

Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Amtliche Sammlung!

2475 022 ²⁴

Gesetz: BGB § 273 Abs 2

Rechtssatz:

- 1) Wer sich zur Erlangung eines Gegenstandes eines Vertreters bedient, der ihm den Gegenstand durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung verschafft, hat dem Herausgabeberechtigten gegenüber kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs 2 BGB wegen Verwendungen.
- 2) Auch die Verpflichtung zur Auflassung eines Grundstücks kann Verpflichtung zur Herausgabe eines Gegenstandes im Sinn von § 273 Abs 2 BGB sein (RG Bay Rpfl Z 1912, 458).

Gesetz: ZPO § 128

Rechtssatz: Ist nach mündlicher Verhandlung Beweis erhoben und unmittelbar im Anschluß an die Beweisaufnahme das Urteil verkündet worden, so begründet das Unterbleiben der weiteren mündlichen Verhandlung die Revision nicht, wenn nicht behauptet wird, daß die Parteien nach der Beweisaufnahme noch das Wort zur mündlichen Verhandlung über sie begehrt hätten, und nicht angegeben wird, was noch vorge-
tragen worden wäre.

Aktenzeichen: V ZR 183/55

Urteil des BGH vom 16. Mai 1956

OLG Celle

Verkündet am 16. Mai 1956
Hoffmeister, Justizange-
stellter als Urkundsbeam-
ter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Margot B. [REDACTED] geb. W. [REDACTED] in L. [REDACTED],
Am B. [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Stadt L. [REDACTED], vertreten durch den Verwaltungsaus-
schuß,

Klägerin, Widerbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1956 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Schuster, Dr. Großmann, Dr. Spieler und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
1. Ferienzivilsenats des Oberlan-
desgerichts in Celle vom 8. August
1955 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

24

Tatbestand:

Die Klägerin hat der Beklagten das Grundstück R-
straße Nr. ● bis ● und R-straße Nr. ● bis ● in L-
● durch notariellen Vertrag vom 1. Juni 1954 für
12 000 DM verkauft und aufgelassen. Beim Vertragschluß
wurde die Beklagte durch ihren Ehemann vertreten. In § 5
des Kaufvertrages ist folgendes bestimmt:

"§ 5

Die Käuferin verpflichtet sich, den Abbruch der
auf den Grundstücken R-straße Nr. ●-● und R-straße
Nr. ●-● befindlichen Baulichkeiten und die Abfuhr der
Abbruchmassen, soweit es nicht bereits geschehen
ist, unverzüglich nach erfolgter Auflassung auf
ihre Kosten auszuführen. Sie verpflichtet sich fer-
ner, bis zum 1.9.1954 vom Tage der Auflassung an
gerechnet, auf dem gekauften Grundstück ein Ge-
schäft- und Bürohaus im Werte von mindestens
DM 300 000 (Dreihunderttausend Deutsche Mark) im
Rohbau zu errichten. Der Gesamtbau ist bis zum
1.1.1955 bezugsfertig herzustellen. Größe und
äußere architektonische Gestaltung haben den For-
derungen der Stadt zu entsprechen.

Falls die Käuferin die Bauverpflichtungen inner-
halb des vereinbarten Zeitraums nicht erfüllt,
ist sie verpflichtet, das Grundstück gegen zins-
lose Erstattung des Kaufpreises an die Stadt L-
● rückaufzulassen. Die Käuferin ist verpflich-
tet, zur Sicherung dieses Rechtes der Stadt die
Eintragung einer Vormerkung zu beantragen."

Die Beklagte hat in dem Vertrage ferner die Eintragung
einer Vormerkung zur Sicherung des Rechtes der Klägerin
auf Rückauflassung bewilligt und beantragt. Eigentums-
übergang und Vormerkung wurden im Grundbuch eingetragen.

