

Verkündet am 17. Oktober 1962
[REDACTED], Justizhauptsekretär,
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

2191 036

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

In dem Rechtsstreit

1. des Fräuleins Therese B [REDACTED] in A [REDACTED],
H [REDACTED]allee [REDACTED],
2. der Witwe Gertrud S [REDACTED] geb. B [REDACTED],
in A [REDACTED], H [REDACTED]allee [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerinnen, Berufungsklägerinnen und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Eheleute Mechaniker Josef H e [REDACTED] und
Johanna H e [REDACTED] geb. Bei [REDACTED] in H [REDACTED],
B [REDACTED]weg [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1962 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundes-
richter Dr. Augustin, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Köln vom
30. Juni 1961 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Gegenstand des Rechtsstreits, wegen dessen Sachverhalts auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des Urteils des Senats vom 4. Mai 1960 - V ZR 163/58 (LM § 454 BGB Nr. 4) Bezug genommen wird, ist nur noch die Widerklage, für die folgende weitere unstreitige Tatsachen in Betracht kommen: Die Kläger, die auf dem ihnen bei Kaufabschluß übergebenen Grundstück die Errichtung eines Kinos beabsichtigten, begannen kurz nach Vertragsabschluß mit den Bauarbeiten. Da sie vom Nachbargrundstück Jülicher Straße 10 einen Geländestreifen benötigten, wollten sie diesen käuflich erwerben. Dies mißlang, da sie den vereinbarten Kaufpreis nicht bezahlten. Mitte Dezember 1951 kamen die Bauarbeiten zum Erliegen, da die Kläger in Vermögensverfall gerieten und die Handwerkerrechnungen nicht mehr begleichen konnten. Am 7. Januar 1952 wurde bei dem klagenden Ehemann fruchtlos gepfändet. Dieser leistete am 4. März 1952 vor dem Amtsgericht in Aachen den Offenbarungseid.

Mit ihrer Widerklage haben die Beklagten beantragt, die Kläger zu verurteilen,

1. zu erklären, daß sie auf die Rechte aus der in der notariellen Urkunde vom 20. September 1951 erklärten Auflassung verzichten,
2. gegenüber dem Grundbuchamt Aachen zu erklären, daß sie den bei diesem gestellten Antrag auf ihre Eintragung als Eigentümer zurücknehmen,

3. darin einzuwilligen, daß die zu ihren Gunsten eingetragene Vormerkung gelöscht wird,

4. das Grundstück herauszugeben.

Hilfsweise haben die Beklagten beantragt, die Kläger als Gesamtschuldner zur Zahlung von 25.048,47 DM nebst 7 % Zinsen seit dem 19. Januar 1952 zu verurteilen.

Zur Begründung des Hauptantrags zur Widerklage haben die Beklagten vorgetragen: Die Kläger seien nach § 985 BGB zur Herausgabe des Grundstücks verpflichtet, weil sie mangels Eintragung im Grundbuch noch nicht Eigentümer des Grundstücks geworden seien. Die Herausgabepflicht ergebe sich auch aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. Die Beklagten hätten nämlich das Grundstück aufgelassen, um in Erwartung eines inhaltlich unveränderten Fortbestehens des Vertrags einen Anspruch auf die Zahlung des Kaufpreises und die Eintragung der Kaufpreishypothek zu erwerben. Dieser Erfolg sei nicht eingetreten, weil infolge des Verzugs der Kläger und der dadurch notwendig gewordenen Nachfristsetzung die gegenseitigen Erfüllungsansprüche entfallen seien. Das den Beklagten in den zur Klage ergangenen Urteilen des Berufungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zugebilligte Leistungsverweigerungsrecht nach § 321 BGB habe den Beklagten weiter über § 242 BGB ein besonderes, von dem des § 326 BGB unabhängiges Rücktrittsrecht gegeben, da die Rechtssicherheit verbiete, daß ein Leistungsverweigerungsrecht durch die Säumnis des anderen Vertragsteils die Vollbeendigung eines Vertrags "ad infinitum" verhindere. Von diesem Rücktrittsrecht hätten die Beklagten in ihrem Schriftsatz vom



