

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Wenzel und die Richter Dr. Vogt, Dr. Lambert-Lang, Tropf und Schneider

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 30. April 1998 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben als die Beklagten zur Zahlung verurteilt worden sind.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verkaufte den Beklagten mit notariellem Vertrag vom 19. Dezember 1994 ein am 8. Juni 1994 erworbenes, bebautes Grundstück unter Vereinbarung eines umfassenden Gewährleistungsausschlusses für Sachmängel zum Preis von 400.000 DM. Sie sicherte zu, daß "am oder im Haus kein Wasser eintritt" (§ 2 des Vertrages). Das Kaufobjekt sollte bei Kaufpreiszahlung, frühestens jedoch am 26. Dezember 1994 übergeben werden (§ 3 des Vertrages). Der Kaufpreis sollte 14 Tage nach einer Notarbestätigung

bestimmten Inhalts fällig sein (§ 5 des Vertrages) und bei Nichtzahlung ab diesem Termin mit 12 % p.a. verzinst werden (§ 6 des Vertrages). Die Beklagten waren vertragsgemäß unabhängig von der Regelung des Übergabetermins zur Vornahme bestimmter Arbeiten berechtigt (§ 9 des Vertrages). Die Parteien erklärten, daß die Abwasser des Hauses durch eine Klärgrube nach Vorgabe der Bauaufsicht (3-Kammersystem) entsorgt werden. Die Klägerin versicherte, daß die letzte Überprüfung und/oder Entleerung im Jahre 1994 erfolgt sei (§ 11 des Vertrages).

Nachdem die Beklagten ab November 1994 im Obergeschoß des Hauses mit Ausbauarbeiten begonnen hatten, wurde ihnen das Anwesen am 6. Januar 1995 übergeben. Mit Schreiben vom 17. Februar 1995 wiesen sie auf einen Wassereintritt am 24. Januar 1995 im Keller des Hauses hin und verlangten eine Kaufpreisminderung von 150.000 DM. Die Klägerin bot eine Minderung von 10.000 DM an, was die Beklagten ablehnten. Daraufhin forderte sie mit Schreiben vom 24. März 1995 die Beklagten unter Setzung einer Nachfrist bis zum 7. April 1995 zur Kaufpreiszahlung auf und lehnte für den Fall fruchtlosen Fristablaufs die Vertragserfüllung ab.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 390.000 DM nebst Zinsen auf Notaranderkonto, hilfsweise zur Räumung und Herausgabe des Anwesens zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Mit der Berufung haben die Beklagten eine Kaufpreisminderung um 100.000 DM gefordert und Widerklage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß sie in dieser Höhe zur Minderung berechtigt seien.

Das Oberlandesgericht hat die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den behaupteten Mängeln beschlossen und als eine von den Beklagten angeforderte Nachschußzahlung von 7.000 DM auf den Kostenvorschuß nicht fristgerecht (12. Februar 1998) einging, die Beweisaufnahme abgebrochen und Termin auf den 2. April 1998 anberaumt. Die Beklagten zahlten einen weiteren Kostenvorschuß von 7.000 DM am 20. Februar 1998. Der Sachverständige teilte mit, er könne sein Gutachten bis 2. April 1998 nicht erstellen und hat lediglich seine bis dahin vorgenommene sachverständige Untersuchung im Termin vom 2. April 1998 erläutert. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte unter Abweisung der Klage im übrigen und der Widerklage zur Zahlung von 359.000 DM nebst Zinsen verurteilt. Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht bejaht einen geminderten Kaufpreisanspruch der Klägerin nach § 433 Abs. 2 BGB in Höhe von 359.000 DM. Das hält revisionsrechtlicher Prüfung schon aus folgendem Grund nicht stand:

