

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 179/69

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

22. Januar 1971

Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Witwe Magda G. [REDACTED] geb. D. [REDACTED] in
I. [REDACTED], F. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Edith H. [REDACTED] geb. S. [REDACTED] in H. [REDACTED]
über F. [REDACTED]/S. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Hill für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 10. Oktober 1969 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Verurteilung der Beklagten nicht von einer Zug um Zug zu bewirkenden Gegenleistung der Klägerin abhängig gemacht ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand

In notarieller Urkunde vom 9. August 1963 verkaufte die Beklagte ihr Hausgrundstück F[REDACTED] in

- 3 -

I [REDACTED] an die Klägerin. Diese war hierbei auf Grund von ihr erteilter Vollmacht vom 3. Juli 1963 durch den Diplom-Kaufmann Dr. H [REDACTED] vertreten. Der "Barkaufpreis" betrug 300 000 DM. Er sollte durch Übernahme dinglicher Lasten in Höhe von 210 000 DM, durch am 1. September 1963 zu zahlende 50 000 DM und durch am 1. September 1964 zu zahlende 40 000 DM berichtigt werden. Außerdem räumte die Klägerin der Beklagten ein Altenteil ein, das u.a. aus einer monatlichen Rente von 500 DM und einem Wohnrecht in dem verkauften Haus bestehen sollte. Weitere Vereinbarungen wurden hinsichtlich der Räume getroffen, die damals von den beiden Söhnen der Beklagten, Horst und Manfred G [REDACTED], benutzt wurden. Die Söhne sollten frühestens am 1. Oktober 1963 räumen dürfen und spätestens am 31. August 1964 räumen müssen. Die Klägerin sollte berechtigt sein, von den am 1. September 1964 zu zahlenden 40 000 DM die Miete der Söhne in Höhe von monatlich 770 DM einzubehalten. Zur Sicherung des Auflassungsanspruchs der Klägerin wurde die Eintragung einer Vormerkung bewilligt. Diese wurde am 30. September 1963 im Grundbuch eingetragen.

Die Klägerin zahlte auf den am 1. September 1963 fälligen Teil des Barkaufpreises nur 40 000 DM. Im übrigen rechnete sie mit Gegenansprüchen auf, u.a. mit Mietansprüchen gegen die Söhne der Beklagten.



Auf Grund des Kaufvertrags kam es in der Folgezeit zwischen den Parteien zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten, bei denen zum Teil auf Seiten der Beklagten auch deren Söhne beteiligt waren.

Aus dem umfangreichen Schriftwechsel der Parteien in dieser Zeit sind insbesondere von Bedeutung: das Schreiben der Anwälte der Klägerin an die Beklagte vom 19. August 1964, das Schreiben des Anwalts der Beklagten an die Anwälte der Klägerin vom 14. Januar 1966 und das Schreiben vom 14. Oktober 1968, das die Beklagte während des Rechtsstreits an die Klägerin richtete. Alle Schreiben erörterten Säumigkeiten des jeweiligen Empfängers, setzten Fristen und enthielten Mitteilungen für den Fall fruchtlosen Verstreichens dieser Frist.

Am 6. November 1968 hinterlegte die Klägerin beim Amtsgericht Itzehoe einen Betrag von 58 500 DM. Als in Betracht kommende Empfangsberechtigte gab sie die Beklagte und sich selbst an. Auf das Recht der Rücknahme verzichtete sie nicht.

Die Klägerin hat Verurteilung der Beklagten zur Auflassung des Grundstücks beantragt.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat u.a. vorgetragen, der Erfüllungsanspruch der Klägerin sei spätestens dadurch untergegangen,

daß ihr Prozeßbevollmächtigter mit Schriftsatz vom 14. November 1968 (S. 3) im Anschluß an ihr Schreiben vom 14. Oktober 1968 den Rücktritt von dem Kaufvertrag erklärt habe; die Hinterlegung der 58 500 DM sei unwirksam, weil die Voraussetzungen der Hinterlegung nicht gegeben seien und die Klägerin auch nicht auf Rücknahme verzichtet habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat einen wirksamen Rücktritt der Beklagten von dem Vertrag verneint.