14. November 1960 auch Gebrauch gemacht. Der Rückforderungsanspruch der Beklagten sei auch nach § 325 Abs. 1 Satz 3 BGB in Verbindung mit § 323 Abs. 3 BGB begründet, weil den Klägern die Bezahlung des Kaufpreises 9 Jahre lang subjektiv unmöglich gewesen und nach den bisherigen Erfahrungen zu bezweifeln sei, daß die Kläger etwa jetzt zahlen könnten. Angesichts der Besonderheit des Falles könne der Rückforderungsanspruch der Beklagten ferner unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes auf § 826 BGB gestützt werden. Der Vertrag vom 20. September 1951 sei weiter nach § 138 BGB nichtig, weil er nur durch Ausbeutung der geschäftlichen Unerfahrenheit der hochbetagten Beklagten zustande gekommen sei. Die Kläger hätten sich schließlich des Betrugs zum Nachteil der Beklagten schuldig gemacht, so daß der Rückforderungsanspruch auch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 265 StGB begründet sei.

Die Kläger haben den Hilfsantrag anerkannt und im übrigen Abweisung der Widerklage beantragt.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Widerklage im übrigen die Kläger entsprechend dem Hilfsantrag der Beklagten zur Zahlung verurteilt.

Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit ihrer Revision verfolgen die Beklagten den Hauptantrag zu ihrer Widerklage weiter. Die Kläger beantragen Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Hauptantrag zur Widerklage aus keinem der von den Beklagten geltend gemachten Gründe gerechtfertigt.

1. Der Hauptangriff der Revision ist gegen die Verneinung des Herausgabeanspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB gerichtet.

Das Berufungsgericht führt insoweit aus: Es sei nicht einmal erwiesen, daß die Kläger vorsätzlich die Beklagten bei Abschluß des Kaufvertrags darüber getäuscht hätten, daß sie nicht in der Lage seien, die eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Es sei unbestritten, daß die Kläger nach Vertragsabschluß und Überlassung des Grundstücks sofort mit der Errichtung des geplanten Kinobaus begonnen hätten. Sie hätten die Aufwendungen mit 16.931 DM angegeben. Daß sie zu diesem Zeitpunkt über 30.000 bis 40.000 DM verfügt hätten, sei von dem Zeugen Baumgarten in dem Vorprozeß bekundet worden, so daß es nicht zu widerlegen sei, daß die Kläger damals über bestimmte Geldmittel verfügt hätten. Sie hätten jedoch diese Mittel kaum für Bauarbeiten aufgewendet, wenn sie nicht sichere Aussichten gehabt hätten, daß ihnen die Fertigstellung des geplanten Bauvorhabens auch gelingen werde. Hinzu komme, daß die Zeugen Schramm und Königs nach ihren Bekundungen in dem (auf Anzeige der Beklagten gegen die Kläger eingeleiteten) Ermittlungsverfahren 1 Js 658/55 StA Aachen bereit gewesen seien, sich finanziell an dem Aufbau des Kinos zu beteiligen, und daß im übrigen die Kläger auch von einem gewissen Heil, der sich ebenfalls an den Baukosten habe beteiligen wollen, getäuscht worden seien. Dies habe das Land-

