

Verkündet am 29. Oktober 1958
Jodas, Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kraftfahrers Josef B. in V-H,
He-straße ,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Witwe Maria B. geb. Br. in S.,
G-straße ,

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 8. Oktober 1958 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Augustin, Schubert, Dr. Rothe, Dr. Freitag
und Dr. Matvern

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteils
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 20. März 1957 hinsichtlich Absatz 3 des
Urteilstenors (beginnend mit "In Höhe" und endend
mit "zu zahlen") aufgehoben und insoweit wie folgt
neu gefaßt:

In Höhe der noch bestehenden Hauptverbindlich-
keiten, zu deren Sicherung die in Abteilung III unter
Nr. 4 und 5 des bezeichneten Grundbuchblatts einge-
tragenen Hypotheken dienen, kann die Klägerin die
Zahlung dadurch bewirken, daß sie den Beklagten von
diesen Verbindlichkeiten befreit.

II. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

III. Von den Kosten der Revision hat die Klägerin 1/10
und der Beklagte 9/10 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Urteil des Senats vom 12. Dezember 1956 - V ZR 265/56 -, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe Bezug genommen wird, wurde auf die Revision der Klägerin das die Klage abweisende erste Urteil des Berufungsgerichts vom 4. Juli 1956 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Auf Grund der erneuten Verhandlung hat das Berufungsgericht wie folgt erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 16. September 1954 verkündete Urteil der 1. Ferien-Zivilkammer des Landgerichts in M.-Gladbach unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin das im Grundbuch von V. Bd. 84 Bl. 3333 eingetragene, in V.-H., He.straße, gelegene Grundstück aufzulassen, Zug um Zug gegen Zahlung von 4 700 DM.

In Höhe der zur Zeit der Vollstreckung noch bestehenden Hauptschulden der in Abteilung III unter Nr. 4 und 5 des bezeichneten Grundbuchblattes eingetragenen Hypotheken von 3 840 DM - Schuldurkunde vom 23. Oktober 1951, UR Nr. 1533 des Notars Dr. D. in V. - und 1 000 DM - Schuldurkunde vom 30. November 1951, UR Nr. 1676 des Notars Dr. D. in V. - kann die Klägerin die Zahlung dadurch ersetzen, daß sie sich dem Beklagten gegenüber verpflichtet, für die bezeichneten Hypotheken jeweils bei Fälligkeit die Tilgungsquoten und Zinsen an die Hypothekengläubigerin zu zahlen.

- 3 -

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklagten zu 7/10, der Klägerin zu 3/10 auferlegt.

Mit der hiergegen eingelegten Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat auf Grund der Beweisaufnahme vor dem Landgericht festgestellt, daß der Beklagte seine Vertragspflicht, den Garten zu bearbeiten und zu pflegen, im Jahre 1953 und bis April 1954 in grober Weise anhaltend schuldhaft verletzt hat, obwohl er durch das Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 4. November 1953 zur Vertragserfüllung unter Rücktrittsandrohung angehalten worden sei. Für den Fall, daß der von der Klägerin mit Schreiben vom 11. März 1954 erklärte Rücktritt als verfrüht anzusehen sei, hat das Berufungsgericht in dem Armenrechtsgesuch der Klägerin, das dem Beklagten im April 1954 zugegangen sei, eine wirksame Wiederholung des Rücktritts gesehen.

a) Hiergegen wendet sich die Revision zunächst mit dem Hinweis auf folgende Ausführungen des Senats in seinem Urteil vom 12. Dezember 1956:

"Vom Beklagten ist bestritten worden, daß die Klägerin auch in den späteren Jahren an die Pflege des Gartens gemahnt hat. Es ist also, da eine Feststellung nicht getroffen und Beweis nicht erhoben ist, in der Revisionsinstanz von der Richtigkeit dieses Vortrags der Klägerin auszugehen."



