

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 26/72

URTEIL

Verkündet am

7. Juli 1972

Hirth,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Versicherungskaufmanns Ernst H [REDACTED],
2. seiner Ehefrau Marlies H [REDACTED] geb. P [REDACTED],
wohnhaft in B [REDACTED]-Be [REDACTED], C [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Journalist Gert K [REDACTED],
2. seine Ehefrau Ursula Marie K [REDACTED] geb. S [REDACTED],
wohnhaft in T [REDACTED], Im Ha [REDACTED] [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1972 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der
Bundesrichter Dr. Rothe, Hill, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird
das Urteil des 17. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Köln vom 20. De-
zember 1971 aufgehoben und die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch notariellen Vertrag vom 5. Dezember 1969
verkauften die Kläger den Beklagten das Hausgrundstück
C ■■■■■ straße ■■■ in Be ■■■ um 85 000 DM. In Anrechnung
auf den Kaufpreis verpflichteten sich die Beklagten,
die den Grundbesitz treffenden Forderungen mit Zinsen
ab 5. Dezember 1969 als Selbstschuldner zu bezahlen,
nach Maßgabe folgender Aufzählung:

- 3 -

"Abteilung III Nummer 1: 26.000,00
Deutsche Mark Grundschuld zu Gunsten der
Bausparkasse Gemeinschaft der Freunde W.....
....., nebst der dieser Grundschuld zugrunde-
liegenden persönlichen Forderung der Gläubigerin
in Höhe von 26.000,00 Deutsche Mark.

Abteilung III Nummer 2: 30.000,00
Deutsche Mark Hypothekenforderung der Co.....
bank AG. D..... ... in Höhe von 30.000,00
Deutsche Mark.

Abteilung III Nummer 3: 40.000,00 Deutsche Mark
Hypothek zu Gunsten der A..... Lebensversicherungs-
Aktiengesellschaft Berlin und München. Diese
Hypothek ist durch Nichtvalutierung Eigentümer-
grundschuld geworden und sodann an das Bankhaus
I.D. He..... in B..... abgetreten durch notarielle
Urkunde. Sie ist zur Zeit nur mit einem Teilbe-
trag von 16.000,00 Deutsche Mark valutiert."

Der Restbetrag von 13 000 DM, verzinslich mit 7 % ab
5. Dezember 1969, sollte bis zum 31. März 1970 bezahlt
werden. Vor Zahlung des gesamten Kaufpreises sollte
die beurkundende Notarin die Umschreibung des Grund-
stücks nicht beantragen. Die Verkäufer leisteten Gewähr,
daß das Grundstück frei ist von nicht übernommenen Be-
lastungen sowie nicht übernommenen Zinsen, Steuern und
Abgaben. Solange und soweit dies nicht der Fall ist,
sollten die Käufer Zahlungen auf den Kaufpreis ver-
weigern dürfen. Die Beklagten nahmen das Grundstück
in Besitz. Gleichzeitig erklärten die Parteien die Auf-
lassung und beantragten die Eintragung des Eigentums-
wechsels in das Grundbuch. Am Schluß des Vertrages ist
vermerkt, die Notarin habe den Grundbuchinhalt fest-
gestellt und den Beteiligten mitgeteilt. Zugunsten der
Beklagten wurde eine Vormerkung zur Sicherung ihres
Anspruchs auf Eigentumsübertragung eingetragen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Nach dem Grundbuch war dem Pfandrecht III 3 gegenüber den Pfandrechten unter Nummer 1 und 2 der Vorrang eingeräumt. Weiter war für den jeweiligen Gläubiger des Rechts Abteilung III Nummer 1 eine Löschungsvormerkung gegenüber dem Pfandrecht unter Nummer 3 eingetragen, und die unter Nummer 1 eingetragene Grundschild war außerhalb des Grundbuchs ebenfalls an das Bankhaus Herstatt abgetreten, von welchen beiden Umständen die Beklagten nach ihrem Vortrag keine Kenntnis hatten.

Sie behaupten vielmehr, die Kläger und die Notarin hätten bei Vertragsabschluß erklärt, daß eine Finanzierung sehr einfach sei, weil zur Aufwendung des Restkaufpreises (13 000 DM) der nicht valutierte Teil der an das Bankhaus He[REDACTED] abgetretenen Hypothek hätte verwendet werden können.

