Mittel zur Auszahlung fällig. Dies setze wiederum eine Eintragung von Grundpfandrechten zugunsten der Darlehensgeber voraus, wozu Frau S. vertragsgemäß mitzuwirken habe. Solange diese Nebenpflicht nicht erfüllt werde (was nach §§ 883 Abs. 2, 888 BGB auch nach der Eigentumsumschreibung auf die Beklagten möglich sei), jedenfalls nicht ohne ein den Annahmeverzug der Kläger

begründendes Angebot (§ 294 BGB), werde die Hauptpflicht der Kläger zur Zahlung nicht fällig. Das Ehepaar S [REDACTED] habe die Beklagten auch nicht aufgefordert, ihrer Verpflichtung zur Beschaffung der Fremdmittel nachzukommen.

Die Revision meint, zunächst seien die Kläger verpflichtet gewesen, dafür zu sorgen, daß die erforderlichen Fremdmittel zur Auszahlung bereitgestellt würden. Diese hätten sich aber um die Fremdfinanzierung nicht ausreichend gekümmert und auch die Eheleute S [REDACTED] nie darauf hingewiesen, daß Fremdmittel abrufbereit zur Verfügung stünden. Deshalb hätten die Verkäufer auch die Grundpfandrechte nicht bestellen können und seien ihrerseits berechtigt gewesen, die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu erheben.

Auch aus dem Blickwinkel der Revision sind die Kläger mit der Zahlung des Kaufpreisrestes nicht in Verzug gekommen. Zutreffend geht sie mit dem Berufungsgericht davon aus, daß die aus Fremdmitteln finanzierten Teilbeträge des Kaufpreises (nur noch darum geht es hier) erst mit Freigabe der Fremdmittel zur Auszahlung "einforderbar und zahlbar" waren. Diese Fälligkeitsvoraussetzung war unstreitig auch am 31. Oktober 1972 nicht eingetreten. Sie erforderte eine Mitwirkung beider Vertragsparteien. Eine etwa insoweit bestehende Vorleistungspflicht der Kläger war entfallen (vgl. Ziff. 1). Das Ehepaar S [REDACTED] hatte sich durch die Veräußerung des Grundstücks an die Beklagten in eine Lage gebracht, in der es seine Mitwirkungspflicht ohne Zustimmung der Beklagten nicht mehr erfüllen konnte (§§ 883 Abs. 2, 888 BGB). Bei dieser Sach- und Rechtslage konnte das selbst vertragsuntreue Ehepaar S [REDACTED] - ohne Rücksicht auf alle sonstigen Voraussetzungen des vertraglichen oder eines gesetz-

lichen Rücktrittsrechts - ein solches Recht nicht ausüben (vgl. Urteil des Senats vom 26. Oktober 1973 - V ZR 204/71, NJW 1974, 36, 37). Dieser aus § 242 BGB entwickelte Grundsatz ist auch anwendbar auf das hier vertraglich vereinbarte Rücktrittsrecht (vgl. Urteil des Senats vom 19. Mai 1957 - V ZR 24/56, LM BGB § 346 Nr. 6). Mindestens wäre vor einer etwaigen erneuten Rücktrittserklärung eine eindeutige Stellungnahme des Ehepaares Schmitt gegenüber den Klägern erforderlich gewesen, es sei bereit, seine ihm nach dem Vertrag obliegenden Leistungen zu erbringen, damit sich die Kläger im Rahmen ihrer Verhandlungen zur Fremdfinanzierung darauf einstellen könnten. Nicht ausreichend war in diesem Zusammenhang, daß die Verkäufer die Zahlung des restlichen Kaufpreises bereits vor der ersten Rücktrittserklärung vom 30. November 1970 angemahnt hatten. Die Revision erhebt keine Rüge gegen die tatrichterliche Würdigung, daß diese erste Rücktrittserklärung der Verkäufer unwirksam war. Für den hier maßgeblichen Zeitpunkt (31. Oktober 1972) geht es darum, daß das Ehepaar S. nach dem Verkauf des Hauses an die Beklagten und deren Eintragung als Eigentümer mindestens eindeutig zu erkennen geben mußte, es stehe nunmehr wieder zum Vertrag und sei bereit, seine Mitwirkungspflicht zur Beschaffung von Fremdmitteln zu erfüllen.