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision meint, es müsse, da das Berufungsgericht keinerlei weitere Beweise erhoben habe, nunmehr zugunsten des Beklagten unterstellt werden, daß er in den späteren Jahren den Garten ordnungsmäßig gepflegt habe und daß er in dieser Zeit auch von der Klägerin nicht gemabnt worden sei.

Dem steht jedoch entgegen, daß das Berufungsgericht sowohl eine Verletzung der Vertragspflicht des Beklagten im Jahre 1953 und bis April 1954 als auch eine Mahnung des Beklagten an die Erfüllung seiner Vertragspflicht ausdrücklich festgestellt hat.

Diese Feststellungen hat das Berufungsgericht allerdings ohne weitere Beweiserhebung getroffen. Damit hat sich das Berufungsgericht aber nicht in Widerspruch zu den von der Revision zitierten Ausführungen des Senats in seinem Urteil vom 12. Dezember 1956 gesetzt. Wenn der Senat die Richtigkeit des - vom damaligen Standpunkt des Berufungsgerichts aus unerheblichen - Vortrages der Klägerin (daß der Beklagte sein vertragswidriges Verhalten in den Jahren 1952 und 1953 fortgesetzt habe und von ihr auch in dieser Zeit wiederholt zur Bearbeitung und zur Pflege des Gartens aufgefordert worden sei), für die Revisionsinstanz unterstellt hat, weil der Beklagte diesen Vortrag bestritten hatte und insoweit vom Berufungsgericht eine Feststellung nicht getroffen und Beweis nicht erhoben wurde, so sollte damit, wie sich aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des Urteils vom 12. Dezember 1956 (S. 9/10) ergibt, nur zum Ausdruck gebracht werden, daß es auf den Vortrag der Klägerin noch ankam und daß das Berufungsgericht deshalb insoweit noch Feststellungen treffen und nur erforderlichenfalls die von der Klägerin

angetretenen Beweise erheben mußte. Das Berufungsgericht war deshalb nicht gehindert, schon auf Grund der Beweisaufnahme vor dem Landgericht eine Verletzung der Vertragspflicht des Beklagten im Jahre 1953 und bis April 1954 festzustellen und in dem von ihm als unstreitig bezeichneten Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 4. November 1953 eine Mahnung des Beklagten an die Bearbeitung und die Pflege des Gartens zu sehen.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhange darauf hinweist, der Beklagte habe in seinem Schrittsatz vom 25. Januar 1955 (Bl. 104 GA) unter Beweis gestellt, daß er von der Klägerin nicht gemahnt worden sei, übersieht sie; daß dieser Beweisaustritt sich nur darauf bezog, daß der Beklagte vor dem Empfang des Schreibens des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 4. November 1953 nicht gemahnt wurde. Hierauf kam es aber bei der Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte auch noch nach dem Empfang dieses Schreibens seine Vertragspflicht zur Bearbeitung und Pflege des Gartens verletzt hat, nicht an.

b) Da nach § 398 ZPO die Wiederholung einer Beweisaufnahme im Ermessen des Prozeßgerichts steht und dies auch für das Berufungsgericht gilt (Baumbach/Lauterbach, ZPO 25. Aufl. § 398 Anm. 2 A) und dafür, daß das Berufungsgericht die Grenzen dieses Ermessens überschritten hat, was allein nachprüfbar wäre (OGHZ 1, 226), nichts dargetan ist, ist nicht ersichtlich, wieso, wie die Revision meint, unter dem Gesichtspunkt der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme eine Verletzung des § 375 ZPO (richtig wohl: des § 375 ZPO) darin liegen soll, daß das Berufungsgericht die Beweisaufnahme vor dem Landgericht anders als dieses gewürdigt hat. Der Hinweis der Revision auf die österreichische Prozeß-

ordnung, nach der ihrer Meinung nach das Berufungsgericht ohne Wiederholung der Beweisaufnahme nicht zu einem andern Ergebnis als das Landgericht hätte kommen können, geht fehl, weil eine dahingehende Bestimmung in der Zivilprozeßordnung nicht enthalten ist.