Vor Vertragsschluß hatte der Ehemann der Beklagten,
der auch die Vorverhandlungen für sie geführt hatte, ein
Schreiben der Klägerin vom 22. Mai 1954 erhalten, das
u.a. folgenden Inhalt hat:



"... Wir teilen Ihnen mit, das wir in Änderung unserer bisherigen Stellungnahme bereit sein werden, mit Ihrer Ehefrau einen Kaufvertrag über das Grundstück R[REDACTED]straße/R[REDACTED]straße entsprechend dem Verträge vom 26.3.1953 abzuschließen, wenn folgende Voraussetzungen zusätzlich erfüllt sind:

- 1.) Frau Margot B[REDACTED] hat bis zum 26.5.1954 den Nachweis zu führen, daß die Ehefrau Lieselott B[REDACTED] geb. F[REDACTED] in I[REDACTED] bereit und in der Lage ist, ihr ein als Grundschuld zu sichern- des Darlehen in Höhe von DM 50 000 für den Neubau R[REDACTED]straße/R[REDACTED]straße zu gewähren.
- 2.) Die Wiederaufnahme der Bauarbeiten an dem Neubau R[REDACTED]straße/R[REDACTED]straße hat spätestens am 31. 5. 1954 zu beginnen.
- 3.) Frau Margot B[REDACTED] teilt der Stadt innerhalb 8 Tagen nach Empfang dieses Schreibens schriftlich mit, daß sie mit der Aufnahme folgender Bestimmung in den zu schließenden Vertrag einverstanden ist:

Der Rohbau ist bis zum 1.9.1954 zu errichten.
Der Gesamtbau ist bis zum 1.1.1955 bezugsfertig herzustellen.

.....

Wir bitten Sie, die gesetzten Fristen, insbesondere die Frist über die Beibringung des Nachweises hinsichtlich der Grundschuld von DM 50 000 unbedingt einzuhalten, da wir an Beschlüsse gebunden sind."

Das gemäß § 5 des Vertrages zu errichtende Gebäude war im Januar 1955 noch nicht im Rohbau fertig gestellt, war es auch zur Zeit der Berufungsverhandlung im gegenwärtigen Rechtsstreit noch nicht. Mit Schreiben vom 26. Januar 1955 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie mache nunmehr von ihrem Recht auf Rückauflassung Gebrauch. Sie bestellte die Beklagte ohne Erfolg zu einem Notar.

Der auf Verurteilung zur Rückauflassung gerichteten Klage hat das Landgericht durch Versäumnisurteil stattge-

geben. In der Einspruchsverhandlung hat die Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des Versäumnisurteils

1. die Klage abzuweisen,
2. im Falle der Verurteilung zur Rückauflassung die Klägerin zu verurteilen, Zug um Zug gegen die Erklärung der Rückauflassung die Beklagte von allen Verbindlichkeiten, die sie im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Kaufvertrages eingegangen ist, zu befreien, insbesondere der Beklagten alle Aufwendungen und Verwendungen, die sie auf das Grundstück gemacht hat, zu erstatten, und zwar
 - a) von den im einzelnen bezeichneten Mietverträgen,
 - b) Freistellung aus den im einzelnen bezeichneten Bauverträgen,
 - c) Übernahme folgender Verpflichtungen:
 - aa) DM 8 000 Hypothekenbank H [REDACTED],
 - bb) DM 6 000 Z [REDACTED] - H [REDACTED],
 - cc) DM 15 000 Lieselott B [REDACTED],
 - d) Leistung einer Barzahlung an die Beklagte in Höhe von 30 000 DM.

Gleichzeitig hat sie Widerklage mit dem Antrage erhoben:

Die Klägerin zu verurteilen, die zu ihren Gunsten eingetragene Rückauflassungsvormerkung zu löschen.

Das Landgericht hat entsprechend dem Antrag der Klägerin das Versäumnisurteil aufrechterhalten und die Widerklage abgewiesen.

