

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2205 096

3

ZPO §§ 756, 765, 767

Ist die Zwangsvollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers abhängig und klagt er wegen Bewirkung auf Duldung der Zwangsvollstreckung schlechthin, so kann der Schuldner auch in diesem Fall weitere Zurückbehaltungsgründe nur durch Klage nach § 767 ZPO und nur unter dessen Voraussetzungen geltend machen.

BGH, Urt. v. 4. Juli 1962 - V ZR 33/61 - OLG Oldenburg
LG Oldenburg

Verkündet am 4. Juli 1962
[REDACTED], Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Landwirts Josef G [REDACTED] in J [REDACTED] ([REDACTED]),

Beklagten, Berufungsklägers, Anschlußberufungs-
beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Alois L [REDACTED] in R [REDACTED]
(Seefelder Außendeich über Brake - Unterweser -),

Kläger, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungs-
kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 1961 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Freitag und Offterdinger für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung im übrigen wird auf die Revision des Beklagten unter entsprechender Aufhebung des Urteils des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 13. Dezember 1960 das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts in Oldenburg vom 27. Januar 1960 geändert:

Der Beklagte wird verurteilt, die Zwangsvollstreckung aus dem am 7. Januar 1959 verkündeten Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg (4 - 0 - 6/58) durch den Kläger gegen eine Zug um Zug-Leistung von lediglich 525,38 DM, zu zahlen an den Rechtsanwalt Heinz S [REDACTED] in G [REDACTED] zu dulden. In diesem Umfang wird die Anschlußberufung des Klägers zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 3/25, der Beklagte zu 22/25, die des Revisionsverfahrens der Kläger zu 1/25, der Beklagte zu 24/25.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger verkaufte durch notariellen Vertrag vom 20. April 1956 dem Beklagten den in Jaderkreuzmoor belegenen Grundbesitz zum Preise von 22 500 DM. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm der Beklagte die Hypothekengewinnabgabe zum Zeitwert von 7 500 DM und durch spätere ergänzende mündliche Vereinbarung zwei Hypotheken von insgesamt 3 000 DM. Den danach in Höhe von 12 000 DM bar zu zahlenden Kaufpreis bezahlte der Beklagte. Am 1. Mai 1956 übernahm er das Kaufobjekt, auf dem damals eine Gastwirtschaft betrieben wurde, die er weiterführen wollte. Die Auflassung unterblieb jedoch.

Dem Beklagten wurde durch Bescheid des Kreisamtes Weser-Marsch vom 19. März 1957 die Konzession versagt, weil er damals dem Trunk ergeben war. Auch ein Antrag seiner Ehefrau wurde durch Bescheid des Kreisamtes in Brake vom 21. Mai 1957 und durch Bescheid des Präsidenten des Verwaltungsbezirks in Oldenburg vom 29. Juli 1957 abgelehnt.

Der Kläger trat in der Folgezeit wegen Schuldnerverzugs des Beklagten vom Kaufvertrag zurück. Durch Urteil des Landgerichts in Oldenburg vom 7. Januar 1959 - 4-0-6/58 - auf Grund mündlicher Verhandlung vom selben Tage wurde der Beklagte verurteilt, das Kaufobjekt nebst Inventar zu räumen und an den Kläger herauszugeben, und zwar Zug um Zug gegen Rückzahlung von 12 000 DM. Das Urteil ist rechtskräftig. Mit der jetzigen Klage hat der Kläger Entscheidung begehrt, daß der Beklagte ohne Rückzahlung von 12 000 DM das Grundstück nebst Inventar herauszugeben habe, weil sein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 2 291,33 DM, was unstreitig ist, von den Gläubigern des

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



Beklagten gepfändet und weil der Anspruch im übrigen durch Aufrechnung erloschen sei. Hierzu hat der Kläger im einzelnen geltend gemacht:

1. Der Beklagte müsse ihm die gezogenen und die schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen seit dem 1. Mai 1956 herausgeben, nämlich angemessenerweise monatlich 350 DM als jederzeit zu erzielenden Pachtzins.
 2. Aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen 1 872,57 DM sowie die Kosten des Vorprozesses mit 691,90 DM.
- Diese Forderungen sind unstreitig.
3. 5 000 DM für verwirtschaftetes Inventar.
 4. Für Gebäudeschaden wegen mangelnder Unterhaltung durch den Beklagten 5 000 DM.
 5. Wertminderung der infolge Verschuldens des Beklagten nicht betriebenen Gastwirtschaft 1 000 DM.
 6. Kosten infolge Nichtzahlung der Grunderwerbsteuer, der Grundsteuer und der Hypothekengewinnabgabe durch den Beklagten 500 DM.

Mit diesen Forderungen hat der Kläger unstreitig aufgerechnet.

Der Kläger hat beantragt, die Zug-um-Zug-Leistung aus dem rechtskräftigen Räumungsurteil zu streichen, hilfsweise festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, auf Grund jenes Urteils das Grundstück zu räumen, ohne daß der Kläger jene Summe zahlen müsse, äußerstenfalls den Beklagten zur Zahlung von 12 000 DM nebst 4 % Zinsen seit 7. Januar 1959 zu verurteilen.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Das Landgericht hat den Beklagten gemäß dem Hauptantrag verurteilt, die Zwangsvollstreckung gegen Zahlung von 3 054,63 DM zuzulassen und im übrigen die Klage abgewiesen. Es hat die Rückzahlungsforderung nebst Zinsen vom 23. Oktober bis 24. Dezember 1958 von 12 073,33 DM berechnet und einen vom Beklagten für den Kläger unstreitig bezahlten Betrag von 211,18 DM hinzugerechnet. Von der Gesamtforderung des Beklagten hat das Landgericht als durch Aufrechnung getilgt erachtet

- a) für Nutzungen vom 29. Oktober 1958 bis 20. Januar 1960 3 504 DM;
- b) Schadensersatz für einen Herd 110 DM;
- c) Schadensersatz für Rückgang der Gastwirtschaft 1 000 DM;
- d) Ansprüche aus Kostenerstattung 1 873,08 DM;
- e) Gerichtskosten 691,90 DM.

Nachdem der Kläger inzwischen Pfändungsgläubiger in Höhe der gepfändeten Beträge von insgesamt 2 291,33 DM befriedigt hat, hat der Beklagte insoweit seinen Berufungsantrag für erledigt erklärt und im zweiten Rechtszug beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung aus dem Räumungsurteil Zug um Zug gegen Bewirkung folgender Leistungen zu dulden:

- a) Zahlung von 7 773,38 DM an den Beklagten,
- b) 600 DM an Rechtsanwalt S. aus Abtretung,
- c) Befreiung von der übernommenen Hypothekengewinnabgabeschuld gegenüber der Kreditanstalt Oldenburg-Bremen in Höhe von 7 500 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Mai 1956.

Der Beklagte hat ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Räumungsanspruch außer wegen des Betrages von 211,18 DM wegen einer Forderung in Höhe von 1 009 DM für im Februar 1958 durchgeführte Instandsetzungsarbeiten am Grundstück geltend gemacht, außerdem auch wegen des Befreiungsanspruchs.

Der Kläger hat Anschlußberufung eingelegt mit dem Antrag auf völlige Streichung der Zug um Zug-Leistung. In der Begründung der Anschlußberufung hat er mit einer weiteren Forderung wegen entgangener Nutzung für 11 Monate in der Zeit vom 20. Januar 1960 an = 2 640 DM zusätzlich aufgerechnet, außerdem den Beginn der Ersatzpflicht des Beklagten wegen der Nutzungen als zu spät angenommen bezeichnet, desgleichen den Schaden wegen der nichtbetrie- benen Gastwirtschaft als wesentlich höher als 1 000 DM lie- gend geltend gemacht.

Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der Berufung des Beklagten auf die Berufung des Klägers den Beklagten zur Räumung ohne Zug um Zug-Leistung verur- teilt. Es hat ein weiteres Zurückbehaltungsrecht nicht für gegeben und den Kaufpreiserückzahlungsanspruch als durch Aufrechnung getilgt erachtet.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Beru- fungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht führt zur Zulässigkeit der Klage aus: Der Kläger könne aus dem Räumungsurteil nur

vollstrecken, wenn er entweder die Zug um Zug-Leistung anbiete oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde insoweit die Befriedigung des Beklagten nachweise (§§ 756, 765 ZPO). Diesen Nachweis könne er durch die gegenwärtige Klage erbringen, ohne durch die Rechtskraft des Räumungsurteils gehindert zu sein, da diese die Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung nicht umfasse. Der Kläger sei auch nicht auf die Vollstreckungsgegenklage angewiesen, da er hinsichtlich der Zug um Zug-Leistung nicht Vollstreckungsschuldner sei (RGZ 100, 197). Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen (vgl. auch RGZ 96, 184, 185 und Wieczorek, ZPO § 756 B II a 2) und werden von der Revision auch nicht bekämpft.

2. Hingegen hindere, fährt das Oberlandesgericht fort, die Rechtskraft des Räumungsurteils den Beklagten, über seinen Anspruch auf Rückzahlung von 12 000 DM hinaus dem Räumungsanspruch weitere Zurückbehaltungsgründe entgegenzusetzen. Die Frage der Zinspflicht für den Rückzahlungsbetrag, der Befreiungsanspruch hinsichtlich der im Kaufvertrag mit Zins und Tilgung seit 1. Mai 1956 vom Beklagten übernommenen Hypothekengewinnabgabe zu 7 500 DM und der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen in Höhe von 1 009 DM sei daher nicht zu prüfen.

Die Revision wendet sich gegen diese Ausführungen nur zum Teil mit Erfolg. Gegenüber dem rechtskräftig zuerkannten Räumungsanspruch konnte der Beklagte Einwendungen nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO geltend machen. Sie hätten zwar auch als Widerklage erhoben werden können, eine solche ist aber nicht zu erkennen. Für die Zinspflicht würde es auch bei einer solchen Klage daran gefehlt haben, daß die Gründe, auf die das Zurückbehaltungs-

recht nunmehr zusätzlich gestützt werden soll, nicht erst nach der letzten mündlichen Verhandlung im Räumungsprozeß (7. Januar 1959) entstanden sind. Es hätte wie bei einer Verurteilung zur künftigen Leistung kein Hindernis bestanden, in das Räumungsurteil die Zug um Zug-Leistung auch für die Zinsen in der üblichen Weise aufzunehmen (Zug um Zug gegen Zahlung von 12 000 DM nebst 4 % Zinsen seit 1. Mai 1956).

Schon materiell nicht begründet war das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht wegen des angeblichen Anspruchs auf Befreiung von der im Kaufvertrag übernommenen Hypothekengewinnabgabeschuld, was auch im Hinblick auf die Aufrechnung von Seiten des Klägers von Bedeutung ist (§ 390 S. 1 BGB). In Betracht kommt hier überhaupt nicht die auf dem Grundstück liegende öffentliche Last (§ 111 Abs. 1 LAG), sondern lediglich die persönliche Haftung des Eigentümers (Klägers) für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auf die Hypothekengewinnabgabe. Der Beklagte hat ohne nähere Substantiierung behauptet (Schriftsatz vom 13. April 1960 S. 12/138 GA), die Staatliche Kreditanstalt Oldenburg-Bremen habe (als verwaltende Stelle) die Schuldübernahme genehmigt und vom Beklagten Zahlung verlangt. Eine derartige befreiende Schuldübernahme ist jedoch - im Gegensatz zu § 60 LAG für die Vermögensabgabe - für die persönliche Schuldverpflichtung des Eigentümers hinsichtlich der Hypothekengewinnabgabe nicht vorgesehen. Einer solchen Bestimmung bedürfte es aber, da befreiende Schuldübernahme für öffentliche Abgaben, soweit nicht besonders erlaubt, nicht zulässig ist (Kühn, Abgabenordnung 5. Aufl. § 120 Anm. 2 b; Bühler, Steuerrecht § 19 VI). Es wäre aber auch eine wirksame befreiende Schuldübernahme nach privatrechtlichen Grundsät-