3. Die Revision sieht in dem Verhalten der Kläger einen Verwirkungstatbestand, weil diese nach Erhalt des Rücktrittsschreibens vom 30. November 1970 in Kenntnis des Verkaufs an die Beklagten und deren Aufwendungen für den Bau des Hauses nicht zum Ausdruck gebracht hätten, daß sie (die Kläger) weitere Ansprüche auf das Grundstück geltend machen. Darauf hätten die Beklagten vertraut und das Haus mit einem erheblichen Kostenaufwand fertiggestellt.

Auch diese Rüge geht fehl. Für eine Verwirkung fehlt es nach den nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts an allen Voraussetzungen. Die Kläger waren dem Löschungsbegehren des Peter Schmitt entgegengetreten und hatten nach Beendigung ihres Rechtsstreits mit ihm den vorgemerkten Anspruch ab Juli 1972 weiterverfolgt, und zwar sowohl durch eine Klage gegen die Eheleute S. als auch durch eine Klage gegen die Beklagten im vorliegenden Verfahren. Die Beklagten kannten die Vormerkung. Die Kläger waren bei dieser Sachlage nicht verpflichtet, ihnen auch noch ausdrücklich zu erklären, sie bestünden auf der Durchsetzung des vorgemerkten Anspruchs.

II.

Die Revision der Kläger ist begründet.

Das Berufungsgericht meint, die Beklagten hätten wegen des unstreitig noch geschuldeten Restkaufpreises die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben, diese Einrede stehe ihnen auch zu und sei begründet, obwohl der Restkaufpreisanspruch noch nicht fällig sei. Dies hält einer Überprüfung nicht stand.

Der Streit der Parteien darüber, ob die Beklagten gegenüber dem Anspruch aus § 888 BGB die Einrede des nicht erfüllten Vertrages überhaupt erheben könnten (vgl. einerseits RGZ 53, 28, 34, andererseits RGZ 144, 281, 283), kann auf sich beruhen. Soweit sich die Beklagten mit Einwendungen und Einreden gegen den vorgemerkten Anspruch verteidigen, mithin die den Verkäufern zustehenden Rechte geltend machen, können sie im Rahmen ihrer Verteidigung gegen den

unselbständigen Hilfsanspruch des § 888 BGB nicht besser stehen als die Verkäufer selbst (vgl. I 1). Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat ein Schuldner aber nur, wenn er selbst weiterhin erfüllungsbereit ist, nicht dagegen, wenn er die eigene Leistung endgültig und nicht nur bis zur Erbringung der Gegenleistung des Vertrages ablehnt (BGHZ 50, 175, 177; BGH WM 1970, 958, 960; 1976, 964, 966; BGB-RGRK 12. Aufl. § 320 Rdn. 20; Palandt, BGB 37. Aufl. § 320 Anm. 2 b). Die Beklagten haben aber bis in die Revisionsinstanz die Auffassung vertreten, daß das Ehepaar Schmitt wirksam vom Vertrag zurückgetreten sei und ein Übereignungsanspruch der Kläger mithin gar nicht mehr bestehe. Damit steht aber auch ihnen eine Einrede nach §§ 320, 322 BGB nicht zu.

Zu dieser Entscheidung sind weitere tatrichterliche Feststellungen nicht erforderlich; der Senat konnte damit in der Sache selbst entscheiden.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO. Sie mußte dem Umstand Rechnung tragen,

daß die Kläger in den Vorinstanzen mit ihrem Antrag auf Herausgabe des Grundstücks unterlegen sind.

Hill

von der Mühlen

Dr. Eckstein

Hagen

Vogt