c) Auch die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt, ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat den der Klägerin obliegenden Beweis, daß der Beklagte den Garten nicht ordnungsmäßig gepflegt hat, durch die Aussagen der vor dem Landgericht vernommenen Zeugen als erbracht angesehen. Wenn das Berufungsgericht dabei mitberücksichtigt hat, daß von dem Beklagten nicht im einzelnen dargelegt wurde, welche Arbeiten er seit Empfang der Rücktrittsandrohung und insbesondere im Frühjahr 1954 geleistet habe, so hat es damit den Beklagten insoweit nicht als beweispflichtig erachtet, sondern seine fehlende Darlegung lediglich als Bestätigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme gewertet. Dies ist nicht zu beanstanden.

d) Die Revision erachtet sodann die Vorschriften der §§ 133, 157 BGB als verletzt, weil das Berufungsgericht nicht bedacht habe, was die Parteien unter ordnungsmäßiger Pflege des Gartens im Sinne des Vertrages verstanden hätten. Sie meint, das Berufungsgericht hätte darauf abstellen müssen, was von dem Beklagten zu verlangen gewesen sei, wenn er die Pflege des Gartens übernommen habe. Da er von Beruf Kraftfahrer sei, habe von ihm nicht verlangt werden können, daß er Leistungen eines gelernten Gärtners erbringe. Dies gelte im besonderen dafür, daß die Bäume nicht zweckmäßig beschnitten worden und von Ungeziefer befallen gewesen seien.

Diese Gesichtspunkte hat das Berufungsgericht nicht unberücksichtigt gelassen. Es hat aber, wie sich aus seinen Ausführungen im einzelnen ergibt, die Verletzung der Vertragspflicht des Beklagten nicht nur in der Unterlassung von Maßnahmen, die wie das Beschneiden der Bäume und die Bekämpfung des Ungeziefers fachmännische Kenntnisse voraussetzen könnten, sondern in erster Linie darin gesehen, daß der Beklagte den Garten verunkrauten und die Wege verwahrlosen ließ und den Garten nicht ordentlich bearbeitet hat. Die hieraus vom Berufungsgericht gezogene Schlußfolgerung, daß der Beklagte sich im Rahmen seiner Möglichkeiten nicht hinreichend um die Instandsetzung des stark verwilderten Gartens bemüht habe, enthält deshalb keine Anhaltspunkte dafür, daß das Berufungsgericht die dem Beklagten nach dem Vertrag obliegende Pflicht zur Bearbeitung und zur Pflege des Gartens unter Verletzung der §§ 133, 157 BGB verkannt hat.

e) Schließlich sind die gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts erhobenen Rügen der Verletzung des § 286 ZPO nicht begründet.

Soweit die Revision gegenüber der Hilferwägung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe den Rücktritt vom Vertrag mit ihrem Armenrechtsgesuch wirksam wiederholt, meint, das Berufungsgericht habe dabei nicht auf den April 1954 abstellen dürfen, sondern auf den März 1954 abstellen müssen, weil das Armenrechtsgesuch ebenso wie die Klage vom 29. März 1954 datiere, übersieht sie, daß das Armenrechtsgesuch erst am 3. April 1954 an den Beklagten weitergeleitet wurde (Bl. 2 GA), und deshalb gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß das Armenrechtsgesuch dem Beklagten im April 1954 zugegangen sei, keine rechtlichen Bedenken bestehen.

Mit der Aussage der Zeugin K. (Bl. 36 GA), der Beklagte habe mit einer intensiven Bearbeitung des Gartens begonnen, "als bereits die Klage lief", brauchte sich das Berufungsgericht nicht auseinanderzusetzen, da es nur darauf ankam, ob der Beklagte vorher, nämlich spätestens bevor ihm das Armenrechtsgesuch der Klägerin zugegangen war, seine Vertragspflicht zur Bearbeitung und zur Pflege des Gartens verletzt hatte.