Nach einem Schriftwechsel zwischen Rechtsanwalt Ha[REDACTED], dem Bevollmächtigten der Kläger, und den Beklagten, die nach ihrem Vortrag wegen ihrer Unkenntnis der Grundschildabtretung (Post Nr. 1) den ihnen vom Bankhaus He[REDACTED] am 19. März 1970 mitgeteilten Schuldsaldo der Kläger in Höhe von 41 752,08 DM dahin verstanden hatten, daß auch das erstrangige Pfandrecht (Post Nr. 3) voll valutiert und damit eine Finanzierung unmöglich sei, setzten die Kläger nach Pfändung der Gehaltsforderung des Beklagten am 13. Juli 1970 eine Frist zur Zahlung der Restkaufpreisforderung bis zum 20. Juli 1970 unter gleichzeitiger Androhung, bei fruchtlosem Fristablauf die Leistung abzulehnen und

Schadensersatz zu fordern oder vom Vertrag zurückzutreten. Sie erklärten mit Schreiben vom 21. Juli 1970 den Rücktritt und verlangen mit vorliegender Klage die Räumung und Herausgabe des Grundstücks, Einwilligung zur Löschung der Auflassungsvormerkung und 5 000 DM für die ohne Rechtsgrund gezogenen Nutzungen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie tragen vor, die vorgesehene Finanzierung sei ihnen durch Verschweigen der Abtretung der Post Nr. 1 und der Existenz der Löschungsvormerkung unmöglich gemacht worden.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klage mit Ausnahme des zurückgestellten Zahlungsanspruchs stattgegeben.

Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten die Zurückweisung der Klage weiter. Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist begründet, wenn die Kläger auf Grund des § 326 BGB zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt sind. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Beklagten am 13. Juli 1970 mit den ihnen obliegenden Leistungen in Verzug waren.

I.

Das Berufungsgericht führt dazu aus, die Beklagten seien mit Ablauf des 31. März 1970 jedenfalls hinsichtlich des geschuldeten Restkaufpreises von 13 000 DM in Verzug geraten (§ 284 Abs. 2 Satz 1 BGB); auch im übrigen hätten die Voraussetzungen für den Rücktritt vom Vertrag gemäß § 326 Abs. 1 BGB vorgelegen. Ein Verzug läge zwar dann nicht vor, wenn die Beklagten gemäß § 320 BGB wegen einer Vertragsuntreue der Kläger berechtigt gewesen wären, den gesamten Restkaufpreis zu verweigern. Eine Vertragsuntreue der Kläger sei aber in den von den Beklagten vorgetragenen Umständen nicht zu erkennen.

Unter diesem Gesichtspunkt prüft das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, ihnen sei die Abtretung der unter Nummer 1 zugunsten der Bausparkasse Gemeinschaft der Freunde W[REDACTED] eingetragene Grundschuld an das Bankhaus He[REDACTED] nicht bekannt gewesen

und dementsprechend hätten sie nur damit zu rechnen brauchen und davon ausgehen dürfen, daß der Grundschuld ein nur mit 5 % verzinsliches Bausparkassendarlehen zugrunde liege; dies hätten ihnen die Kläger bei Vertragsabschluß auch zugesagt. Das Berufungsgericht sieht diese Behauptung nicht als erwiesen an und stellt fest, die Beklagten hätten jedenfalls spätestens ab Mitte April 1970 von dieser Abtretung auch Kenntnis gehabt. Zum selben Zeitpunkt hätten die Beklagten auch Kenntnis von der Löschungsvormerkung zugunsten des Gläubigers der unter Nummer 1 eingetragenen Grundschuld gegenüber dem durch Rangvorbehalt an die erste Rangstelle gerückten Pfandrecht Nummer 3 gehabt. Im übrigen ergebe sich, gemessen am maßgebenden Wortlaut des notariellen Vertrags, in dem von der Drittrangigkeit des Pfandrechts Nummer 3 ausgegangen sei - im Vertrag ist der Rangvorbehalt der Nummer 3 nicht erwähnt -, durch diese Löschungsvormerkung keine Benachteiligung der Beklagten. Die Beklagten hätten außer allgemeinen Erwägungen auch nichts Konkretes dafür vorgetragen, daß sie wegen der Löschungsvormerkung bei ihren Finanzierungsbemühungen von einem im übrigen bewilligungsbereiten Kreditgeber zurückgewiesen worden seien. Daß die Hypothek Nummer 2 mangels Zinsleistungen mit 2 676,86 DM übervalutiert gewesen und das Pfandrecht Nummer 3 im April 1970 mit weiteren rund 4 000 DM gegenüber dem Stand im Zeitpunkt des Kaufvertrags ausgenutzt worden sei, stellten keine Vertragsverletzungen der Kläger dar. Den Beklagten hätte insoweit ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden; im übrigen

hätten die Kläger die 4 000 DM zur Zahlung der Prozeßkosten an den früheren Grundstückseigentümer benötigt, die sie infolge der nicht fristgerechten Bezahlung der Beklagten nicht hätten durchführen können.