zen nicht dargetan, da der Gläubiger nach § 415 Abs. 1 BGB die Schuldübernahme nur genehmigen kann, wenn der Schuldner oder der übernehmende Dritte (hier Kläger oder Beklagter) die Schuldübernahme dem Gläubiger mitgeteilt haben, wofür die Parteien nichts vorgetragen haben. Eine bloße Erfüllungsübernahme oder noch nicht genehmigte befreiende Schuldübernahme war aber bereits dadurch beseitigt, daß der Kläger auf die Einwendung des Beklagten die Schuldentlassungserklärung der verwaltenden Stelle in Aussicht gestellt hat (Schriftsatz des Klägers vom 14. Juni 1960, S. 4).

Ebenfalls materiell nicht bebründet ist der geltend gemachte Ersatzanspruch des Beklagten für im Februar 1958 vorgenommene, vom Beklagten als Instandsetzung bezeichnete Verwendungen auf das Kaufgrundstück. Es handelt sich hier um Verwendungen nach dem Rücktritt des Klägers vom Vertrag. Für diese Zeit gelten aber auf jeden Fall die Bestimmungen über den Verwendungsersatz nach Eintritt der Rechtshängigkeit (§§ 994 ff BGB), die im Rücktrittsfall anzuwenden sind (§§ 327, 347 BGB). Der Beklagte hat selbst vorgetragen, daß die Verwendungen andere als notwendige waren (Schriftsatz vom 13. April 1960 S. 5). Ein Ersatzanspruch steht dem Beklagten nach § 996 demnach nicht zu (Erman/Westermann, BGB 2. Aufl. § 347 Anm. 2; Urteil des Reichsgerichts, V ZR 596/23 vom 22. September 1924, Nachschlagewerk des Reichsgerichts § 347 Nr. 6). Auch wenn man mit dem Reichsgerichtsrätekommentar 11. Aufl. § 347 Anm. 4 und Palandt, BGB 21. Aufl. § 347 Anm. 1 einen Bereicherungsanspruch im Fall bleibender Werterhöhung des Grundstücks annehmen wollte, was recht zweifelhaft erscheint, würde es an einem hinreichenden Vortrag des Beklagten fehlen.

II.

Nach dem rechtskräftigen Urteil des Vorprozesses ist die Räumung davon abhängig gemacht, daß der Kläger 12 000 DM Kaufpreishauptsache Zug um Zug zahlt. Von der Zahlung der Zinsen ist die Vollstreckung nicht abhängig gemacht. Gleichwohl kann im Gegensatz zu der Auffassung des Berufungsgerichts die nach den §§ 327, 346 S. 2 BGB vom Kläger zu leistende Verzinsung nicht völlig außer Betracht bleiben. Es ist zwar nicht zu bezweifeln, daß nach dem rechtskräftigen Urteil des Vorprozesses der Kläger durch Zahlung von 12 000 DM Hauptsacheschuld die Vollstreckung des Räumungsurteils hätte herbeiführen können, ohne daß der Schuldner (Beklagter) sich auf § 367 BGB, d.h. darauf hätte berufen können, daß die Zahlung zunächst auf die Zinsen verrechnet werden müsse (§ 756 ZPO). Demgemäß muß, soweit die Vollstreckung in Frage steht, auch eine entsprechende Aufrechnung trotz § 396 Abs. 2 BGB für zulässig erachtet werden. Der Kläger hat, wie seine Ausführungen im ersten Rechtszug ergeben (Klageschrift S. 5 - 5 GA), mit denen er ein Zinsrecht des Beklagten nur bis 30. November 1957 anerkennt, mit seinen Forderungen gegen die Hauptsacheforderung aufgerechnet. Das trifft jedoch nicht zu für 760 DM Zinsen vom 1. Mai 1956 bis 30. November 1957 (Klage VIII S. 5). Dieser Betrag muß bei der vom Berufungsgericht vorgenommenen später noch zu erörternden Rechnung von dem Betrag der dem Kläger zustehenden Aufrechnungsforderungen abgesetzt werden. Außerdem war grundsätzlich, das ist der Revision zuzugeben, der Beklagte durch das Urteil des Vorprozesses nicht gehindert, mit der ihm zustehenden Zinsforderung gegen die Ansprüche des Klägers aufzurechnen, solange sie nicht durch Aufrechnung insbesondere gegen die Hauptsache getilgt waren, da das Recht des Klägers durch Zahlung der Hauptsache die