gericht in dem Vorprozeß auch berücksichtigt, in dem es ausgeführt habe, das Unglück der Kläger, auf einen Betrüger hereingefallen zu sein, müsse sie selbst treffen. Es sei nicht zu verkennen, daß die Finanzierung des Bauvorhabens bei Vertragsabschluß keineswegs gesichert gewesen sei. Andererseits hätten die Kläger jedoch nicht unbegründete Aussichten gehabt, es würde ihnen mit finanzieller Unterstützung anderer Personen gelingen, den Bau fertigzustellen. Daß sie bei Vertragsabschluß bereits die Absicht gehabt hätten, ihren vertraglich eingegangenen Verpflichtungen nicht nachzukommen, und sich dadurch einen Vorteil im Sinne des § 263 StGB hätten verschaffen wollen, lasse sich jedenfalls mit der erforderlichen Sicherheit nicht feststellen. Der Umstand, daß der klagende Ehemann bereits im Januar 1952 fruchtlos gepfändet worden sei und wenige Monate später den Offenbarungseid habe leisten müssen, genüge allein nicht, um eine betrügerische Absicht, die bei Vertragsabschluß vorgelegen haben müßte, festzustellen. Der auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB gestützte Schadensersatzanspruch sei nach § 852 BGB aber auch verjährt. Hierauf hätten sich die Kläger in der letzten mündlichen Verhandlung ausdrücklich berufen. Den Beklagten sei aber am 15. Januar 1952, als sie die einstweilige Verfügung gegen die Kläger beantragt hätten, bekannt gewesen, daß diese entgegen den eingegangenen Verpflichtungen nicht mehr in der Lage gewesen seien, die am 1. Januar 1952 fällige Rate von 400 DM zu bezahlen, und daß sie ihren Wechselverpflichtungen kaum hätten nachkommen können. Die Widerklage sei aber erst im Oktober 1956 und damit nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 852 BGB erhoben worden. Die Beklagten könnten das Grundstück auch nicht gemäß § 852 Abs. 2 BGB nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen, da ihnen hiernach^{nach}/der Saldotheorie bei einem zweiseitigen Vertrag nur ein Geldanspruch zustehe.

Die Revision greift diese Ausführungen in mehrfacher Hinsicht an.

- a) Sie meint zunächst, das angefochtene Urteil lasse ausdrücklich offen (BU S. 22), ob die Kläger die Beklagten durch falsche Angaben zur Vorleistung veranlaßt hätten; für die Revisionsinstanz sei daher zugunsten der Beklagten hiervon auszugehen.

Dem kann nicht gefolgt werden. An der von der Revision angeführten Stelle seines Urteils führt das Berufungsgericht bei der Prüfung der Frage, ob der Kaufvertrag vom 20. September 1951 nach § 138 Abs. 2 BGB nichtig sei, aus, es könne dahinstehen, ob die Kläger tatsächlich die geschäftliche Unerfahrenheit der Beklagten ausgenutzt und sie durch falsche Angaben zur Vorleistung veranlaßt hätten, da nach § 138 Abs. 2 BGB ein Geschäft nur dann nichtig sei, wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffallenden Mißverhältnis stünden, dafür aber nichts vorgetragen sei. Aus dieser Formulierung ergibt sich, daß das Berufungsgericht damit nur zum Ausdruck bringen wollte, daß die Anwendung des § 138 Abs. 2 BGB schon wegen Fehlens eines auffälligen Mißverhältnisses ausscheidet und es deshalb auf die weiteren Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift nicht ankommt. Dafür, daß das Berufungsgericht dabei an bestimmte falsche Angaben gedacht und diese zugunsten der Beklagten unterstellt hat, ergeben sich weder aus dem Vortrag der Beklagten zur Sittenwidrigkeit des Vertrags nach § 138 BGB (Schriftsatz vom 14. November 1960 S. 4/5) noch aus der Revisionsbegründung irgendwelche Anhaltspunkte.

- b) Die Revision rügt sodann, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 286 ZPO nicht berücksichtigt,

daß nach den Feststellungen des ersten Berufungsurteils (S. 16) die Beklagten aufgrund der von dem Zeugen Dr. Steffens (Sohn der Beklagten zu 2) bekundeten, beim Kaufabschluß von dem klagenden Ehemann abgegebenen Erklärungen über seinen finanziellen Rückhalt der Auffassung hätten sein müssen, es mit einem finanziell zumindest ausreichend fundierten Kaufmann zu tun zu haben.

Die Rüge ist nicht begründet. Die angeführte Feststellung des Berufungsgerichts in seinem ersten Urteil ist hier unerheblich. Sie besagt nichts dafür, daß die Kläger die Beklagten bei Abschluß des Kaufvertrags darüber getäuscht haben, daß sie nicht in der Lage seien, ihre eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen.