Aus denselben Gründen kam es nicht darauf an, daß der Garten bei der Augenscheinseinnahme durch das Landgericht am 6. August 1954 (Bl. 35 GA) im wesentlichen einen guten Eindruck gemacht, und daß der Zeuge Zevels bei seiner Vernehmung am selben Tag (Bl. 38 GA) den "jetzigen Zustand des Gartens", also den Zustand im Zeitpunkt seiner Vernehmung als ordnungsmäßig bezeichnet hat. Auf den unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 31. August 1954 (Bl. 49 GA), er habe in seiner Freizeit im Garten gearbeitet, kam es nicht an, da das Berufungsgericht bei seinen Feststellungen mitberücksichtigt hat, daß der Beklagte nicht ganz untätig geblieben ist (BU S.7).

Die Beweisanträge des Beklagten dahin, daß im Frühjahr 1954 gar kein hohes Unkraut (Brennesseln) stehen konnte und daß in dieser Zeit der Beklagte zusammen mit Josef Hec. im Garten gearbeitet habe (Schriftsatz des Beklagten vom 25. Januar 1954, Bl. 105, 107 GA), hat das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf den Schriftsatz des Beklagten vom 25. Februar 1957, in dem diese Beweisanträge wiederholt wurden (Bl. 257 GA), ohne Rechtsirrtum als unbeachtlich bezeichnet (BU S.8).

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beweisaufnahme keinen ausreichenden Anhalt dafür ergeben, daß

die Klägerin den Beklagten an der Erfüllung seiner Pflicht gehindert hat. Für die Meinung der Revision, das Berufungsgericht habe hierbei die Aussagen des Zeugen M. (Bl. 40 GA) übergangen, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, da das Berufungsgericht seine Auffassung am Ende des Abschnitts seiner Entscheidungsgründe niedergelegt hat, in dem es sich mit der Aussage des Zeugen M. befaßt hat (BU S.7).

Die in das Zeugnis von L. (nicht auch von Sch.) gestellte Behauptung des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 25. Januar 1955 (Bl. 107/108 GA), die Klägerin habe den Beklagten daran gehindert, die Hälfte der Bäume herauszuschlagen, hat das Berufungsgericht weder zeitlich noch nach der Art und Weise der Behinderung als hinreichend substantiiert angesehen (BU S.8). Die Nichtvernehmung des Zeugen begegnet daher keinen rechtlichen Bedenken.

Dasselbe gilt für die Nichtvernehmung des Zeugen He. Dem von dem Beklagten in seinem Schriftsatz vom 15. September 1955 behaupteten Vorfall (Bl. 184/185 GA), den dieser Zeuge bestätigen sollte, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum keine Bedeutung für den Ausgang des Rechtsstreits beigemessen (BU S.8).

Mit dem weiteren unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 25. Januar 1955, er sei im Jahre 1953 vier Monate lang krank und arbeitsunfähig gewesen (Bl. 110 GA), hat sich das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision ausdrücklich befaßt. Es hat jedoch ohne Rechtsirrtum auch diesen Vortrag als unwesentlich bezeichnet.

2. Das Berufungsgericht hat den Übereignungsvertrag vom 16. März 1950 dahin ausgelegt, daß das in ihm der Klägerin vorbehaltene Rücktrittsrecht in Wirklichkeit ein Recht auf Widerruf des Vertrages (ex nunc) sei und sich deshalb die Herausgabepflicht der Klägerin nicht nach den §§ 346 ff BGB, sondern nach Bereicherungsgrundsätzen bestimme.

Die Revision hält diese Auslegung für unzulässig. Sie meint, die Auslegung sei mit dem Wortlaut des Vertrages, der die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich habe, nicht vereinbar. Es sei auch zu beachten, daß der Vertrag von einem Notar beurkundet worden sei, der sich über den Begriff des Rücktritts im klaren gewesen sei und die Amtspflicht gehabt habe, die Parteien entsprechend aufzuklären.