Das Berufungsgericht stellt selbst fest, die Klägerin habe die Beklagten mit Schreiben vom 24. März 1995 unter Setzung einer Nachfrist bis zum 7. April 1995 zur Zahlung des Kaufpreises aufgefordert, mit der Erklärung, sie lehne nach fruchtlosem Fristablauf die Zahlung ab. Wäre dieses Vorgehen nach § 326 Abs. 1 BGB wirksam, dann wäre der Erfüllungsanspruch der Kläge-



rin erloschen (§ 326 Abs. 1 Satz 2 BGB) und damit auch der Anspruch der Beklagten auf die Gegenleistung entfallen. Das vertragliche Austauschverhältnis hätte sich in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt (vgl. z.B. BGHZ 87, 156, 158 f; MünchKomm/Emmerich, BGB 3. Aufl. § 326 Rdn. 120 m.w.N.). Die Klägerin könnte dann den vereinbarten Kaufpreis auch nicht als Schadensersatz verlangen, wenn sie den Käufern die Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Übereignung anbietet (vgl. Senatsbeschl. v. 6. Oktober 1994, V ZR 92/94, NJW 1994, 3351 unter Aufgabe von BGHZ 20, 338, 343). Eine Wiederherstellung der gegenseitigen Leistungspflichten wäre nur über einen formwirksamen Vertrag nach § 313 BGB möglich (BGHZ 20, 338 ff). Ein solcher neuer Vertragsschluß ist nicht vorgetragen. Im Ergebnis ohne Bedeutung ist auch die Erklärung der Beklagten, sie wollten den Kaufvertrag nicht rückgängig machen. Soweit die Revisionserwiderung darauf verweist, daß die Kläger sich in erster Instanz hilfsweise das Vorbringen der Beklagten zu eigen gemacht haben, Fristsetzungs- und Ablehnungsandrohung hätten nicht zum Erlöschen des Kaufvertrags geführt, kann auch dies den Senat nicht binden. Die Erklärung der Kläger bezieht sich nicht auf Tatsachenvortrag der Beklagten, sondern allenfalls auf deren Rechtsansicht, die aber - wie noch auszuführen ist - unzutreffend sein könnte.

Die Parteien streiten nicht darüber, daß die Fälligkeitsvoraussetzungen für den Kaufpreis nach § 5 des Vertrages (Notarbestätigung bestimmten Inhalts) eingetreten waren, der Notar hat die entsprechende Bestätigung mit Schreiben vom 6. März 1995 erteilt. Es kommt mithin entscheidend darauf an, ob die Beklagten wenigstens mit einem Teil des Kaufpreises in Verzug geraten sind.

Da ihnen das Kaufobjekt nach Auflassung am 6. Januar 1995 übergeben wurde, sind sie hinsichtlich der von ihnen behaupteten Mängel auf die nach den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften eingeräumten Rechte beschränkt, die Einrede nach § 320 BGB steht ihnen dagegen nicht mehr zu (BGHZ 113, 232, 235). Das bezweifelt auch die Revision nicht. Auch wenn die Beklagte sich auf die sogen. allgemeine Mängelinrede berufen konnten (§ 478 BGB), hing es rückschauend von dem Ergebnis ihrer auf die Mängelinrede gestützten Verteidigung ab, ob und inwieweit sie sich mit der Kaufpreiszahlung in Verzug befanden (BGHZ aaO S. 236/237). Die Beklagten verlangen Minderung. Soweit die Revision in anderem Zusammenhang geltend macht, die Beklagten hätten mit Schriftsatz vom 7. April 1998 Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt, übersieht sie, daß dies erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht geschehen ist. Es kommt mithin darauf an, ob hinsichtlich der geminderten Kaufpreisforderung ein Verzug wirksam begründet worden ist (BGHZ aaO S. 237).

Die Klägerin hat die Beklagten mit dem genannten Schreiben "zur Zahlung des Kaufpreises" aufgefordert. Ob dies mit Rücksicht auf die bereits vorher eingeräumte Minderung in Höhe von 10.000 DM als Aufforderung zur Zahlung von 390.000 DM zu verstehen war, mag offen bleiben. Auch für diesen Fall muß nämlich unter Berücksichtigung einer berechtigten Minderung nach den Grundsätzen über die Wirksamkeit einer Mahnung unter Zuvielforderung entschieden werden, ob Verzug hinsichtlich der verbleibenden Restforderung eingetreten ist. Insoweit kommt es nicht so sehr darauf an, wie sich der Schuldner bei einer der Höhe nach zutreffenden Mahnung verhalten hätte, sondern es geht um eine unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles nach Treu und Glauben vorzunehmenden Würdigung, ob der Schuldner die