Vollstreckung herbeizuführen dadurch nicht beeinträchtigt würde. Inwieweit eine solche Aufrechnung von Seiten des Beklagten vorgelegen hat, kann aber unerörtert bleiben, weil es sich bei dem Zinsanspruch um einen Anspruch aus dem Rücktritt handelt, der Zug um Zug gegen Herausgabe des Grundstücks zu erfüllen ist (§§ 327, 348 BGB) und der Zinsforderung demnach eine Einrede entgegensteht, die Aufrechnung mit ihr ausschließt (§ 390 S. 1 BGB).

III.

1. Zu der Frage, ob und von wann an der Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger gezogene und schuldhaft nicht gezogene Nutzungen herauszugeben bzw. zu vergüten, führt das Berufungsgericht aus: Zwar bestimme § 347 BGB für das gesetzliche Rücktrittsrecht des § 327 BGB, daß die für das vertragliche Rücktrittsrecht geltende Vorschrift des § 347 BGB entsprechende Anwendung finden solle, wonach vom Empfänger der Leistung für die Herausgabe und Vergütung von Nutzungen die verschärfte Haftung ihres Besitzers nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit gelte (§ 987 BGB). Die entsprechende Anwendung ergebe jedoch einen späteren Zeitpunkt für den Beginn der verschärften Haftung, nämlich den Zeitpunkt, in dem der zur Rückgabe Verpflichtete (Besitzer) dem anderen Vertragsteil die Voraussetzung für den Rücktritt gegeben habe (Palandt, BGB 21. Aufl. § 347 Anm. 1; Soergel/Reimer/Schmidt, BGB § 347 Anm. 2 mit Nachw.). Der Beklagte hafte aber auch von diesem Rechtsstandpunkt aus bereits spätestens mit dem 1. November 1957 verschärft, da er mit zwei Hauptleistungen, der Zahlung der Zinsen für das übernommene Grundpfandrecht der Haacke-Beck Brauerei und der Zahlung der Leistungen auf die übernommene Hypo-

thekengewinnabgabe, in Verzug gewesen sei und der Kläger ihm Frist nach § 326 bis 5. November 1957 gesetzt habe. Der mit Schreiben vom 6. November 1957 erklärte Rücktritt des Klägers sei wirksam gewesen. Der Wirksamkeit stehe auch nicht entgegen, daß der Kläger die Verpflichtung, eine Vormerkung und eine Hypothek auf dem Kaufgrundstück zur Löschung zu bringen, noch nicht erfüllt gehabt habe; denn zur Erfüllung dieser Verpflichtung sei der Kläger nach dem Vertrage erst bei Auflassung verpflichtet gewesen. Diese sei aber unterblieben, weil der Beklagte die Gebühren des Auktionators nicht bezahlt habe, zu dessen Sicherung die Parteien vereinbart gehabt hätten, daß an einem von dem Auktionator zu bestimmenden Tag aufgelassen werden solle.