In der Berufungsinstanz hat die Beklagte die Nichtigkeit des Kaufvertrags vom 9. August 1963 noch darauf gestützt, daß die von der Klägerin erteilte Vollmacht vom 3. Juli 1963 für den Vertragsschluß nicht ausgereicht habe und daß der Erfüllungsanspruch der Klägerin schon durch die Vorgänge der Jahre 1964 und 1966 untergegangen sei. Außerdem hat sie den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten. Dazu hat sie vorgetragen, daß sie als Erbin ihres am 31. Oktober 1960 verstorbenen Ehemanns erst jetzt durch Zufall von einer Urkunde erfahren habe, wonach von den 210 000 DM dinglicher Belastung ein Teilbetrag von 40 349,84 DM keine persönliche Schuld ihres Ehemanns, sondern eine persönliche Schuld der Klägerin und Dr. H. [REDACTED] betroffen habe. Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz weiter hilfsweise beantragt, sie nur Zug um Zug gegen Eintragung des Altenteils, Zahlung von 58 533,40 DM und Zahlung des laufenden monatlichen Leibrentenbetrags

von 500 DM ab. 1. November 1968 zu verurteilen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und ihren Hilfsantrag weiter. Die Klägerin beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht erörtert in zeitlicher Reihenfolge fünf Sachverhalte, aus denen die Beklagte die Unwirksamkeit des Kaufvertrags vom 9. August 1963 herleitet, nämlich die Vorgänge bei dem Vertragsabschluß, die Rechtshandlungen der Jahre 1964, 1966 und 1968 sowie die Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung. Es ist der Auffassung, daß sich aus keinem der fünf Sachverhalte die von der Beklagten behauptete Unwirksamkeit des Vertrags ergebe.

a) Im einzelnen befaßt sich das Berufungsgericht zunächst mit der Behauptung der Beklagten, die von der Klägerin am 3. Juli 1963 ausgestellte Vollmacht habe für den Abschluß des Kaufvertrags vom 9. August 1963 nicht ausgereicht. Es ist der Auffassung, daß der Vertrag nach seinem Gegenstand nicht über die Vollmacht hinaus gegangen sei, sich ihr sogar recht genau angepaßt habe, und daß der von der Klägerin in ihrem Schrei-

ben an das Grundbuchamt vom 28. August 1963 erklärte Widerruf der Vollmacht nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Ermächtigung habe beseitigen können. Daß die Klägerin zugleich mit dem Widerruf erklärt habe, die Vollmacht decke inhaltlich nicht den Vertragsschluß vom 9. August 1963, sei, so führt das Berufungsgericht weiter aus, nichts anderes als die Äußerung einer privaten Rechtsmeinung, die das Gericht bei der Würdigung der Vollmacht und ihrer Reichweite nicht binde.

b) Das Berufungsgericht befaßt sich sodann mit dem Schreiben der Anwälte der Klägerin vom 19. August 1964, in dem diese der Beklagten erklärten, daß sie trotz wiederholter Aufforderung mit der Auflassungserklärung in Verzug sei, und ihr eine Nachfrist bis zum 24. August 1964 setzten, sowie mit dem weiteren Schreiben der Anwälte an die Beklagte vom 1. September 1964, in dem die Entgegennahme der Auflassungserklärung abgelehnt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wurde. Es hält die Voraussetzungen des § 326 BGB nicht für gegeben. Die Klägerin habe nämlich, so führt das Berufungsgericht aus, von den am 1. September 1963 fällig gewesenen 50 000 DM, mit denen sie vorleistungspflichtig gewesen sei, nur 40 000 DM bezahlt; dies habe zur Folge gehabt, daß, als die Klägerin an die Beklagte das Schreiben vom 19. August 1964 gerichtet habe, die Auflassungserklärung noch nicht fällig gewesen sei und die Beklagte sich deshalb mit dieser nicht in Verzug befunden habe.

c) Das Berufungsgericht ist weiter der Auffassung, daß andererseits das Schreiben des Anwalts der Beklagten an die Anwältin der Klägerin vom 14. Januar 1966, wonach die Klägerin ihrerseits in Verzug sei, den Erfüllungsanspruch der Klägerin nicht habe berühren können. In dem Schreiben heiße es, so führt das Berufungsgericht aus, das "bedeutet, daß Ihre Mandantin neben den fälligen Kaufpreis- und Leibrentenzahlungen abzüglich der durch Aufrechnung mit der Ladenmiete getilgten Beträge verpflichtet ist, den gesamten durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen"; im weiteren Text des Schreibens werde unter insgesamt 6 Ziffern erörtert, wie sich der Schaden zusammensetze; unter Ziffer 6 handle es sich dabei um einen Schaden aus entgangenem Gewinn im Betrag von 36 000 DM; das Schreiben enthalte sodann die Mitteilung, daß die Beklagte einen Auflassungsbevollmächtigten bestellen werde, "sobald sämtliche oben im einzelnen aufgeführten Punkte erledigt sind, insbesondere die Hinterlegung der erforderlichen Geldbeträge erfolgt ist"; das Schreiben setze "zur Vornahme der Hinterlegung etc." eine Frist von einem Monat und weise "für den Fall der nicht rechtzeitigen Vornahme der Leistungen" darauf hin, "daß diese nach Ablauf der Frist abgelehnt wird und meine Auftraggeberin sich ihrerseits vorbehält, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten". Das Schreiben wird von dem Berufungsgericht dahin gewürdigt, daß es jedenfalls nicht eindeutig im Sinne der Erfordernissen aus § 326 BGB sei. Nach der weiteren Auffassung des Berufungsgerichts wird dies ergänzend durch das Verhalten der Beklagten in der Folgezeit bestätigt.