II.

Im Ergebnis macht die Revision mit Erfolg geltend, daß die Beklagten am 13. Juli 1970 mit der Restkaufpreisschuld nicht, auch nicht mit dem Teil, der nicht schon wegen der zusätzlichen Belastungen gemäß Nr. 2 der weiteren Kaufvertragsvereinbarungen von den Beklagten zurückgehalten werden durfte, im Verzug waren.

1. Allerdings ist nicht ersichtlich, für welche "restliche Hypotheken" die Kläger "die Löschungsdokumente" hätten beibringen sollen (Revisionsbegründung unter III S. 7, unter IV S. 8 und Schriftsatz vom 17. Februar 1972 unter 3). Die im ersten Rang stehende Hypothek (Post Nr. 3) hätte, soweit sie nicht valuiert war (24 000 DM), eben nicht gelöscht werden, sondern den Beklagten nach ihrer eigenen Darstellung als Kreditsicherung erhalten bleiben sollen.

2. Nach dem unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils sollte die auf Grund des Vorbehalts auf die erste Rangstelle gerückte Post 3 (Hypothek über 40 000 DM zugunsten des Bankhauses Herstatt) hinsichtlich des nicht valuierten Teils (24 000 DM) den Beklagten zustehen. Mangels näherer Feststellungen muß

für die Revisionsinstanz davon ausgegangen werden, daß es sich um eine Verpflichtung zur Verschaffung dieses Pfandrechts handelt. Auch über die Fälligkeit dieser Verpflichtung ist nichts näheres festgestellt. Da andererseits die Anweisung an die beurkundende Notarin, vor Zahlung des gesamten Kaufpreises die Umschreibung nicht zu beantragen, sich nur auf den Übergang des Grundstückseigentums bezieht, ist weiter anzunehmen, daß diese Verpflichtung keiner weiteren Bedingung oder Befristung unterlag.

Vom Standpunkt dieser Vertragsauslegung aus ergibt sich folgendes: Da dieses Pfandrecht in der Höhe des nicht valutierte Teils mangels einer Forderung bei Vertragsabschluß den Grundstückseigentümern, hier also den Klägern, als Eigentümergrundschuld zustand und noch zusteht (§§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 Satz 2 BGB), waren diese auf Grund des Kaufvertrags verpflichtet, dieses Pfandrecht den Beklagten für ihre Verwendung als dingliche Kreditsicherung zur Verfügung zu stellen, sei es durch Übertragung des Pfandrechts unter gleichzeitiger Umwandlung in eine Fremdhypothek (vgl. BGH NJW 1968, 1674; Palandt, BGB, 30. Aufl., § 1163 Anm. 5 b, § 1198 Anm. 3) oder durch eine Verfügungsermächtigung (vgl. Recke, JW 1938, 2175, 2176 rechts). Diese Verpflichtung der Kläger ist Teil des Kaufvertrags und mußte daher mindestens Zug um Zug gegen die von den Beklagten geschuldeten Zahlungen erfüllt werden, wenn nicht gar nach dem unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten (Berufungsbegründungsschrift S. 3, Bl. 118; Schriftsatz vom 27. Oktober 1970