Soweit die Revision um Nachprüfung der Meinung bittet, daß für die verschärfte Haftung bei Rücktritt die Kenntnis von dem Eintritt der Voraussetzungen des Rücktritts maßgebend sei, übersieht sie, daß die Gegenmeinung (vom Empfang der Leistung an) nur zu einer noch früheren verschärfte Haftung des Beklagten führen würde, als sie der Berufungsrichter angenommen hat. Richtig ist nur, daß die Rücktrittsvoraussetzungen nicht schon mit dem 1. November, sondern mit dem Ende der gesetzten Frist, also dem Ende des 5. November 1957 eingetreten waren, womit die verschärfte Haftung am 6. November 1957 begann. Die von der Revision verfochtene Auslegung, daß der Kläger nicht erst mit der Auflassung, sondern mit angemessener Frist nach Abschluß des Kaufvertrags das Grundstück habe lastenfrei machen müssen, steht im Widerspruch mit dem klaren Wortlaut des Vertrages (§ 5 drittletzter Satz) und der rechtsirrtumsfreien Auslegung des Berufungsgerichts. Auch die Auffassung des Berufungsrichters, der Beklagte sei

zur Zahlung der Hypothekenzinsen noch bis zur Löschung der Hypothek verpflichtet gewesen, ist möglich, da nach § 4 des Vertrages der Beklagte vom 1. Mai 1956 an dem Grundstück anhaftende Lasten und Abgaben übernommen hat. Ein Verstoß gegen Rechtsgrundsätze bei der Auslegung ist auch hier nicht erkennbar.

2. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten auch für verpflichtet erachtet, dem Kläger die Nutzungen der Gastwirtschaft zu vergüten, die der Beklagte hätte ziehen können, wenn ihm nicht die Konzession versagt worden wäre. Der Beklagte habe, meint das Berufungsgericht, die Gastwirtschaft schuldhaft nicht betrieben, weil, wie er selbst eingeräumt habe, er die Konzession nicht erhalten habe, da er damals dem Trunke verfallen gewesen sei. Hiergegen erhebt die Revision Bedenken. Vorauszuschicken ist folgendes: War Anfang November 1957 die Zeit, von der an die verschärfte Haftung des Beklagten eintrat, so mußte Unterbleiben des Ziehens der Nutzungen auf ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten nach diesem Tage zurückzuführen sein. Vor diesem Zeitpunkt war es nur sein eigener Schaden, wenn er sich so verhielt, daß ihm das Betreiben der Gastwirtschaft durch Konzessionsversagung unmöglich gemacht wurde. Der Beklagte hat hierzu vorgetragen, daß ihm durch Bescheid des Kreisamtes Weser-Marsch vom 19. März 1957 die Konzession versagt worden sei, ebenso wegen seines angenommenen Einflusses auf seine Ehefrau ein Antrag der Ehefrau durch Bescheid vom 21. Mai 1957 und 29. Juli 1957 abgelehnt worden sei.

Die Revision bezeichnet das mit Beweisanerbieten vorgebrachte Vorbringen des Beklagten vom Berufungsgericht als nicht beachtet, daß er nach dem Frühjahr 1957 nicht