- c) Unbegründet ist auch die weitere Rüge, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 286 ZPO nicht bedacht, daß schon in der Übernahme der Vertragspflicht zur Zahlung des Kaufpreises nach genau festgelegtem Zeitplan die Zusage der Fähigkeit zur pünktlichen Kaufpreiszahlung gelegen habe, während, wie das Berufungsgericht selbst festgestellt habe (BU S. 23), in Wirklichkeit die Finanzierung des Bauvorhabens bei Vertragsabschluß "keineswegs gesichert" gewesen sei. Das Berufungsgericht hat die fehlende finanzielle Sicherung des Bauvorhabens bei Abschluß des Kaufvertrags mit der Begründung als keinen ausreichenden Beweis für ein vorsätzliches Verhalten der Kläger im Sinne des § 263 StGB angesehen, die Kläger hätten nicht unbegründete Aussichten gehabt, daß es ihnen mit finanzieller Unterstützung anderer Personen gelingen würde, den Bau fertigzustellen. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

- d) Soweit die Revision Verletzung des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB mit der Begründung rügt, das Berufungsgericht habe verkannt, daß hinsichtlich der Täuschungshandlung und der Vermögensschädigung bedingter Vorsatz genügen würde, gibt sie nicht an, aus welchen Tatsachen zu entnehmen wäre, daß die Kläger bei Abschluß des Kaufvertrages wenigstens mit der Möglichkeit gerechnet haben, sie seien zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten nicht in der Lage und die Beklagten könnten durch den Abschluß des Kaufvertrags einen Schaden erleiden. Dies wäre erforderlich gewesen, da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch der Nachweis eines nur bedingten Vorsatzes nicht erbracht ist.
- e) Die Revision macht dem Berufungsgericht ferner zum Vorwurf, es habe unter Verletzung des § 286 ZPO den eingehenden Vortrag der Beklagten über die mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit der Kläger (Schriftsatz vom 30. März 1955 S. 17 bis 21; Schriftsatz vom 8. Oktober 1956 S. 8/9; 1 Js 658/55 StA Aachen Bl. 6 bis 14) nicht ausgeschöpft; insbesondere fehle jede Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Beklagten,

daß gegen die Kläger auch schon vor dem Vertragsabschluß vom 20. September 1951 (so z.B. im Juni und September 1951) wiederholt Pfändungen ausgebracht worden seien (1 Js 658/55 StA Aachen Bl. 10);

daß die in ihrem Schriftsatz vom 30. März 1955 (S. 19/20) erwähnten Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse zum größten Teil Forderungen betroffen hätten, "die mindestens bereits aus dem Jahre 1951 datieren und überfällig waren" (Schriftsatz vom 9. April 1955);

daß es infolge der Zahlungsunfähigkeit der Kläger auch vor dem Vertragsabschluß wiederholt zu Scheck- und Wechselprotesten gekommen sei (Schriftsatz vom 30. März 1955 S. 18; 1 Js 658/55 StA Aachen Bl. 10);

daß die Kläger nicht einmal das nötige Geld gehabt hätten, die Grunderwerbsteuer zu zahlen (Schriftsatz vom 8. Oktober 1956 S. 9);

daß die Kläger so wenig Kredit gehabt hätten, daß man ihnen lieber 20 DM schenkte, als 50 DM lieh, die doch verloren gewesen wären (Schriftsatz vom 30. März 1955 S. 20; Schriftsatz vom 8. Oktober 1956 S. 9);

daß die Kläger von keiner Seite hätten Kredit erhalten können (Schriftsatz vom 8. Oktober 1956 S. 9).

Auch diese Rügen sind nicht begründet. Alle aufgeführten Umstände stehen den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entgegen, aus denen dieses in tatrichterlicher Würdigung gefolgert hat, es sei nicht erwiesen, daß die Kläger vorsätzlich die Beklagten beim Abschluß des Kaufvertrags darüber getäuscht hätten, daß sie zur Erfüllung ihrer eingegangenen Verpflichtungen nicht in der Lage seien.