Hiermit kann die Revision keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat den Wortlaut des Vertrages und dessen besondere Bedeutung bei notariellen Urkunden nicht außer Betracht gelassen. Es ist jedoch unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu dem Ergebnis gekommen, daß die Parteien eine rückwirkende Abrechnung der Nutzungen und Lasten nach ihrem objektiven Verkehrswert, wie sie der Rücktritt notwendig machen würde, nicht gewollt haben können. Die in Anwendung der Vorschrift des § 133 BGB erfolgte Auslegung des Vertrages ist möglich (vgl. Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht 15. Aufl. § 38 II 1 c unter Bezugnahme auf Dernburg, Bürgerliches Recht 3. Aufl. II 1 § 107 VI für den Fall des sogenannten Auszugsvertrages) und deshalb für die Revisionsinstanz bindend. Das von der Revision zitierte Urteil des Senats vom 2. Mai 1956 - V ZR 157/54 - IM Nr. 4 zu § 133 (Fb) BGB steht dem nicht entgegen, da ihm ein anderer Fall zugrunde liegt.

Die Auslegung des Vertrages dahin, daß das Rücktrittsrecht in Wirklichkeit ein Recht auf Widerruf des Vertrages ist, stellt lediglich eine andere rechtliche Beurteilung dar. Es ist deshalb nicht ersichtlich, wieso die Vorschriften der §§ 128, 286 ZPO verletzt sein sollen, weil die Klägerin nicht ausdrücklich ein Recht auf Widerruf des Vertrags geltend gemacht hat.

Der Umstand, daß die Klägerin mit der Veränderung des Hauses durch den Beklagten einverstanden war, konnte entgegen der Meinung der Revision bei der Auslegung des Vertrages nicht von Bedeutung sein, da er nach dem Abschluß des Vertrages liegt.

Auch unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB ist dieser Umstand nicht von Bedeutung, da er, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 12. Dezember 1956 (S. 10) in anderem Zusammenhang ausgeführt hat, zu einer Beeinträchtigung der wenigen Rechte, welche sich die Klägerin in dem Vertrag vorbehalten hat, nicht führen kann.

3. Das Berufungsgericht hat die Bereicherung der Klägerin in dem Mehrwert gesehen, den das Grundstück durch den Umbau des Hauses durch den Beklagten erlangt hat, und ist bei der Berechnung dieses Mehrwerts von den Ertragswerten des Grundstücks vor und nach dem Umbau, über die es eine gutachtliche Äußerung der Stadtverwaltung Viersen eingeholt hat (Bl. 201, 207 ff GA), ausgegangen.

Die Revision meint demgegenüber, daß nicht ausschließlich auf den Ertragswert abgestellt werden dürfe, sondern in erster Linie auf den Verkehrswert abgestellt werden müsse. Der Verkehrswert sei aber bei weitem höher. Er belaufe sich

im besonderen gerade bei dem gestiegenen Bauindex mindestens auf die Beträge, die der Beklagte aufgewendet hätte, wie gerichtsbekannt sein dürfte.

Hiermit setzt sich die Revision in Gegensatz zu der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 10, 171, 180; NJW 1955, 1106), nach der es keinen Erfahrungssatz dahin gibt, daß sich der gemeine Wert (Verkehrswert) eines bebauten Grundstücks um den Wert der für die Bebauung gemachten angemessenen Baukosten erhöht, der gemeine Wert eines bebauten Grundstücks vielmehr in der Regel und im wesentlichen durch seine Ertragsfähigkeit bestimmt wird. Hiervon im vorliegenden Einzelfall abzugeben, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Sie werden auch von der Revision nicht geltend gemacht.

Das Berufungsgericht ist allerdings von der gutachtlichen Äußerung der Stadtverwaltung Viersen insoweit abgewichen, als es den jährlichen Reinertrag des Grundstücks nicht mit 5 %, sondern mit 7 % kapitalisiert hat. Das Berufungsgericht hat dies damit begründet, daß der Klägerin nur die Zahlung desjenigen Kapitals auferlegt werden dürfe, das sie erhalte, wenn sie die Ertragssteigerung als Zinsen zur Verfügung stelle. Sie erhalte aber, wie gerichtsbekannt sei, eine Hypothek auf das Grundstück nur für 7 % oder mehr. Es sei deshalb eine Kapitalisierung nur auf rund 4 700 DM angemessen.