d) Das Berufungsgericht befaßt sich weiter mit dem Schreiben der Beklagten vom 14. Oktober 1968. In diesem habe, so führt das Berufungsgericht aus, die Beklagte der Klägerin einen Leistungsrückstand von 58 533,40 DM berechnet und ihr zur Zahlung dieses Rückstands eine Frist bis zum 25. Oktober 1968 mit der Erklärung bestimmt, daß sie nach fruchtlosem Ablauf der Frist "die Annahme des Leistungsrückstands verweigern und vom Vertrag zurücktreten" werde; außerdem habe die Beklagte der Klägerin Schäden berechnet, die aus dem Leistungsverzug der Klägerin entstanden seien, und die sie "hiermit gesondert geltend mache"; auch insoweit habe sie eine Frist bis zum 25. Oktober 1968 gesetzt, wobei sie sich vorbehalten habe, die Schadensersatzforderungen nach fruchtlosem Ablauf der Frist "Ihnen (Klägerin) gegenüber geltend zu machen". Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß auch dieses Schreiben der genügenden Eindeutigkeit im Sinne des § 326 BGB entbehre. Zur Begründung führt das Berufungsgericht aus: Statt der Leistung habe die Beklagte für den Fall des fruchtlosen Verstreichens der Frist nur den Leistungsrückstand abgelehnt. Was sie im einzelnen verlangt habe, sei nicht klar gewesen. Bei den verlangten Verfahrenskosten sei sogar ausdrücklich vermerkt gewesen, daß diese noch ermittelt und der Klägerin mitgeteilt werden würden. Rücktritt und Schadensersatzansprüche seien, wie das weitere Schreiben der Beklagten vom 26. Oktober 1968 ergebe, auch hier nebeneinander gestellt.

In einer Hilfsbegründung führt das Berufungsgericht aus, der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten habe, während die in dem Schreiben vom 14. Oktober 1968 gesetzte Frist noch gelaufen sei, in dem Termin vor dem Landgericht am 18. Oktober 1968, nachdem bereits neuer Termin auf den 15. November 1968 anberaumt gewesen sei, erklärt, daß die Frage des Rücktritts bis zu dem neuen Termin zurückgestellt werden solle; das sei als eine Verlängerung der gesetzten Frist bis zum 15. November 1968 anzusehen; innerhalb dieser Verlängerung haben aber die Klägerin die verlangte Leistung dadurch erbracht, daß sie am 6. November 1968 den Betrag von 58 500 DM hinterlegt habe.

e) Das Berufungsgericht erachtet schließlich die von der Beklagten in der Berufungsbegründung erklärte Anfechtung des Vertrags vom 9. August 1963 wegen arglistiger Täuschung nicht als durchgreifend. Es vermißt insoweit schon einen schlüssigen Vortrag der Beklagten. Aus der Urkunde vom 26. September 1960, auf die sie sich hauptsächlich gestützt habe, ergebe sich, so führt das Berufungsgericht aus, nur, daß damals ihr Ehemann und Dr. H. bekannt hätten, vom Bankhaus Dr. A. & Co. in H. ein Darlehen in Höhe von 15 000 DM erhalten zu haben; über das Innenverhältnis der beiden Darlehensempfänger enthalte die Urkunde nichts. Die von der Klägerin in Ablichtung vorgelegten Dokumente ergäben, so führt das Berufungsgericht weiter aus, das Rechtsanwalt

Dr. G. (Anwalt der Klägerin) am 21. Juni 1960 einen Barscheck über 20 000 DM in Empfang genommen und ihn am 22. Juni 1960 dem Ehemann der Beklagten ausgehändigt habe; die von den Söhnen der Beklagten bei ihrer informatorischen Anhörung hierzu gegebene Darstellung, das Geld sei bei ihrem Vater nur durchgelaufen und an die Klägerin oder Dr. H. gelangt, sei lediglich eine Vermutung. Das Berufungsgericht führt schließlich aus, daß auch die von der Beklagten vorgelegten Bankdokumente einen dahingehenden Hinweis nicht ergäben; sie ergäben nur, daß die Stadtsparkasse Itzehoe am 9. November 1961 zum Betreff "Ablösung der Verbindlichkeiten i./Sa. Witwe Magda G." 40 349,84 DM an das Bankhaus Dr. W. Ade überwiesen und dieses dann den Betrag der "Fa. Dr. Ernst H." gutgeschrieben habe; statt von Schulden Dr. H. bei dem Bankhaus sei hier also von Schulden der Beklagten bei Dr. H. die Rede.