- f) Die Revision meint sodann unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen Denkgesetze, es könne weder aus der Angabe der Kläger über Bauaufwendungen in Höhe von 16.931 DM noch daraus, daß die Kläger nach der Bekundung des Zeugen Baumgarten - bei einer vorgesehenen Bausumme von etwa 500.000 DM (1 Js 658/55 StA Aachen Bl. 13) -

über einen Betrag von 30.000 bis 40.000 DM verfügt hätten, geschlossen werden, daß die Kläger zur vertragsmäßigen Zahlung des Grundstückskaufpreises fähig und bereit gewesen seien.

Auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Bei der Entscheidung der Frage, ob die Kläger sich bei Abschluß des Vertrags gegenüber den Beklagten in betrügerischer Weise verhalten haben, kam es nur darauf an, ob sich die Kläger in diesem Zeitpunkt bewußt gewesen sind, daß sie ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen konnten. Den Nachweis hierfür hat das Berufungsgericht aber aus den von ihm aufgeführten Gründen nicht mit der erforderlichen Sicherheit als erbracht angesehen.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhang, und zwar ebenfalls unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die Lebenserfahrung, noch meint, das Berufungsurteil lasse jede Auseinandersetzung mit der Frage vermissen, wie sich das bekundete Vorhandensein von 30.000 DM bis 40.000 DM mit der unstreitigen Tatsache vereinbaren lasse, daß die Bauarbeiten mangels jeglicher Mittel bereits Mitte Dezember 1951 zum Erliegen gekommen seien (BU S. 2/3), übersieht sie, daß sich die Bekundung über das Vorhandensein der 30.000 bis 40.000 DM auf die Zeit des Abschlusses des Vertrags vom 20. September 1951 und damit auf einen Zeitpunkt bezog, der nahezu drei Monate vor der Einstellung der Bauarbeiten liegt.

- g) Unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die Lebenserfahrung meint die Revision weiter, die Erwägung des Berufungsgerichts, die Kläger hätten trotz mangelnder gesicherter Baufinanzierung nicht unbegründete Aussichten gehabt, es würde ihnen mit finanzieller Unterstützung

anderer Personen gelingen, den Bau fertigzustellen, stehe ohne Begründung; denn die Kläger hätten bei Abschluß des Vertrags keinesfalls damit rechnen können, daß Dritte ihnen in Kenntnis ihrer schlechten Vermögenslage ohne hinreichend belegten Gesamtfinanzierungsplan und ohne Sicherheiten Gelder für den Erwerb des Grundstücks zur Verfügung stellen würden.

Da eine dahingehende Lebenserfahrung nicht anzunehmen ist, wendet sich die Revision mit dieser Rüge in unzulässiger Weise gegen die tatrichterliche Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Kläger nicht unbegründete Aussichten auf die finanzielle Unterstützung von dritter Seite hatten.

- h) Sind aber hiernach die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB nicht gegeben, dann kommt es auf die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts dahin, der Schadensersatzanspruch sei auch nach § 852 Abs. 1 BGB verjährt, und die Beklagten könnten die Rückgabe des Grundstücks auch nicht nach § 852 Abs. 2 BGB verlangen, und auf die insoweit erhobenen Revisionsangriffe nicht mehr an.

Aus denselben Gründen, also wegen Fehlens eines vorsätzlichen Handelns der Kläger, sind entgegen der Meinung der Revision auch die Voraussetzungen des § 826 BGB nicht gegeben.

2. Die Herausgabepflicht der Kläger nach § 985 BGB wird vom Berufungsgericht mit der Begründung verneint, die Kläger seien nach § 986 BGB zum Besitz des Grundstücks berechtigt, weil die Beklagten die Auflassung erklärt, den Besitz übertragen und sogar die Umschreibung der Eigentumsänderung im Grundbuch bewilligt, somit die von

ihnen aus dem Kaufvertrag geschuldete Leistung erbracht hätten und ihnen durch § 454 BGB verwehrt sei, nach § 326 BGB vom Kaufvertrag zurückzutreten.