Auch diesen, von der Revision auch nicht angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts stehen keine rechtlichen Bedenken entgegen.

4. Die Entscheidung dahin, daß die Klägerin die Zahlung der 4 700 DM in Höhe der zur Zeit der Vollstreckung noch bestehenden Hauptschulden der beiden Hypotheken dadurch ersetzen könne, daß sie sich dem Beklagten gegenüber verpflichte,

für die Hypotheken jeweils bei Fälligkeit die Tilgungsquoten und Zinsen an die Hypothekengläubigerin (Stadt Viersen) zu zahlen, hat das Berufungsgericht im wesentlichen wie folgt begründet.

Die beiden Hypotheken seien zur Zeit erst mit rund je 200 DM getilgt, so daß auf dem Grundstück noch eine Last von rund 4 400 DM rube. Nach dem Vertrag sei der Beklagte verpflichtet, das Grundstück lastenfrei aufzulassen. Die Klägerin brauche daher ihre Bereicherungsschuld nur Zug um Zug gegen Beseitigung der beiden Hypotheken zu bezahlen (§ 273 BGB). Dieser Leistungsaustausch sei gleichzeitig nicht möglich. Selbst wenn die Klägerin den von ihr geschuldeten Betrag unmittelbar an die Stadt Viersen als Hypothekengläubigerin zahlen würde, würde sie damit nicht gleichzeitig und nicht ohne weiteres die Tilgung und Löschung der Hypotheken erreichen. Die Hypotheken seien zwar ohne Zustimmung der Stadt ablösbar. Aber abgesehen davon, daß die Zahlung an die Stadt nicht gleichzeitig die Löschung bewirke, habe die Zahlung der Hypothekenschuld durch einen Dritten ohne Zustimmung des Hypothekenschuldners nicht ohne weiteres gleichzeitig die Ablösung der Hypothek zur Folge. Der Beklagte könnte als Vertragsgegner der Gläubigerin der Ablösung widersprechen. Außerdem beeinträchtigten die beiden Hypotheken die Bereicherung der Klägerin und damit unmittelbar den Anspruch des Beklagten. Die Klägerin hafte nicht nur als Eigentümerin aus dem Grundstück, sondern ihre Bereicherung sei auch angesichts des aus § 273 BGB folgenden Zwangs zur Zahlung von 4 700 DM gegen Auflassung des Grundstücks hinfällig. Sie sei, selbst wenn sich ohne weiteres ein Geldgeber fände, nicht imstande, das mit den Hypotheken belastete Grundstück so zu beleiben, daß sie durch Zahlung der Hypothekensvaluta erst die Auflassungs-

erklärung des Beklagten auslöse. Beide Gesichtspunkte, ihr Anspruch auf lastenfreie Auflassung und die Beeinträchtigung einer Bereicherung, ergäben, daß die in § 273 BGB vorgesehene gleichzeitige Abwicklung der sich gegenüberstehenden Leistungen im vorliegenden Fall nicht möglich sei. Dann aber müsse das Urteil nach § 242 BGB eine dem Einzelfall angepaßte, zweckentsprechende Lösung des Widerstreits der Ansprüche geben. Dies führe hier dazu, daß der Beklagte sich damit begnügen müsse, daß die Klägerin ihm gegenüber die noch bestehenden Hypothekenschulden übernehme.

Diese Begründung vermag die Ersetzung der Zahlung der 4 700 DM durch die Klägerin nicht zu rechtfertigen.