2. Die Revision greift diese Ausführungen mit zahlreichen Rügen an.

a) Sie bezieht sich zunächst auf die Schreiben der Anwälte der Klägerin vom 19. August und 1. September 1964 und meint, wenn die Klägerin hiermit nach der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht wirksam von dem Vertrag vom 9. August 1963 zurückgetreten sei, so liege in ihrer Rücktrittserklärung doch eine "Lossagung" von dem Vertrag; dies habe, was das Berufungsgericht nicht gesehen habe, zur Folge, daß die Klägerin,

nachdem die Beklagte ihrerseits darauf bestanden habe, daß der Vertrag nicht zu erfüllen sei, nunmehr nicht ohne Arglist einen gegenteiligen Standpunkt einnehmen könne.

Damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Selbst wenn man darin, daß sich die Klägerin gegen die Rücktrittserklärung der Beklagten gewendet hat, ein widersprüchliches Verhalten der Klägerin zu ihrer früheren Rücktrittserklärung sehen würde, so läge schon deshalb kein Verstoß gegen § 242 BGB vor, weil nicht ersichtlich ist, daß die Klägerin durch ihre frühere Rücktrittserklärung einen Vertrauensstatbestand geschaffen hätte, auf den sich die Beklagte hätte verlassen können oder gar verlassen hätte (BGHZ 32, 273, 279). Diese ist vielmehr der Rücktrittserklärung der Klägerin ausdrücklich entgegengetreten. Wenn man der Revision folgen würde, so läge mit Rücksicht darauf, daß die Beklagte jetzt die Auflösung des Vertrags erstrebt, auch auf ihrer Seite ein widersprüchliches Verhalten vor. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, haben somit beide Parteien das vollzogen, was die Klägerin eine "Kehrtwendung" genannt hat. Bei dieser Rechtslage ist es entgegen der Meinung der Revision ohne Bedeutung, daß das spätere (nämlich mit Schreiben vom 13. Oktober 1965 erklärte) "Abrücken" der Klägerin von ihrem Schreiben vom 19. August 1964 nicht vollständig gewesen sei und daß sich die Beklagte auf diese Rückgängigmachung auch nicht eingelassen habe. Es bedarf deshalb keines weiteren Eingehens mehr auf Abschnitt II der Revisionsbegründung.

b) Gegenüber der Auffassung des Berufungsgerichts, auch das Schreiben der Beklagten vom 14. Januar 1966 habe den Erfüllungsanspruch der Klägerin nicht berühren können, versucht die Revision zunächst darzutun, daß sich die Klägerin mit ihren Leistungen damals in Verzug befunden und das Schreiben der Beklagten vom 14. Januar 1966 auch eine Erklärung im Sinne des § 326 BGB enthalten habe. Darauf kommt es indessen nicht an, weil das Berufungsgericht zwar einleitend (BU S. 23) ausführt, man werde "schon annehmen müssen", daß damals die Klägerin nicht mehr in Verzug gewesen sei, und dies im folgenden auch näher darlegt, zu Beginn des nächsten Absatzes der Entscheidungsgründe (BU S. 24) aber die Frage des Verzugs ebenso offen läßt, wie die weitere Frage, ob das Schreiben vom 14. Januar 1966 eine Erklärung im Sinne des § 326 BGB enthalte. Es kommt deshalb nur darauf an, ob die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Voraussetzungen für den von der Beklagten erklärten Rücktritt von dem Vertrag verneint hat, den Angriffen der Revision standhält. Diese Begründung geht, wie bereits unter 1 c) ausgeführt, dahin, das Schreiben der Klägerin vom 14. Januar 1966 sei in seinem übrigen Inhalt nicht genügend eindeutig im Sinne des § 326 BGB. Im einzelnen hat sich das Berufungsgericht dabei von folgenden Erwägungen leiten lassen: Die Beklagte habe in den sechs Punkten ihres Schreibens vom 14. Januar 1966 Ansprüche gestellt, die jedenfalls zum Teil unbegründet gewesen seien. Zu denken sei hier an den Anspruch auf Erstattung der Kosten auch solcher gerichtlicher Verfahren, in denen sie unterlegen sei, sowie an den Anspruch auf