- a) Die Revision meint demgegenüber zunächst, ein Gegenrecht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB könne dann nicht mehr aus einem Kaufvertrag hergeleitet werden, wenn, wie hier, der Erfüllungsanspruch, also der Anspruch auf Herbeiführung des Leistungserfolgs der Grundbucheintragung, durch Fristsetzung nach § 326 BGB weggefallen sei. Dem steht jedoch entgegen, daß, wie der Senat bereits in seinem ersten Revisionsurteil in dieser Sache (S. 23) unter Bezugnahme auf Rechtsprechung und Schrifttum ausgeführt hat, die Beklagten alles zur Erfüllung des Kaufvertrags von ihrer Seite aus Erforderliche getan hatten und deshalb der aus der Anwendung der Differenztheorie sich ergebende Wegfall der Leistungspflicht des Ersatzberechtigten nicht mehr in Betracht kommt und daß dasselbe sich auch aus § 454 BGB ergibt, weil nach dieser Vorschrift der Verkäufer, wenn ihm das von ihm geltend gemachte Rücktrittsrecht abgesprochen wird, den Vertrag zu erfüllen gehalten ist. Die Fristsetzung nach § 326 BGB hat somit entgegen der Meinung der Revision nicht allgemein, sondern nur dann den Wegfall der Leistungspflicht des Ersatzberechtigten zur Folge, wenn die Leistung noch nicht bewirkt ist, wobei es nicht auf den Leistungserfolg, sondern auf die Leistungshandlung ankommt (Palandt BGB 21. Aufl. § 326 Anm. 7). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus RGZ 141, 259, 261. Soweit die Revision sich auf diese Entscheidung beruft, übersieht sie, daß dort die Auflassung noch nicht erklärt war und der Verkäufer außerdem, wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt, das Rücktrittsrecht des § 326 BGB nicht nach § 454 BGB verloren hatte.

- b) Die Revision meint sodann, die Tatsache, daß das Grundstück bereits aufgelassen sei, hindere die Beklagten nicht daran, sich auf das Fehlen eines Besitzrechtes der Kläger zu berufen, weil der Auflassungsempfänger als solcher, wie sich aus OLG Celle NJW 1948, 870 (mit Anmerkung von Hoche) ergebe, gegenüber dem Eigentümer kein Recht zum Besitz habe. Dem steht entgegen, daß die Kläger nicht schon deshalb zum Besitz des Grundstücks berechtigt sind, weil das Grundstück ihnen aufgelassen wurde. Ihr Besitzrecht im Sinne des § 986 BGB ergibt sich vielmehr aus dem Kaufvertrag. Dieser bestand auch nach der Fristsetzung nach § 326 BGB weiter, weil, wie bereits ausgeführt, ein Wegfall der Leistungspflicht der Beklagten mit Rücksicht darauf, daß sie alles zur Erfüllung des Kaufvertrags von ihrer Seite aus Erforderliche getan hatten, nicht mehr in Betracht kam und die Beklagten auch deshalb zur Erfüllung des Kaufvertrages gehalten waren, weil ihnen das Rücktrittsrecht des § 326 BGB nach § 454 BGB nicht mehr zustand. Bei diesem Ergebnis bedarf es keines Eingehens mehr auf die von der Revision zitierte Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle. In dieser tauchte die Frage, ob der Auflassungsempfänger als solcher gegenüber dem Eigentümer ein Recht zum Besitz habe, auch nur deshalb auf, weil die Verkäufer den Kaufvertrag rückgängig gemacht hatten.
- c) Die Revision meint schließlich, die Kläger könnten sich nicht auf die Vorschrift des § 454 BGB berufen, weil für die Revisionsinstanz zu unterstellen sei, daß die Kläger die Beklagten durch falsche Angaben zur Vorleistung veranlaßt hätten, und weil sich aus den vom Berufungsgericht verfahrenswidrig nicht ausgeschöpften Streitstoff ergebe, daß die zu Lasten der Beklagten verwertete Stundung des Kaufpreises allein durch betrüge-