Im zweiten Rechtszug hat die Beklagte den Hilfsantrag dahin berichtet, daß sie (Beklagte) nur Zug um Zug gegen die von der Klägerin zu bewirkenden Leistungen verurteilt werden solle. Die Berufung der Beklagten hatte nur insoweit

Erfolg, als sie Zug um Zug gegen Zahlung von 12 000 DM durch die Klägerin verurteilt wurde.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den im ersten Rechtszug gestellten Antrag auf Klagabweisung, den berichtigten Hilfsantrag und ihre Widerklage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

In erster Linie rügt die Revision, daß das Berufungs-urteil nicht auf Grund mündlicher Verhandlung ergangen sei, ohne daß eine entsprechende Zustimmung der Parteien (§ 128 Abs 2 ZPO) vorgelegen hätte. Die Revision stützt sich dabei auf das Protokoll über die Berufungsverhandlung vom 1. August 1955 /72 GA/. Nach diesem wurden nach Erledigung der Formalien die Anträge gestellt, worauf die Anwälte zur Sache verhandelten. Sodann wurde der Ehemann der Beklagten als Zeuge vernommen. Auf die Feststellung "Der Zeuge sagte zur Sache aus" folgt im Protokoll ein weiterer Satz: "Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED] überreichte Aktennotiz vom 21.7.1955 zu den Akten." Das Protokoll schließt ab: "B.u.v. Termin zur Verkündung einer Entscheidung am 8.8.55." (folgen die Unterschriften des Vorsitzenden und des Protokollführers). Nach Erhebung der Rüge in der Revisionsbegründung vom 22. Dezember 1955 wurde mit Beschluß des Vorsitzenden und des Urkundsbeamten vom 31. Januar 1956, der den Parteien zugestellt worden ist, "das Sitzungsprotokoll dahin ergänzt, daß auch nach Schluß der Beweisaufnahme und der Vernehmung des Zeugen B. [REDACTED] nochmals mündlich verhandelt worden ist".

Zu der umstrittenen Frage, ob die Berichtigung eines Sitzungsprotokolls noch im Revisionsverfahren berücksichtigt werden darf, wenn dadurch einer bereits vor der Berichtigung erhobenen Revisionsrüge der Boden entzogen würde, braucht hier nicht Stellung genommen zu werden. Die Rüge der Revision greift nämlich auch dann nicht durch, wenn die Frage verneint und davon ausgegangen wird, daß die nochmalige mündliche Verhandlung unterblieben ist. Der Prozeßverstoß wäre nämlich nur dann von Bedeutung, wenn das Urteil darauf beruhte (§ 549 ZPO; RAG 11, 197). Das ist nicht schon dann zu bejahen, wenn das Urteil infolge des Verstoßes überhaupt nicht hätte erlassen werden dürfen (gleicher Ansicht für den ähnlichen Fall der Verkündung in einem nicht bekanntgegebenen Termin BGHZ 14, 39 [52]). Das Urteil beruht vielmehr auf dem Verstoß dann, wenn wenigstens die Möglichkeit besteht, daß es ohne die Gesetzesverletzung anders, d.h. mit anderem Inhalt ergangen wäre (Jonas-Schönke, ZPO 18. Aufl. ^{§ 549} VI bei Fußnote 108; Baumbach-Lauterbach, ZPO 22. Aufl. § 549 Anm 2 A; RGZ 57, 330 [3317]). Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts ist durch das Unterbleiben der weiteren mündlichen Verhandlung nicht zu Ungunsten der Beklagten beeinflusst worden; denn das Berufungsgericht hat dem Zeugen nicht den Glauben versagt, sondern nur die von ihm behaupteten Tatsachen als rechtlich unerheblich bezeichnet. Im übrigen behauptet die Revision gar nicht, daß nach der Beweisaufnahme die Parteien noch das Wort zur Verhandlung über sie begehrt hätten, ihnen aber Gehör versagt worden sei. Ebensowenig führt die Revision Tatsachen an, die noch vorgetragen worden wären. Das Berufungsurteil beruht daher auf dem Unterbleiben der weiteren mündlichen Verhandlung nicht (RG JW 1905, 233 ¹⁴).