Erklärung als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen muß und der Gläubiger auch zur Annahme der gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Leistung bereit ist (vgl. BGH, Urteile v. 19. Mai 1967, V ZR 24/66, WM 1967, 660, 662; v. 19. April 1955, I ZR 66/53, LM BGB § 286 Nr. 3). Mit dieser Frage hat sich das Berufungsgericht bisher nicht befaßt, die Parteien haben dazu praktisch auch nichts vorgetragen. Es läßt sich nicht sagen, die Wirksamkeit der Mahnung scheitere an einer unverhältnismäßig hohen Zuvielforderung (vgl. BGH, Urt. v. 13. November 1990, XI ZR 217/89, NJW 1991, 1286, 1288), zumal die Beklagten den ihrer Meinung nach verbleibenden Rest - anders als im entschiedenen Fall - ohne weiteres berechnen konnten. Es gibt auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin die Annahme eines Teilbetrages in jedem Fall verweigert hätte (vgl. BGH, Urt. v. 19. April 1955, aaO). Der Senat hat die Wirksamkeit einer Zuvielforderung im Regelfall dann bejaht, wenn anzunehmen ist, daß der Schuldner auch bei einer auf den wirklichen Rückstand beschränkten Mahnung nicht geleistet hätte (Senatsurt. v. 19. Mai 1967, V ZR 24/66, aaO, S. 660). Das bisherige Verhalten der Beklagten, die auch den nach ihrer eigenen Rechnung geschuldeten Kaufpreis von 300.000 DM nicht bezahlt haben, weist in diese Richtung. Der Senat vermag eine abschließende Entscheidung zu dieser Frage jedoch nicht zu treffen, weil die Parteien diesen Gesichtspunkt im Streit um die Berechtigung der Mängelrügen bisher übersehen haben und ihnen deshalb Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muß (§ 278 Abs. 3 ZPO).

Soweit die Klägerin - erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat - geltend macht, sie könne nach § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen und beanspruche einen Mindestschaden in Höhe des Kaufpreises, ist dies schon aus prozessualen Gründen unerheblich. Die Kläge-

rin hat bisher ausschließlich den Kaufpreis verlangt und nicht geltend gemacht, sie verlange - wenigstens hilfsweise - Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Es fehlt mithin jede Darlegung zur Schadensberechnung. Demgemäß hat sie sich in ihrer schriftlichen Revisionserwiderung gegen die Revisionsrügen zu § 326 BGB nur damit verteidigt, ihre Fristsetzung sei unwirksam oder die gegenseitigen Erfüllungsansprüche seien wegen übereinstimmender Erklärung der Parteien wieder in Kraft. Bei dem Kaufpreisanspruch und dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung handelt es sich jeweils um einen prozessual unterschiedlichen Streitgegenstand, den die Klägerin in der Revisionsinstanz grundsätzlich nicht auswechseln kann (§ 561 Abs. 1 ZPO; vgl. auch BGHZ 26, 31, 37; BGH, Urt. v. 4. Juli 1988, II ZR 334/87, NJW 1989, 170). Die Voraussetzungen für eine von der Rechtsprechung zugelassene Ausnahme (vgl. MünchKomm-ZPO/Walchshöfer, § 561 Rdn. 17 bis 21) liegen nicht vor.

Materiellrechtlich verkennt die Klägerin im übrigen folgendes: Bei einer wirksamen Fristsetzung nach § 326 BGB erlöschen mit fruchtlosem Fristablauf - wie ausgeführt - die gegenseitigen Erfüllungsansprüche, d.h. auch die Leistungspflicht der Klägerin zur Übereignung des Grundstücks. Damit findet auch das Besitzrecht der Beklagten nach § 986 BGB sein Ende mit der Folge, daß die Klägerin das noch nicht übereignete Grundstück nach § 985 BGB zurückverlangen könnte (vgl. auch BGHZ 54, 214, 216; 87, 156, 159; Senatsurt. v. 11. Februar 1983, V ZR 191/81, WM 1983, 418; MünchKomm-BGB/Emmerich, 3. Aufl., § 325 Rdn. 64; Soergel/Wiedemann, BGB, 12. Aufl., § 326 Rdn. 72 und 73). Demgemäß hat der Senat in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung ausgesprochen, daß der Gläubiger nicht die Möglichkeit hat, Schadensersatz in der Weise geltend zu machen, daß er Zug um Zug gegen Erfüllung seiner vertraglichen Leistungspflicht die ihm geschuldete Gegenleistung ver-