Sicherheit wegen der Grunderwerbsteuer. Die Ansprüche seien auch nur teilweise beziffert gewesen. Was unter "Erledigung" der "im einzelnen aufgeführten Punkte" zu verstehen sei, sei um so unklarer geblieben, als von Hinterlegung "etc." die Rede gewesen sei und die Beklagte selber in ihrem Schriftsatz vom 10. Oktober 1969 (S. 3) davon ausgehe, daß sich die Fristsetzung nicht auf die 36 000 DM Schadensersatz habe beziehen sollen. Hinzu komme, daß mit der "Erklärung" der Erfüllungsaussage Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche textlich vermengt gewesen seien, während nach der Vorschrift des § 326 BGB die Beklagte sich zwar die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz, nicht aber die Wahl zwischen Erfüllung und Nichterfüllung habe vorbehalten dürfen. Die Beklagte selbst habe auch, wie ihr Verhalten in der Folgezeit bestätige, ihr Schreiben vom 14. Januar 1966 nicht als im Sinne von § 326 BGB wirksam angesehen. So habe sie in dem Rechtsstreit 2 C 367/64 im Schriftsatz vom 20. Januar 1967 vorgetragen, die Klägerin sei zur Hinterlegung der 36 000 DM Schadensersatz aufgefordert worden, "damit der Kaufvertrag nunmehr zügig durchgeführt werden könne". Weiterhin werde in dem in der selben Sache ergangenen Urteil des Amtsgerichts vom 28. Februar 1967 zu Beginn der Entscheidungsgründe als unstreitig behandelt, daß die Parteien sich über das Weiterbestehen des Kaufvertrags "einig" seien. Schließlich habe sich die Beklagte dadurch auf den Boden des Vertrags gestellt, daß sie in den Verfahren 2 C 418/67 und 3 O 17/68 Leibrenten für die Monate Juli bis Dezember 1967 eingeklagt habe.

Auch hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Es kann ihr zunächst darin nicht gefolgt werden, es komme darauf nicht an, ob alle in dem Schreiben der Beklagten vom 14. Januar 1966 geltend gemachten Ansprüche begründet gewesen seien oder nicht, weil "jedenfalls die maßgebliche Aufforderung für alle übrigen Ansprüche geblieben" sei. Ist nämlich ein Teil der geltend gemachten Ansprüche unbegründet, so liegt eine Zuvielforderung vor, die nur bei Geringfügigkeit der Zuvielforderung die Wirksamkeit der Fristsetzung nach § 326 BGB nicht berührt (Urteil des Senats vom 20. Dezember 1968 - V ZR 96/67 - BGH Warn 1969 Nr. 7; Erman BGB 4. Aufl. § 326 Anm. 6 c in Verbindung mit § 284 Anm. 4 b cc).

Soweit sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts wendet, die in dem Schreiben der Beklagten vom 14. Januar 1966 geltend gemachten Ansprüche seien insoweit unbegründet, als es sich um den Anspruch auf Erstattung der Kosten auch solcher gerichtlicher Verfahren handle, in denen die Beklagte unterlegen sei, ist ihr entgegen zu halten, daß die Beklagte, wie die Revision selbst einräumen muß, jedenfalls in dem Rechtsstreit 2 C 367/64 unterlegen ist. Ob die Klägerin sich auf diesen Rechtsstreit deshalb nicht berufen kann, weil er, wie die Revision unter Bezugnahme auf den Schriftsatz der Beklagten vom 10. Oktober 1969 (S. 3) meint, von der Beklagten erst im Jahre 1967 und damit erst nach dem Schreiben vom 14. Januar 1966 verloren wurde, kann dahingestellt bleiben, weil

nach dem weiteren Inhalt des Schreibens die Klägerin auch für die "entstehenden" Gerichtskosten als zahlungspflichtig erklärt wurde. Außerdem hat der Anwalt der Beklagten in dem Schreiben vom 14. Januar 1966 von der Klägerin für alle in diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossenen Verfahren ohne Rechtsgrund die Erstattung der bei ihm entstandenen Kosten verlangt.

Die Revision wendet sich ohne Erfolg auch gegen die weitere Auffassung des Berufungsgerichts, zu den unbegründeten Ansprüchen der Beklagten gehöre auch der in Nr. 3 ihres Schreibens vom 14. Januar 1966 geltend gemachte Anspruch auf Sicherheitsleistung wegen der von der Klägerin nach § 6 des Vertrags zu tragenden Grunderwerbsteuer. Sie übersieht hierbei, daß nach den weiteren Ausführungen in dem Schreiben vom 14. Januar 1966 die Klägerin mit Rücksicht auf ihre Absicht, das Grundstück zu bebauen, einen auf die Dauer von fünf Jahren befristeten Freistellungsbescheid erhalten hat, sodaß am 14. Januar 1966 die vertragliche Verpflichtung der Klägerin zur Tragung der Grunderwerbsteuer jedenfalls noch nicht fällig war. Daß nach Ablauf der fünf Jahre die Bebauung des Grundstücks unterblieben und die Grunderwerbsteuer nicht bezahlt worden sei, wird von der Revision nicht geltend gemacht.