II.

1. Das Berufungsgericht bejaht die Pflicht der Beklagten zur Rückauflassung mit folgenden Erwägungen:

Da in § 5 des Kaufvertrages ein aufschiebend bedingtes Rücktrittsrecht nach § 346 BGB zugunsten der Klägerin begründet worden sei, brauche diese, um die Rücktrittsfolgen geltend zu machen, nicht zu beweisen, daß die Beklagte in Verzug gekommen sei, wie das der Klägerin im Falle des gesetzlichen Rücktrittsrechts nach § 326 BGB obliegen würde. Es sei daher für das Rücktrittsrecht der Klägerin bedeutungslos, ob die Beklagte schuldhaft oder ohne Verschulden der Verpflichtung nicht nachgekommen sei, bis zu den bestimmten Terminen den Rohbau bzw. das bezugsfertige Gebäude zu erstellen. Insoweit trete hier kraft vertraglicher Vereinbarung die Folge ein, die beim Fixgeschäft (§ 361 BGB) auf gesetzlicher Bestimmung beruhe. Ob das von den Parteien vorgenommene Rechtsgeschäft alle Merkmale eines Fixgeschäftes aufweise, sei daher ohne Bedeutung, ebenso, ob die Beklagte, wie sie behauptete, durch äußere, ihrem Einfluß entzogene Umstände gehindert worden sei, die Termine einzuhalten, ob insbesondere, wie die Beklagte behauptete, die Firma B. & B. sie im Stich gelassen habe, indem sie vor allem einer von der H. Hypothekenbank zu gewährenden Hypothek zu 150 000 DM nicht die erste Rangstelle zugestanden und die Gewährung des Darlehens dadurch verhindert habe. Das gleiche treffe für die Behauptung der Beklagten zu, das Sozialministerium habe sein Versprechen, 75 000 DM Mietvorauszahlung zu leisten, nicht gehalten. Zudem müsste die Beklagte, meint das Berufungsgericht, es nach § 278 BGB vertreten, wenn der Bauunternehmer schuldhaft die Ausführung des Baues verzögert hätte. Schwierigkeiten in der Finanzierung könnten

die Beklagte aber entsprechend § 279 BGB überhaupt nicht entschuldigen. Wenn sich die Beklagte wegen der Verzögerung auf ungünstiges Wetter berufe, so sei ihr entgegenzuhalten, daß nach ihrem eigenen Vortrag sie, als der erste Termin nicht habe eingehalten werden können, durch Vereinbarung mit dem Bauunternehmer den zweiten Februar 1955 als Termin für die endgültige Fertigstellung bestimmt habe. Danach könne es nicht am Wetter gelegen haben, daß zur Zeit des Rücktritts (26. Januar 1955) der Rohbau noch immer nicht fertig gewesen sei, zumal da nach dem Kaufvertrag die Parteien mit einem Zeitraum von vier Monaten zwischen Rohbau und bezugsfertiger Vollendung gerechnet hätten. Eine nur geringfügige nach § 242 BGB von der Klägerin hinzunehmende Verzögerung sei also nicht gegeben gewesen.