langt (vgl. Senatsbeschl. v. 6. Oktober 1994, V ZR 92/94, NJW 1994, 3351; a.A. BGB-RGRK/Ballhaus, 12. Aufl., § 325 Rdn. 15; Staudinger/Otto, BGB, 1995, § 326 Rdn. 153). Genau dies will die Klägerin hier aber tun. Es kann in diesem Zusammenhang keinen Unterschied machen, daß die Klägerin im Vertrag schon die Auflassung erklärt hatte. Denn diese war nur ein Teilakt zur Erfüllung des Übereignungsanspruchs, es fehlte noch die Eintragung der Beklagten im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB). Insoweit war der Notar ausdrücklich angewiesen, den Vertrag nicht vollziehen zu lassen, bevor der Kaufpreis nicht bezahlt war. Es ist zwar richtig, daß der Verkäufer mit Besitzübergabe und Auflassung alles seinerseits Erforderliche zur Übereignung getan hat; im vorliegenden Zusammenhang ist aber allein entscheidend, daß der Erfüllungsanspruch auf Übereignung in einem Zeitpunkt unterging, als das Eigentum noch nicht übergegangen war, mithin der Käufer nach Fristablauf einem Herausgabeanspruch des Verkäufers (§ 985 BGB) ausgesetzt blieb. Eine andere Möglichkeit der Schadensberechnung hat der Gläubiger nach der vom Senat vertretenen Auffassung nur dann, wenn er seinerseits die von ihm geschuldete Leistung bereits (voll) erbracht hat (BGHZ 87, 156, 159; 126, 131, 136; vgl. auch BGB-RGRK/Ballhaus, 12. Aufl., § 325 Rdn. 14 und 15; Erman/Battes, BGB, 9. Aufl., § 325 Rdn. 8; MünchKomm/Emmerich, BGB, 3. Aufl., § 325 Rdn. 64, 75 und 83; Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl., § 326 Rdn. 26 und § 325 Rdn. 13; Soergel/Wiedemann, BGB, 12. Aufl., § 326 Rdn. 73). Jede andere Lösung ließe sich auch schwerlich mit dem schutzwürdigen Interesse des in Anspruch genommenen Käufers vereinbaren. Dieser muß, wenn er Schadensersatz in voller Höhe des Kaufpreises leisten soll, sicher sein, das Eigentum an dem Grundstück zu erhalten. Dies ist nur denkbar über eine entsprechende Übereignung (§ 873 Abs. 1 BGB), die der Verkäufer anbieten müßte.

Dies läuft aber auf die vom Senat abgelehnte Art der Schadensberechnung hinaus.

2. Darüber hinaus weist der Senat vorsorglich auf folgendes hin:

a) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht eventuelle Gewährleistungsansprüche aus dem Zustand des Abwassersystems verneint. Es sieht in § 11 des Vertrages keine Zusicherung der Mängelfreiheit, sondern nur eine Versicherung über die Art der Abwasserentsorgung (Klärgrube mit 3-Kammersystem) und hält diese zudem für richtig. Diese tatrichterliche Auslegung ist - insbesondere wenn man sie mit der Regelung in § 2 des Vertrages vergleicht - aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Das Berufungsgericht hat § 2 des Vertrages als Eigenschaftszusicherung im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB (Nichteintritt von Wasser) ausgelegt. Auch diese Auslegung ist entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung rechtsfehlerfrei. Die Klägerin will § 2 des Vertrages als eine Wissenserklärung dahin verstehen, daß während ihrer Besitzzeit kein Wasser eingedrungen sei. Diese dem Wortlaut widersprechende Interpretation lehnt das Berufungsgericht mit Recht ab. Das Berufungsgericht hätte unterstützend auch auf den weiteren Wortlaut der erwähnten Zusicherung und deren systematischen Zusammenhang abstellen können. Die Klägerin hat nämlich im gleichen Zusammenhang zugesichert, daß "am oder im Haus ... kein Schwamm oder Fäulnis war oder ist". Außerdem folgt die gesamte Regelung (auch die zum Fehlen eines Wassereintritts) nach einem umfassenden Gewährleistungsausschluß "soweit nachstehend nicht etwas anderes vereinbart ist". Das unterstreicht die Auslegung des Berufungsgerichts der Zusicherung im Sinne einer Gewährleistungs-