Was die in dem Schreiben der Beklagten vom 14. Januar 1966 geltend gemachten Ansprüche anbetrifft, so hätte, wie in der Revisionserwiderung mit Recht hervorgehoben wird, das Berufungsgericht auch noch darauf

hinweisen können, daß die Beklagte auch keinen Anspruch gehabt habe auf die in Ziffer 4 des Schreibens verlangte Erklärung über das Vormieterrecht ihrer Söhne und die in Ziffer 5 des Schreibens weiter verlangte Beschaffung von Rücktrittserklärungen, damit das Altenteil der Beklagten unmittelbaren Rang nach den übernommenen Belastungen in Höhe von 210 000 DM erhalten könne.

Soweit die Revision weiter meint, das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, daß der in Ziffer 6 des Schreibens vom 14. Januar 1966 genannte Posten über 36 000 DM Schadensersatz nicht begründet sei, übersieht sie, daß es hierauf nicht ankam, weil das Berufungsgericht diesen Posten mit Recht nicht als Vertragsanspruch angesehen hat und die Beklagte deshalb insoweit keine Frist nach § 326 BGB setzen konnte.

Richtig ist, daß es, wie die Revision in diesem Zusammenhang weiter meint, in Ziffer 2 des Schreibens vom 14. Januar 1966, die sich mit der Erstattung der Prozeßkosten befaßt, im letzten Absatz heißt:

"Ohne Berücksichtigung dieser (entstandenen bzw. entstehenden) Gerichtskosten ergibt sich also ein Betrag von 50 438,36 DM, von dessen Zahlung die Auflassung abhängig gemacht wird. Sobald dieser Betrag auf Ihrem oder meinem Rechtsanwaltsanderkonto eingegangen ist, wird Frau G. (Beklagte) einen neuen Auflassungsbevollmächtigten bestellen."

Im unmittelbaren Anschluß an die den Posten über 36 000 DM Schadensersatz betreffende Ziffer 6 des Schreibens vom 14. Januar 1966 heißt es dagegen:

"Sobald sämtliche oben im einzelnen aufgezeigten Punkte erledigt sind, insbesondere die Hinterlegung der erforderlichen Geldbeträge erfolgt ist, wird, wie ausgeführt, ein Auflassungsbevollmächtigter seitens von Frau G. bestellt werden."

Da hierunter aber auch der Posten über 36 000 DM Schadensersatz fällt, kann entgegen der Meinung der Revision nicht davon gesprochen werden, es sei "völlig eindeutig", daß die Auflassung nur von den anderen, die 36 000 DM nicht umfassenden Ansprüchen abhängig gemacht worden sei. Zu einer Befragung der Beklagten, bei der sich "alles weitere ergeben" hätte, wie die Revision in diesem Zusammenhang noch meint, war das Berufungsgericht nach § 139 ZPO nicht gehalten.

Die Revision rügt weiter, ein "Vorbehalt zwischen Erfüllung und Nichterfüllung" befinde sich jedenfalls nicht in dem Schreiben der Beklagten vom 14. Januar 1966. Damit werden jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts verkannt, das an der hier in Frage stehenden Stelle seiner Entscheidungsgründe (BU S. 24 Abs. 3) offensichtlich zum Ausdruck bringen wollte, daß die Fristsetzung nach § 326 BGB wegen der in den Ziffern 1 bis 6 des Schreibens aufgeführten Ansprüche und damit in unzulässiger Weise wegen Erfüllungs- und Schadens-

ersatzansprüchen erfolgte. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Ohne Erfolg rügt die Revision schließlich, daß, wenn in dem Schreiben vom 14. Januar 1966 zusätzlich zu dem Leistungsverlangen noch weitere Ansprüche geltend gemacht worden seien, dies in einem besonderen Absatz geschehen sei. Dabei wird von der Revision übersehen, daß sich, wie bereits ausgeführt, unmittelbar an Ziffer 6 der Absatz "Sobald sämtliche oben im einzelnen aufgeführten Punkte erledigt sind, ..." anschließt, und dieser Absatz deshalb für alle in den vorausgehenden 6 Punkten geltend gemachten Ansprüche gilt. Soweit sich die Revision gegen die weitere Auffassung des Berufungsgerichts wendet, es werde durch das Verhalten der Beklagten in der Folgezeit ergänzend bestätigt, daß das Schreiben vom 14. Januar 1966 jedenfalls in seinem übrigen Inhalt nicht genügend eindeutig sei, sind ihre Angriffe gegenstandslos, weil das Berufungsgericht seine Auffassung, daß das Schreiben vom 14. Januar 1966 jedenfalls in seinem übrigen Inhalt nicht genügend eindeutig sei, bereits in Würdigung dieses Schreibens gebildet hat und seiner weiteren Auffassung deshalb keine entscheidende Bedeutung zukommt.