Dem Berufungsgericht ist zwar darin beizutreten, daß, wenn die gleichzeitige Ausführung der beiderseitigen Leistungen nicht möglich ist, das Urteil nach § 242 BGB eine andere zweckentsprechende Lösung finden muß (Palandt BGB 17. Aufl. § 274 Anm. 2; Staudinger BGB 9. Aufl. § 274 Anm. 1 Abs. 2; Enneccerus/Lehmann aaO § 25 III Fußnote 9). Ob die Voraussetzungen für die Anwendung des § 242 BGB hier gegeben sind, kann aber zweifelhaft sein, weil der Beklagte lediglich zur Auflassung (nicht zur lastenfreien Auflassung) verurteilt ist und die Klägerin 4 700 DM zu zahlen hat, diese beiden Leistungen aber gleichzeitig zu bewirken sind.

Einesnäheren Eingehens hierauf bedarf es aber deshalb nicht, weil die vom Berufungsgericht der Klägerin zugewilligte Ersetzung der Zahlung der 4 700 DM durch eine Verpflichtungserklärung aus anderen Gründen nicht aufrecht erhalten werden kann.

Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsirrtum der Auffassung, daß die Klägerin, wenn sie das Grundstück zurückerhält, um den durch den Umbau und die Erweiterung des Hauses eingetretenen Mehrwert ohne rechtlichen Grund bereichert ist, daß dieser Mehrwert sich auf 4 700 DM beläuft und daß der Beklagte die Auflassung des Grundstücks von der Herausgabe des Mehrwerts abhängig machen, also nur Zug um Zug gegen Herausgabe der Bereicherung zur Auflassung verurteilt werden kann. Hätte nun der Beklagte die beiden Darlehen, zu deren Sicherung die beiden Hypotheken bestellt wurden, nicht aufgenommen, sondern auch insoweit eigene Mittel zum Umbau und zur Erweiterung des Hauses verwendet, so würde die Auffassung des Berufungsgerichts ohne weiteres zur Folge haben, daß der Beklagte zur Auflassung des Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung von 4 700 DM zu verurteilen wäre. Eine hierauf beschränkte Verurteilung hält jedoch das Berufungsgericht, wie aus dem Zusammenhang der Gründe seines Urteils (und auch des Urteilstenors) als seine Auffassung entnommen werden kann, mit Rücksicht auf die Belastung des Grundstücks mit den beiden Hypotheken nicht für möglich. Ob dies zutrifft, kann indessen dahinstehen, weil der Beklagte einen Antrag dahin, ihn zur Auflassung des Grundstücks nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Geldbetrags zu verurteilen, gar nicht gestellt hat. Sein in der Berufungsinstanz gestellter und auch in der Revisionsinstanz aufrecht erhaltener Hilfsantrag (auf den es deshalb noch ankommt, weil der Hauptantrag, die Berufung der Klägerin gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts zurückzuweisen, unbegründet ist) geht nämlich, soweit es sich um die beiden Hypotheken handelt, dahin, ihn zur Auflassung des Grundstücks nur Zug um Zug gegen Freistellung von seinen Verpflichtungen gegenüber der Stadt V. aus den beiden Hypotheken zu verurteilen. Es bedarf deshalb nur der Prüfung der Frage, ob dieser von den Beklagten im Wege des

Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB geltend gemachte Freistellungsanspruch begründet ist. Dies ist aus § 257 BGB zu bejahen, da der Bereicherungsanspruch des Beklagten auf Herausgabe des Mehrwerts des Hauses aus seinen Aufwendungen entstanden ist, die er für den Umbau und die Erweiterung des Hauses gemacht hat, und der Beklagte zu diesem Zweck die durch die beiden Hypotheken gesicherten Darlehensverbindlichkeiten eingegangen ist.

Der Beklagte wäre deshalb zur Auflassung des Grundstücks nur Zug um Zug gegen Befreiung von seinen durch die beiden Hypotheken gesicherten Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Stadt V. und gegen Zahlung des Betrags zu verurteilen gewesen, der sich aus der Differenz zwischen dem Betrag von 4 700 DM und dem für die Befreiung von den Darlehensverbindlichkeiten aufgewendeten Betrag ergibt.