Die Revision macht diesen Ausführungen gegenüber geltend, nach ständiger Rechtsprechung gebe eine Verfallklausel bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung (§ 360 BGB), wie sie hier vereinbart sei, dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht nur dann, wenn die Nichtleistung oder nicht gehörige Leistung des Schuldners auf Verschulden beruhe. Etwas anderes gelte nach § 361 BGB nur dann, wenn die Leistung des Schuldners genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden solle, auch dann jedoch nur im Zweifel. Richtig ist, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung, insbesondere im Versicherungsrecht und wenn es sich um die vorzeitige Fälligkeit eines geschuldeten Kapitals handelte, regelmäßig die Verfallwirkung (die Rücktrittsberechtigung) verneint hat, wenn den Schuldner an der Nichterfüllung kein Verschulden traf, wofür ihn die Beweislast treffen sollte. Das entspricht wohl auch der überwiegenden Meinung (RGZ

142, 268 2757; 145, 26; Palandt, BGB 14. Aufl § 360 Anm 2 a; Staudinger-Werner, BGB 9. Aufl Vorbem II 2 vor § 339; RGRKomm 10. Aufl § 360). Die genannten Sonderfälle mögen hier auf sich beruhen. Im übrigen jedoch handelt es sich um eine Frage der Auslegung, für die weder dem Gesetz, insbesondere nicht den §§ 360, 361 BGB, noch der Erfahrung eine Vermutung für einen bestimmten Willen der Parteien entnommen werden kann, insbesondere nicht in der Richtung, daß der Rücktritt Verschulden des Schuldners bei der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung voraussetze (gl.A. Erman Westermann, BGB § 360 Anm 2; Planck, BGB 4. Aufl § 360 Anm 2; Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch Recht der Schuldverhältnisse § 40 I 3; Urteil des Reichsgerichts vom 27.5.1922 - V 77/22 - Nachschlagewerk des Reichsgerichts § 360 BGB Nr 13 = JW 1923, 47 Nr 8, wo der Leitsatz irreführt). Ein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts liegt also nicht darin, daß es die - wie dargetan nicht allgemein anzuerkennende - Rechtsvermutung für Verschulden als Voraussetzung des Rücktritts nicht beachtet hätte. Möglicherweise hat es aber in anderer Hinsicht rechtlich geirrt, wenn nämlich die Ausführungen des Berufungsgerichts keine Auslegung der Rücktrittsklausel nach dem Parteiwillen wären, sondern den allgemeinen Grundsatz aufstellten, die bloße Vereinbarung eines vertragsmäßigen Rücktrittsrechts im Falle der Nichterfüllung gebe im Gegensatz zum gesetzlichen des § 326 BGB ohne weiteres ein Rücktrittsrecht auch bei fehlendem Verschulden des Vertragsgegners, wenn dieser nicht erfülle. Ein solcher Grundsatz hätte im Gesetz keine Stütze und wäre mit den §§ 133, 157 BGB nicht zu vereinen.

Einer näheren Untersuchung des Sinnes jener Ausführungen des Berufungsgerichts bedarf es jedoch nicht, da trotz des etwaigen Rechtsirrtums das Berufungsgericht im

Ergebnis die Verpflichtung der Beklagten zur Rückauflassung zutreffend bejaht hat. Zuzustimmen ist seiner Auffassung, die Beklagte müsse, falls der Rücktritt Verschulden der Beklagten voraussetze, für ein Verschulden ihrer Baufirma als ihres Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB eintreten wie für eigenes Verschulden. Dafür, daß von dieser gesetzlichen Regel, wie das die Revision vertritt, eine Ausnahme von den Parteien gemacht worden wäre, ist nichts erbracht. Der Umstand, daß der Bauherr bei größeren Bauten den Zeitablauf der Arbeiten der einzelnen Firmen nicht beeinflussen könne, würde entgegen der Auffassung der Revision nicht ausreichen, um eine entsprechende Beschränkung der Haftung des Bauherrn nach § 157 BGB als vereinbart anzusehen, umso weniger als die beteiligten Firmen nach dem Gesetz ihrerseits dem Bauherrn haften, wenn sie schuldhaft den Bau verzögern. Wenn die Revision darauf hinweist, daß die nicht erfüllte Verpflichtung der Baufirma, mit ihrer Grundschuld gegenüber einer Hypothek für ein zu gewährendes Darlehen der Hamburgischen Hypothekenbank auszuweichen, inhaltlich keine Verpflichtung einer Hilfsperson nach § 278 BGB sei, die Beklagte daher nicht für die Nichterfüllung der Klägerin gegenüber haften könne, so mißversteht die Revision hier das Berufungsgericht. Dieses entnimmt dem § 279 BGB mit Recht, daß jeder für seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einzustehen habe und auf seine Gefahr handle, wenn er sich für die Erbringung von Leistungen auf fremden Kredit verlasse. Daran ändert ein von dem Schuldner zu erbringender Nachweis der Finanzierungsmöglichkeit nichts. Unterbleibt die Erfüllung also, weil dem Schuldner die nötigen Geldmittel fehlen, so unterbleibt die Leistung im Sinne des Gesetzes aus eigenem Verschulden des Leistungspflichtigen, so daß § 278 BGB überhaupt nicht in Frage steht.