S. 2, Bl. 20 GA) zum Zweck der Finanzierung der Restkaufpreisschuld den Beklagten als Vorausleistung erbracht werden. Die Beklagten konnten dementsprechend ihre Leistung verweigern, solange die Kläger nicht die ihnen obliegende Pflicht erfüllt hatten. Die Revision rügt daher mit Recht die Verletzung des § 320 BGB durch Nichtanwendung. Die Beklagten konnten, auch ohne das Leistungsverweigerungsrecht ausdrücklich geltend zu machen (RG JW 1925, 1748 mit Anm. Rosenberg; BGH LM BGB § 284 Nr. 9), solange mit der Restkaufpreisschuld nicht in Schuldnerverzug geraten, als die Kläger die ihnen obliegende Leistung nicht in vollständiger Form angeboten hatten (BGH LM BGB § 320 Nr. 8 und Nr. 9 = NJW 1966, 2007 mit Nachweisen; vgl. ferner Esser, Schuldrecht, Band I, 4. Aufl. § 24, II, 3 S. 142; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 10. Aufl., § 23, I, c S. 256 ff). Diese Voraussetzung war unter den gegebenen Umständen schon deshalb nicht erfüllt, weil zugunsten der nachrangigen Grundschuld Nummer 1 eine Löschungsvormerkung eingetragen war für den Fall, daß sich die vorrangige Hypothek (Nummer 3) mit dem Eigentum in einer Person vereinigt oder die Forderung nicht entsteht. Die Kläger hätten daher dafür besorgt sein müssen, daß die Gläubigerin der Post Nr. 1 von ihrem Recht auf Löschung keinen Gebrauch macht und den Beklagten den ihnen als Eigentümergrundschuld zur Verfügung stehenden Teil der Post Nr. 3 (24 000 DM nach 16 000 DM) zur Kreditsicherung für ihre Finanzierung anbieten müssen. Entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts (S. 14 BU) konnten die Beklagten damit auch rechnen, obwohl im notariell beurkundeten Vertrag, der Vorrang der Post Nr. 3 nicht

ausdrücklich erwähnt ist. Denn es ist unbestritten, daß beide Parteien bei Abschluß des Vertrags von diesem Vorrang entsprechend dem wirklichen Grundbucheintrag unterrichtet waren und von diesem Stand der Pfandrechte ausgegangen sind.

Nach den bisherigen Feststellungen nahmen die Kläger auch die "Erklärung" der Beklagten vom 27. Februar 1970, in der die Beklagten den nicht valutierten Teil der Post Nr. 3 (24 000 DM) zur Finanzierung vorgesehen hatten, nicht zum Anlaß, die Beklagten über die Löschungsvormerkung zugunsten der Post Nr. 1 zu unterrichten oder den Gläubiger dieser Post, das den Beklagten als solcher ebenso nicht bekannte Bankhaus Herstatt, zum Verzicht auf sein Recht auf Löschung zu veranlassen und den Beklagten die Verfügung über diese Sicherheit anzubieten. Dies unterblieb auch, nachdem die Beklagten erfahren hatten (nach der tatrichterlichen Feststellung spätestens Mitte April 1970), daß Gläubiger der Post Nr. 1 nicht die Bausparkasse Gemeinschaft der Freunde Wüstenrot, sondern das Bankhaus Herstatt war und daß zu dessen Gunsten die erwähnte Vormerkung zur Löschung der erstrangigen Hypothek bestand, und der Beklagte alsdann im Schreiben vom 14. April 1970 im Zusammenhang mit der Möglichkeit, von seinem Arbeitgeber erstrangig zu sichernden Kredit zu bekommen, als Voraussetzung hierfür dem Bevollmächtigten der Kläger mitgeteilt hat, daß von dem Recht aus der Löschungsvormerkung kein Gebrauch gemacht werde. Haben die Kläger die ihnen obliegende Leistung nicht angeboten und keine Anstalten zur Erfüllungsbereitschaft getroffen, so ge-

rieten die Beklagten mit den ihnen obliegenden Zahlungsverpflichtungen, also bis zum 13. Juli 1970, auch nicht in Verzug.

3. Bei dieser Sachlage kann dahinstehen, ob für den Fall, daß der weitere von der Revision als übergangen gerügte Sachvortrag der Beklagten über ihre Unkenntnis der dinglichen Belastung des Grundstücks bis Mitte April 1970 zutrifft, die in Aussicht genommene Beschaffung der bis zum 31. März 1970 zur Vertragserfüllung notwendigen Geldmittel aus Gründen nicht möglich gewesen ist, die die Beklagten nicht zu vertreten haben, und damit der Verzug auch noch im Juli 1970 ausgeschlossen gewesen ist (§ 285 BGB).

4. Das angefochtene Urteil war sonach aufzuheben und Sache zur Feststellung der noch streitigen entscheidungserheblichen Tatsachen zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Augustin

Rothe

Hill

Offterdinger

Dr. Grell