c) Unbegründet sind auch die Angriffe, welche die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts richtet, es ermangle auch das Schreiben der Beklagten vom 14. Oktober 1968 der genügenden Eindeutigkeit.

Soweit die Revision meint, gegenüber dieser Auffassung des Berufungsgerichts gelte "all das" entsprechend, was sie gegenüber der tatrichterlichen Würdigung des Schreibens der Beklagten vom 14. Januar 1966 gerügt habe, ist darauf hinzuweisen, daß sich diese Rügen nach den vorstehenden Ausführungen unter b) in vollem Umfang als unbegründet erwiesen haben. Aus denselben Gründen sind sie es deshalb auch hier.

Die Revision meint sodann, die Beklagte hätte "sich sogar auf den Standpunkt stellen" können, daß eine Nachfristsetzung garnicht erforderlich gewesen sei, weil die Klägerin jede Leistung abgelehnt habe. Damit kann die Revision schon deshalb keinen Erfolg haben, weil diese Ablehnung, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang ausführt (BU S. 25), in den Schreiben der Klägerin vom 10. und 15. Februar 1966 enthalten ist und damit angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklung in keinem Zusammenhang zu dem hier in Frage stehenden Schreiben der Beklagten vom 14. Oktober 1968 steht.

Alle weiteren Rügen sind gegenstandslos, weil sie sich gegen die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts richten, nach der die der Klägerin bis zum 25. Oktober 1968 gesetzte Frist auf Grund der Erklärung des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten in dem Termin vom 18. Dezember 1968 als bis zum 15. November 1968 verlängert anzusehen sei und die Klägerin am 6. November 1968 und damit noch innerhalb der verlänger-

ten Frist die von der Beklagten in ihrem Schreiben vom 14. Oktober 1968 verlangte Leistung - abgesehen von einem geringfügigen Spitzenbetrag - durch Hinterlegung erbracht habe.

d) Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, es greife auch die von der Beklagten erklärte Anfechtung des Vertrags vom 9. August 1963 wegen arglistiger Täuschung nicht durch, weil es insoweit an einem schlüssigen Vortrag fehle.

Die insoweit erhobenen Rügen der Verletzung des § 286 ZPO sind unbegründet, weil sich, wie in der Revisionserwiderung mit Recht hervorgehoben wird, auch aus dem von der Revision als übergangen gerügten Vortrag der Beklagten die schlüssige Darlegung einer arglistigen Täuschung nicht ergibt. Von einer Begründung im einzelnen wird nach Art. 1 Nr. 4 EntlG abgesehen.

Es ist weiter die Auffassung des Berufungsgerichts frei von Rechtsirrtum, die Beklagte erstrebe, wenn sie zu ihren Vermutungen auf Zeugenvernehmungen und Bankauskünfte antrage, in unzulässiger Weise statt der Bestätigung schlüssiger Behauptungen die Beweisermittlung zu Sachverhalten, die sie einstweilen noch nicht klar behaupten könne und die sie erst auf Grund der Beweisaufnahme klar behaupten zu können hoffe.

Richtig ist, daß das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, bei seiner Auffassung, es

2

falle auch auf, daß der nach der Darstellung der Beklagten zunächst beteiligte Dr. H. [REDACTED] nicht als Zeuge benannt worden sei, übersehen hat, daß Dr. Hebbel in dem Schriftsatz der Beklagten vom 17. März 1969 (S. 9) als Zeuge benannt worden ist. Das ist indessen unschädlich, weil Dr. H. [REDACTED] zu dem Vortrag der Beklagten benannt worden ist, es sei "offenbar", daß das Konto Nr. [REDACTED] 6 nicht durch den Ehemann der Beklagten, sondern durch Dr. H. [REDACTED] geschaffen worden sei.