rische Täuschung, zumindest aber durch vorsätzliche, sittenwidrige Schadenszufügung herbeigeführt worden sei. Dem Erfolg dieser Rüge steht schon entgegen, daß, wie bereits unter 1 ausgeführt, von einer Unterstellung in dem von der Revision aufgeführten Sinne nicht gesprochen werden kann und die von der Revision aufgeführten Umstände der Auffassung des Berufungsgerichts nicht entgegenstehen, es seien weder die Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB noch des § 826 BGB gegeben. Es bedarf deshalb keines Eingehens mehr darauf, ob die Rüge nicht auch deshalb unbegründet wäre, weil durch das Urteil des Senats im Vorprozeß die Klage der jetzigen Beklagten festzustellen, daß den jetzigen Klägern zufolge ihres Rücktritts vom Kaufvertrag kein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zustehe, gerade mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 454 BGB abgewiesen wurde.

3. Die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche sind nach der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht nach § 325 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 323 Abs. 3 BGB begründet. Das Berufungsgericht führt insoweit aus: Die Beklagten hätten sich stets auf den Standpunkt gestellt, daß die Kläger mit ihren Verpflichtungen in Verzug gekommen seien und daß ein Fall der Unmöglichkeit ihrer Leistung nicht vorgelegen habe. Eine solche sei auch nicht gegeben. Die Unmöglichkeit setze nämlich voraus, daß die Leistung dauernd unmöglich sei. Dies sei hier nicht der Fall. Dadurch, daß die Kläger im Januar 1952 nicht in der Lage gewesen seien, die fällige Kaufpreistraten zu zahlen, sei die Leistung nicht unmöglich geworden. In der Rechtsprechung sei zwar anerkannt, daß ein zeitweiliges Erfüllungshindernis dann zu einem endgültigen werde, wenn die Erfüllung des Vertragszwecks infrage gestellt sei und dem andern Teil die Einhaltung des Ver-

trags nicht mehr zugemutet werden könne. Hiervon könne aber hier nicht gesprochen werden. Nach den glaubhaften Bekundungen der im ersten Rechtszug (richtig: im Berufungsverfahren über die Klage) vernommenen Zeugen, insbesondere der Zeugen Dr. Be[REDACTED] und Dr. E[REDACTED], sei es nicht ausgeschlossen gewesen, daß die Kläger einen Geldgeber gefunden hätten, der die Kaufpreistraten an die Beklagten bezahlt hätte. Wenn es zu einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Klägern und einem der infrage kommenden Geldgeber nicht gekommen sei, so sei dies letzten Endes mit darauf zurückzuführen, daß die Beklagten durch den Vertrag mit der Firma Esso, der unstreitig bereits am 9. Februar 1952 abgeschlossen worden sei, sich anderweitig gebunden hätten und unter allen Umständen hätten versuchen müssen, das an die Kläger verkaufte und aufgelassene Grundstück zurückzuerlangen, um ihre Vertragspflichten der Firma Esso gegenüber erfüllen zu können. Sie hätten deshalb ein Angebot der Kläger, den restlichen Kaufpreis zu zahlen, nicht mehr annehmen können. Deshalb hätten die Beklagten auch, nachdem durch das Urteil des Bundesgerichtshofs im Vorprozeß festgestellt worden sei, daß ihnen ein Rücktrittsrecht nicht zugestanden habe, nicht sofort Schadensersatzklage erhoben, sondern auf anderem Weg durch Einreichung der Widerklage, die erst zwei Jahre später erhoben worden sei, versucht, die Übertragung des Grundbesitzes an die Kläger rückgängig zu machen. Wenn der Vertragszweck eine Änderung erfahren habe, so sei dies viel weniger darauf zurückzuführen, daß die Kläger vorübergehend nicht zahlungsfähig gewesen seien, als darauf, daß die Beklagten in der Zwischenzeit einen anderen Vertrag über das Grundstück abgeschlossen hätten. Die Ansicht der Beklagten, daß die Vorschrift des § 323 Abs. 3 BGB neben der des § 326 BGB analog anwendbar sei, sei rechtsirrig. Aber

auch wenn man den Beklagten einen Anspruch aus § 323 Abs. 3 BGB zuerkennt, würde sich im Ergebnis nichts ändern. Die Vorschrift des § 323 Abs. 3 BGB verweise nämlich auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Hiernach stünde aber den Beklagten, da sie sich die von den Klägern erbrachten Leistungen (Kaufpreishöhe von 2.000 DM und bauliche Aufwendungen) in Anrechnung bringen lassen müßten, nach der Saldotheorie nur ein Geldanspruch zu. Die Herausgabe des Grundstücks gegen Rückzahlung des Kaufpreises und des Wertes der baulichen Veränderungen könnten sie nicht verlangen.