Weder aus § 278 BGB noch aus § 279 BGB ließe sich allerdings eine schuldhafte Überschreitung des Termins für die Fertigstellung des Rohbaues zum 1. September 1954 feststellen, wenn - was für die Revisionsinstanz unterstellt werden muß - wegen ungewöhnlich schlechter Wetterverhältnisse der Rohbau am 1. September 1954 nicht fertig sein konnte. Dann wäre, wie das Berufungsgericht unter anderem Gesichtspunkt auch andeutet, ein damals ausgesprochener Rücktritt, wenn er Verschulden voraussetzte, nicht wirksam gewesen. Wenn jedoch die Parteien, wie für diese Betrachtung unterstellt wird, der Klägerin ein Rücktrittsrecht für den Fall zuerkannten, daß die Beklagte schuldhaft bis zum 1. September 1954 den Rohbau nicht erstellt hatte, so lag es im Sinne der Parteivereinbarung, daß das Rücktrittsrecht gegeben sein mußte, wenn die Beklagte zwar schuldlos den ersten Baetermin versäumte, aber zur Zeit des für die Fertigstellung vorgesehenen Termins (1. Januar 1955), wie das Berufungsgericht feststellt, noch nicht einmal den Rohbau vollendet hatte, obwohl diese Vollendung erheblich früher möglich gewesen wäre. Das ergibt sich aus der Erwägung, daß schuldlose Versäumung des Termins für den Rohbau die Beklagte nicht von der Einhaltung des Fertigstellungstermins befreite, wenn es, etwa wegen geräumiger Bemessung oder aus besonders günstigen Umständen möglich gewesen wäre, den Fertigstellungstermin (Gesamtvollendung) einzuhalten. In solchem Falle wäre der Rücktritt also berechtigt gewesen. Erst recht muß er dann zulässig sein, wenn infolge Verschuldens der Beklagten am Fertigstellungstermin nicht einmal den Rohbau vollendet war. Der Rücktritt vom 26. Januar 1955 war demnach auch dann wirksam, wenn nur schuldhafte Überschreitung des vereinbarten Termins durch die Beklagte die Klägerin zum Rücktritt berechtigte.

Der Rücktritt war auch nicht etwa als unzulässige Rechtsausübung unwirksam. Die Beklagte hat in dieser Hinsicht vorgetragen, die Klägerin habe durch einzelne ihrer Dienststellen Mietinteressenten, die Mietvorauszahlungen hätten leisten wollen, vom Abschluß des Mietvertrages abgehalten und dadurch den Finanzierungsplan der Beklagten gefährdet. Zutreffend ist hier, entgegen der Meinung der Revision, die Würdigung des Berufungsgerichts, auf dieses Verhalten der Klägerin komme es nicht an, da die Beklagte nicht behauptete, daß aus dem Verhalten tatsächlich Finanzierungsschwierigkeiten entstanden seien, die sich auf das Fortschreiten der Bauarbeiten hindernd ausgewirkt hätten. Ob man dabei mit dem Berufungsgericht das Verhalten nach § 162 BGB untersucht oder wie die Revision unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB beurteilt, ist bedeutungslos.