Da somit die Auffassung des Berufungsgerichts, die von der Beklagten erklärte Anfechtung des Vertrags vom 9. August 1963 wegen arglistiger Täuschung greife nicht durch, den Angriffen der Revision standhält, kommt es auf die abschließende von der Revision weiter angegriffene Bemerkung des Berufungsgerichts nicht mehr an, die Beklagte möge, wenn sie sich Erfolg davon verspreche, in einem neuen Rechtsstreit ihre Auffassung verfechten, daß sie den Vertrag wirksam angefochten habe. Dafür, daß sich das Berufungsgericht hiervon, wie die Revision meint, bei der Entscheidung der Frage, ob Beweis zu erheben sei, habe leiten lassen, ist nichts ersichtlich und von der Revision auch nichts dargetan worden.

e) Die Revision wendet sich ohne Erfolg auch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Abschluß des Vertrags vom 9. August 1963 durch die von der Klägerin am 3. Juli 1963 erteilte Vollmacht gedeckt gewesen sei. Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht dabei nicht übersehen, daß die Klägerin

diese Vollmacht mit Schreiben vom 28. August 1963 widerrufen und in diesem Schreiben weiter die Ansicht vertreten hatte, die Vollmacht decke inhaltlich nicht den Vertragsschluß. Das Berufungsgericht hat vielmehr ohne Rechtsirrtum den Widerruf der Vollmacht keine rückwirkende Bedeutung beigemessen und die Ansicht der Klägerin, daß die Vollmacht zum Abschluß des Vertrags nicht ausgereicht habe, lediglich als ihre private Rechtsmeinung gewertet. Wieso sich die Klägerin an dieser Rechtsmeinung festhalten lassen müsse, nachdem die Beklagte sich darauf berufen habe, daß Dr. Hebbel keine Vollmacht gehabt habe, ergibt sich entgegen der Meinung der Revision nicht aus der Vorschrift des § 242 BGB. Die Revision kann auch insoweit keinen Erfolg haben, als sie sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts wendet, die Wertangabe in der Vollmachtsurkunde mit 60 000 DM habe die Verwendung der Vollmacht für den Abschluß des Kaufvertrags vom 9. August 1963, obwohl dieser einen Geschäftswert von 300 000 DM gehabt habe, nicht ausgeschlossen. Es ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß eine solche Wertangabe in der Regel lediglich der Gebührenberechnung des Notars dient. Das muß hier um so mehr gelten, weil, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, der Vertrag vom 9. August 1963 nach seinem Gegenstand nicht über die Vollmacht hinausgegangen ist, sich ihr vielmehr sogar recht genau angepaßt hat.

f) Mit Recht wird dagegen von der Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht nicht auf den Hilfsan-

trag der Beklagten eingegangen ist, mit dem diese beantragt hat, sie nur Zug um Zug gegen Eintragung des Altenteils, Zahlung von 58 533,40 DM und Zahlung des monatlichen Leibrentenbetrags von 500 DM ab 1. November 1968 zu verurteilen. Auf diesen Hilfsantrag ist das Berufungsgericht offensichtlich deshalb nicht eingegangen, weil es der Auffassung ist, daß die Beklagte, nachdem die Klägerin die von ihr vertraglich zu erbringenden "ersten" Leistungen erbracht habe, nunmehr vorleistungspflichtig sei. Hiergegen wird jedoch von der Revision mit Recht Verletzung des § 322 BGB gerügt, da nicht ersichtlich ist, daß die von der Beklagten geltend gemachten Gegenansprüche nicht gleichzeitig mit dem Auflassungsanspruch der Klägerin fällig sind. Über diese Gegenleistungen selbst zu entscheiden, sieht sich der Senat nicht in der Lage, da insoweit noch tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind.

Die Frage, ob das angefochtene Urteil wegen dieses Mangels nur hinsichtlich des von dem Mangel betroffenen Teils oder in vollem Umfang aufzuheben ist, ist nach den Umständen des Falls zu entscheiden (vgl. BGHZ 45, 287 und das in Ergänzung hierzu ergangene Urteil des Senats vom 30. September 1966 - V ZR 140/65 - NJW 1966, 2356). Der Senat hält es für angebracht, das angefochtene Urteil nur wegen des die Gegenleistungen betreffenden Rechtsfehlers aufzuheben, weil der Wert der Gegenleistungen erheblich geringer als der Wert der Klage ist und die Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt wurde (§ 894 Abs. 1 Satz 2 ZPO), so daß der Klägerin nach § 726 Abs. 2 2. Halbsatz ZPO bis zur Beseitigung des Mangels, der zur

Teilaufhebung führt, keine vollstreckbare Ausfertigung des angefochtenen Urteils erteilt werden darf. Demgemäß war das angefochtene Urteil unter Zurückweisung der Revision im übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, als die Verurteilung der Beklagten nicht von einer Zug um Zug zu bewirkenden Gegenleistung der Klägerin abhängig gemacht ist. Der Senat hat es dabei als zweckmäßig erachtet, die Entscheidung über die Kosten der Revision in vollem Umfange dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Hill