Eine Verurteilung des Beklagten in diesem Umfang auszusprechen, sieht sich der Senat deshalb gehindert, weil der Beklagte durch das Berufungsurteil in erster Linie zur Auflassung Zug um Zug gegen Zahlung von 4 700 DM verurteilt ist (Abs. 2 des Urteilstenors) und diese Verurteilung, da die Klägerin keine Anschlußrevision eingelegt hat, nach § 559 ZPO nicht zum Nachteil des Beklagten abgeändert werden kann. Das Berufungsgericht hat jedoch die Verurteilung des Beklagten zur Auflassung Zug um Zug gegen Zahlung von 4 700 DM weitgehend dadurch eingeschränkt, daß es der Klägerin die Befugnis zugebilligt hat, in Höhe der zur Zeit der Vollstreckung noch bestehenden Hauptschulden der beiden Hypotheken die Zahlung der 4 700 DM dadurch zu ersetzen, daß sie sich dem Beklagten gegenüber verpflichtet, für die Hypotheken jeweils bei Fälligkeit die Tilgungs-

quoten und Zinsen an die Hypothekengläubigerin zu zahlen. Dies gibt ohne rechtliche Bedenken die Möglichkeit, die aus den Feststellungen des Berufungsgerichts und den von den Parteien gestellten Anträgen sich ergebende Verurteilung des Beklagten dadurch zu berücksichtigen, daß die Klägerin die Zahlung der 4 700 DM in der Weise bewirkt, daß sie den Beklagten von seinen Verbindlichkeiten gegenüber der Hypothekengläubigerin befreit und an ihn nur den Betrag zahlt, der sich aus der Differenz zwischen dem Betrag von 4 700 DM und dem für die Befreiung des Beklagten von seinen Verbindlichkeiten aufgewendeten Betrag ergibt. Dem steht die Vorschrift des § 559 ZPO allerdings nur dann nicht entgegen, wenn bei einer Verurteilung des Beklagten in diesem Sinne die Barzahlung, die der Beklagte hiernach erhält, nicht geringer ist als die Barzahlung, welche die Klägerin nach dem angefochtenen Urteil zu leisten hat. Eine geringere Barzahlung würde der Beklagte aber erhalten, wenn die Klägerin den Beklagten von allen durch die beiden Hypotheken gesicherten Verbindlichkeiten, also nicht nur von seinen Hauptverbindlichkeiten, sondern auch von seinen Verbindlichkeiten aus etwa rückständigen Zinsen befreien würde. Die der Klägerin einzuräumende Möglichkeit, die Bezahlung der 4 700 DM zunächst dadurch zu bewirken, daß sie den Beklagten von seinen Verbindlichkeiten gegenüber der Hypothekengläubigerin befreit, war daher entsprechend dem angefochtenen Urteil dahin einzuschränken, daß sie sich nur auf die Hauptverbindlichkeiten und nicht auch auf Verbindlichkeiten aus etwa rückständigen Zinsen bezieht.

Wie die Klägerin die Befreiung bewirkt, ist ihr überlassen (Palandt aaO § 257 Anm. 2). Erforderlichenfalls kann sie nach § 257 Satz 2 BGB Sicherheit nach Maßgabe der §§ 232 ff BGB leisten.

14

5. Das angefochtene Urteil war daher unter Zurückweisung der Revision im übrigen lediglich hinsichtlich Abs. 3 des Urteilstenors aufzuheben. Insoweit war das Urteil neu zu fassen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92, 97 ZPO.

Der geringe Erfolg des Beklagten mit seiner Revision konnte auf die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts keinen Einfluß haben. Gegen diese bestehen auch keine rechtlichen Bedenken, da das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, daß der Beklagte mit seinem Hauptantrag, dem Klageabweisungsantrag, voll unterlegen ist und der Klägerin nur deshalb ein Teil der Kosten auferlegt wurde, weil der Beklagte mit der Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechts zu einem Teil Erfolg gehabt hat (RG DR 1941, 1959, 1961; Baumbach/Lauterbach aaO § 92 Anm. 1 B; Stein/Jonas/Schönke ZPO 18. Aufl. § 92 Anm. I 1).

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Mattern