Ebensowenig kann der Revision zugestimmt werden, wenn sie die Wirksamkeit des Rücktritts mit der Begründung bestreitet, die Klägerin sei nach dem Sinn des Kaufvertrags verpflichtet, mit der Vormerkung für den Anspruch auf Rückauflassung den von der Beklagten benötigten Baugeldhypotheken im Rang auszuweichen. Für die Annahme einer solchen Pflicht ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Kaufvertrages kein Raum. Wenn in ihm die Eintragung des Eigentumsübergangs und der Vormerkung bewilligt und beantragt wurde, so ergab sich für die Vertragsparteien klar, daß die Baugeldhypotheken, die erst nach dem Eigentumsübergang eingetragen werden konnten, der Vormerkung würden im Rang nachgehen müssen. Die Erwägung der Beklagten in der Revisionsverhandlung, der Rangrücktritt müsse als stillschweigend vereinbart gelten, weil sonst der Bau von vornherein für die Beklagte unmöglich

gewesen wäre, steht nicht im Einklang mit ihrem Vortrag (im Schriftsatz vom 29. April 1955 und in der Berufungsbegründung), die Firma B [REDACTED] & B [REDACTED] habe den Rangrücktritt ihrer Grundschulden gegenüber den einzutragenden Hypotheken verweigert und dadurch - nicht also durch die Vormerkung - sei die Kreditgewährung durch die Hypothekenbank vereitelt worden, worauf erst die nunmehr vorgesehenen Kreditgeber die Löschung der Vormerkung verlangt hätten. Überdies hätten für die von der Revision verfochtene Verpflichtung die Hypotheken, denen gegenüber auszuweichen gewesen wäre, doch nach Art und Umfang im Vertrag festgelegt werden müssen. Es kann also nicht anerkannt werden, daß die Klägerin hier die Voraussetzungen des Rücktritts selbst wider Treu und Glauben herbeigeführt hätte und daher in entsprechender oder unmittelbarer Anwendung des § 162 BGB nicht hätte wirksam zurücktreten können.

III.

Das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten hat das Berufungsgericht nur in Höhe von 12 000 DM und auch insoweit nur deswegen für begründet erachtet, weil die Klägerin es in dieser Höhe anerkannt hat. Im übrigen hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Die Klägerin habe behauptet, sie sei zur Auflassung dadurch bestimmt worden, daß der Ehemann der Beklagten eine notarielle Bescheinigung vorgelegt habe, nach welcher er ein Postsparguthaben von 50 020 IM besitze. Die notarielle Bescheinigung habe er sich nach der Klägerin dadurch verschafft, daß er das Guthaben von 20 DM auf 50 020 DM umgefälscht habe. Diese Behauptungen der Klä-

gerin habe die Beklagte nicht bestritten. Der Ehemann der Beklagten habe sich also der Klägerin gegenüber eines Betrugs, einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung schuldig gemacht. Nach § 273 Abs 2 BGB habe derjenige, der zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet sei, wegen eines fälligen Anspruchs auf Verwendungen auf den Gegenstand, das Recht, ihn bis zur Erfüllung dieses Ersatzanspruchs zurückzubehalten, dann nicht, wenn er den Gegenstand durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt habe. Ein Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes sei auch der Anspruch auf Auflassung eines Grundstücks (Staudinger, BGB 9. Aufl § 273 Anm I 2 a; RG BayZ 1912, 458). Die Beklagte müsse die unerlaubte Handlung ihres Ehemannes, der für sie die Vorverhandlungen geführt und sie beim Abschluß des Vertrages und bei der Auflassung vertreten habe, gegen sich gelten lassen. Außerdem setze nach § 273 Abs 2 BGB der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts nicht voraus, daß der Schuldner persönlich die unerlaubte Handlung begangen habe. Die Beklagte könne demnach wegen eines etwaigen aus den §§ 347 Satz 2, 994 Abs 2 BGB hergeleiteten Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Ob einzelne dieser von der Beklagten als Verwendungen bezeichneten Leistungen überhaupt unter den gesetzlichen Begriff der Verwendung fielen, was insbesondere für die Verbindlichkeiten aus Mietverträgen und aus Darlehen zweifelhaft sei, könne dahingestellt bleiben. Für die Forderung auf Zahlung von 30 000 DM gegen die Klägerin, wegen deren die Beklagte auch zurückbehalten wolle, habe die Beklagte überdies keinerlei Begründung gegeben, obwohl sie durch die Klägerin und das Urteil des ersten Rechtszuges auf diesen Mangel aufmerksam gemacht worden sei.