regelung. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch den von den Klägern als Zeugen angebotenen Notar nicht zu ihrer Behauptung vernommen, allen Beteiligten sei klar gewesen, daß sich "die Zusicherung nur auf den zurückliegenden Zeitraum beziehen konnte und bezog". Der Notar hat den Vertrag dahin gefaßt, daß am oder im Haus kein Wasser eintritt (nicht: eingetreten ist). Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin eine vom Wortlaut abweichende Willensübereinstimmung schon nicht schlüssig vorgetragen. Sie läßt sich nur einem äußeren Tatbestand entnehmen. Da es um eine sogen. innere Tatsache geht, hätte die Klägerin darlegen müssen, aufgrund welcher Umstände der Zeuge von der inneren Tatsache Kenntnis erlangt hat (vgl. BGH, Urt. v. 4. Mai 1983, VIII ZR 94/82, NJW 1983, 2034), zumal er als Notar eine bestimmte Wortwahl getroffen und die Zusicherung in einen bestimmten Kontext gestellt hat.

c) Das Berufungsgericht hat die verlangte Minderung nicht nach der Formel des § 472 Abs. 1 BGB berechnet, sondern sie mit den Mängelbeseitigungskosten (soweit durch den Sachverständigen damals schätzbar) gleichgesetzt. Diese Methode ist allenfalls dann hinnehmbar, wenn der vereinbarte Kaufpreis dem Wert des mangelfreien Grundstücks entspricht (vgl. Senatsurt. v. 28. Juni 1961, V ZR 201/60, LM BGB § 472 Nr. 1 und Urt. v. 17. September 1971, V ZR 143/68, WM 1971, 1382, 1383), wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat. Es führt lediglich aus, daß die Beklagten das Anwesen bei Kenntnis der Undichtigkeit gar nicht oder aber nur zu einem um die Kosten der Instandsetzung geminderten Preis gekauft hätten.

d) Bedenklich erscheint schließlich die Verfahrensweise des Berufungsgerichts, das nach nicht fristgemäßer Einzahlung der Vorschußnachforderung die Beweisaufnahme durch den Sachverständigen abgebrochen und Termin

zur mündlichen Verhandlung bestimmt hat. Dies ist zwar in entsprechender Anwendung von § 296 Abs. 2 ZPO im Ansatz möglich (vgl. BGH, Beschl. v. 27. November 1997, III ZR 246/96, NJW 1998, 761 ff). Erforderlich ist aber ein ursächlicher Zusammenhang zwischen verspäteter Zahlung und Verzögerung. Wäre die Verzögerung auch bei rechtzeitiger Zahlung eingetreten, ist eine Zurückweisung unzulässig (vgl. auch BVerfG NJW 1995, 1417). Der Sachverständige hat in seinem Schreiben vom 30. Dezember 1997 ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Grundwasserstände "mindestens bis April 1998" zu beobachten sein werden. Auch bei rechtzeitiger Vorschußzahlung wäre also ein Termin am 2. April 1998 nicht möglich gewesen. Wegen der aus anderen Gründen notwendigen Zurückverweisung stellt sich die Frage einer Verspätung aber ohnehin nicht mehr.

Wenzel

Vogt

Frau Dr. Lambert-Lang
ist wegen Krankheit ge-
hindert, zu unterschreiben.
1. Juli 1999

Wenzel

Tropf

Schneider