Auch diese Ausführungen werden von der Revision angegriffen.

Sie meint, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts könne der Umstand, daß die Beklagten zunächst in Unkenntnis der völligen Zahlungsunfähigkeit der Kläger (insbesondere ihrer fruchtlosen Pfändung am 7. Januar 1952) von einem Zahlungsverzug ausgegangen seien, sie nicht hindern, eine sich später herausstellende Leistungsunmöglichkeit geltend zu machen. Ob dies zutrifft, kann indessen dahingestellt bleiben, da die weitere Auffassung des Berufungsgerichts, es könne von einer dauernden Unmöglichkeit der Leistung der Kläger im Sinne des § 325 BGB (der das hier in Betracht kommende Unvermögen gleichsteht) nicht gesprochen werden, keinen Rechtsirrtum enthält. Für die Frage, ob ein Leistungshindernis zu einer dauernden oder nur vorübergehenden Unmöglichkeit führt, ist der Zeitpunkt des Eintritts dieses Leistungshindernisses maßgebend (IM § 275 BGB Nr. 4). Gerade für diesen Zeitpunkt hat aber das Berufungsgericht aufgrund der Beweisaufnahme festgestellt, es sei nicht ausgeschlos-

daß die Kläger einen Geldgeber gefunden hätten. Wenn die Revision demgegenüber meint, das nur vorübergehende Leistungshindernis der Vermögenslosigkeit sei hier jedoch einem dauernden gleichzustellen, weil seine Beseitigung insbesondere wegen der Kreditunfähigkeit der Kläger in absehbarer Zeit nicht zu erwarten gewesen sei, so wendet sie sich in unzulässiger Weise gegen die gegenteilige tatrichterliche Feststellung des Berufungsgerichts. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Aussage des Zeugen Dr. Engelbrecht, daß er, wenn der klagende Ehemann ihm erträgliche Bedingungen und genügende Sicherheiten geboten hätte, möglicherweise auf die Tatsache, daß er vermögenslos gewesen sei, kein gesteigertes Gewicht gelegt hätte. Im übrigen kann die Frage, ob die zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags einer dauernden gleichzusetzen ist, nur unter Berücksichtigung der Interessenlage aller Beteiligten und der Grundsätze von Treu und Glauben entschieden werden (LM § 323 Abs. 1 BGB Nr. 3). Daß auch hiernach von einer dauernden Leistungsmöglichkeit der Klägerin nicht gesprochen werden kann, ergibt sich aus den vom Berufungsgericht weiter aufgeführten Gründen.

Dem Berufungsgericht ist auch darin beizutreten, daß die Vorschrift des § 323 Abs. 3 BGB neben der des § 326 BGB nicht analog anwendbar sei. Dafür, daß § 323 Abs. 3 BGB nur infolge eines Redaktionsversehens nicht in § 326 BGB erwähnt sei, sind keine Anhaltspunkte gegeben.

Da das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum eine Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 325 BGB verneint hat, kommt es auf seine weitere Auffassung, den Beklag-

ten würde nach § 323 Abs. 3 BGB auch nur ein Geldanspruch zustehen, und die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision nicht mehr an.

4. Soweit das Berufungsgericht die weiteren Klagegründe verneint, werden von der Revision keine Bedenken erhoben. Die dahingehenden Ausführungen des Berufungsgerichts sind rechtlich auch nicht zu beanstanden.
5. Die Revision der Beklagten war daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche	Dr. Augustin	Rothe
Dr. Freitag	Mattern	