Die Revision macht zu diesen Ausführungen geltend, daß die Beklagte sich nicht auf Grund des Kaufvertrages, sondern auf Grund der bereits vorher geschehenen Übergabe im Besitz des Grundstücks befunden habe. Sie habe den herauszugebenden Gegenstand, das Grundstück, also nicht durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt. Würde es sich - meint die Revision - um eine bewegliche Sache handeln, so wäre demnach die Beklagte berechtigt, die Herausgabe der Sache zu verweigern und damit auch ihre Rückübereignung. Das Zurückbehaltungsrecht könne daher auch bei einem Grundstück für die Auflassung nicht verneint werden, wenn die Übergabe zurückbehalten werden könne. Dieser Meinung der Revision kann jedoch nicht gefolgt werden. Der Umstand, daß das Grundstückseigentum ohne Rücksicht auf den Besitz übertragen werden kann, rechtfertigt es eben, es für § 273 Abs 2 BGB als Gegenstand gesondert zu behandeln, wenn auch aus rechtstechnischen Gründen das für bewegliche Sachen nicht möglich ist. Es entspricht durchaus dem Zweck des § 273 Abs 2 und des § 1000 Abs 2 BGB, daß das durch vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangte Eigentum ohne die Möglichkeit, es als Druckmittel für die Durchsetzung von Ersatzansprüchen zu benutzen, zurückübertragen werden muß. Ein Bedenken ist - auch darin ist dem Berufungsgericht zuzustimmen - auch nicht daraus abzuleiten, daß die Beklagte nicht selbst die unerlaubte Handlung begangen hat und auch nicht festgestellt ist, daß sie von dem Betrug ihres Ehemannes Kenntnis hatte. Eine Schadensersatzpflicht im Sinn der §§ 823 ff steht nicht in Frage, sodaß eine Anwendung des § 831 BGB ausscheidet. Es entspricht der Billigkeit, daß demjenigen, der einen Gegenstand erlangt und sich dabei eines Vertreters bedient hat, dann, wenn der Vertreter ihm den Gegenstand durch eine unerlaubte Handlung zum Schaden des Herausgabeberechtigten ver-

schaft hat, das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen ebenso versagt wird, als hätte er selbst die unerlaubte Handlung begangen. Der Wortlaut des Gesetzes ermöglicht diese Auslegung. Die entsprechende Anwendung der Grundsätze über die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß würde im vorliegenden Fall zum selben Ergebnis führen. Da die erwähnte verschärfte Herausgabepflicht hinsichtlich eines durch vorsätzlich unerlaubte Handlung erlangten Gegenstandes ein Sonderfall ist, muß auch angenommen werden, daß insoweit § 348 BGB nicht anzuwenden ist, der bestimmt, daß die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien Zug um Zug zu erfüllen sind.

IV.

Daß der Erfolg der Klage auf Rückauflassung die Abweisung der Widerklage notwendig nach sich zieht, bedarf keiner Ausführung.

Die Revision war demnach als unbegründet mit der Kostenfolge des § 97 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Schuster

Dr. Großmann

Dr. Spieler

Dr. Dorschel