mehr im Übermaße getrunken habe, sondern nüchtern und ordentlich gelebt habe. Der Beklagte hatte aber - Schriftsatz vom 13. April 1960 S. 9, 10 (Bl. 135 ff GA) - ausgeführt, die damalige Neigung des Beklagten zum übermäßigen Alkoholgenuß habe auf Verärgerung über den ungünstigen Verlauf des Grundstücksgeschäfts und über seine Arbeitslosigkeit beruht. In der Folgezeit habe er ziemlich regelmäßig Arbeit erhalten und auch immer nüchtern und ordentlich gelebt, insbesondere nach dem 29. Oktober 1958 (dem vom Landgericht als Stichtag des Rücktritts angenommenen Datum) niemals im Übermaß getrunken. Diese Ausführungen enthalten keine bestimmte Behauptung, daß der Beklagte schon seit Anfang November 1957, dem in Wahrheit maßgebenden Stichtag vom Alkoholgenuß gelassen habe. Im Zusammenhang mit dem Vortrag des Beklagten, ein dritter Antrag auf Konzessionserteilung habe ihm wegen Aussichtslosigkeit nicht zugemutet werden können, erscheint die Feststellung des Berufungsgerichts demnach gerechtfertigt, daß der Beklagte durch sein Verschulden sich in die Unmöglichkeit versetzt habe, die Nutzung aus der Gastwirtschaft zu ziehen. Eine Rüge nach § 139 ZPO mit einem anderweitigen Vortrag über das Ende der Trunksucht des Beklagten ist von der Revision nicht erhoben.

3. Nach § 7 des Vertrages hatte der Beklagte sich die Konzession selbst zu beschaffen. Weiter heißt es in § 7: "Wenn wider Erwarten dem Käufer die Konzession bzw. Schankerlaubnis nicht erteilt werden sollte, ist der Käufer berechtigt, von diesem Vertrage zurückzutreten. Schadensersatzansprüche sind dann beiderseits ausgeschlossen." Das Berufungsgericht hat die Auffassung des Beklagten abgelehnt, die Schadensersatzansprüche des Klägers insbesondere auch wegen nicht gezogener Nutzungen seien durch die-

se Bestimmung überhaupt ausgeschlossen. Die Parteien hätten, meint das Berufungsgericht, selbstverständlich nur eine Versagung der Konzession ohne Verschulden des Beklagten in Betracht gezogen, außerdem seien die Schadensersatzansprüche nur für den Fall des Rücktritts des Beklagten ausgeschlossen gewesen. Hier sei aber der Kläger zurückgetreten. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung übersehen, daß nach Wegfall der Bedürfnisprüfung bei der Erteilung der Schankkonzession nurmehr persönliche Gründe für die Versagung in Frage kommen, so daß die Parteien gerade an solche gedacht haben müßten. Diese Rüge greift aber schon deswegen nicht durch, weil auf jeden Fall die Ablehnung des Ausschlusses der Schadensersatzpflicht durch den zweiten Grund des Berufungsgerichts getragen wird, daß nur bei Rücktritt des Beklagten Schadensersatzansprüche ausgeschlossen waren, während, wenn der Beklagte beim Vertrag stehen blieb, er die Folgen etwaiger Vertragsverletzung und den Rücktritt des Klägers hinnehmen mußte. Gegen die Zuerkennung von Ansprüchen nach §§ 987, 989 BGB wegen nicht gezogener Nutzungen und wegen Rückgangs der Gastwirtschaft durch Nichtbetrieb ist unter dem angeführten Gesichtspunkt also nichts einzuwenden. Unrichtig ist auch die Meinung der Revision, ein Schadensersatzanspruch wegen Wertminderung der Gastwirtschaft sei nicht gegeben, weil nach der Behauptung des Beklagten inzwischen die Grundstückspreise gestiegen seien. Eine Vorteilsausgleichung kommt nicht in Frage, weil diese Steigerungen auch eingetreten wären, wenn der Kläger im Besitz der Gastwirtschaft geblieben wäre. Der Wert wäre eben ohne das beeinträchtigende Verhalten des Beklagten noch höher als mit diesem.

4. Zu Unrecht beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht dem Kläger Nutzungsersatz für die Zeit bis 30. November 1960 zugebilligt hat. Das sei deswegen unzulässig gewesen, weil nach der am 15. April 1959 erfolgten Verwerfung der Berufung gegen das Räumungsurteil die Rückgewähr an der unterbliebenen Gegenleistung gescheitert sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Daß der Beklagte nach dem ersten Urteil des Landgerichts Zug um Zug gegen Rückerstattung des Kaufpreises zu räumen hatte, ändert nichts daran, daß er fremdes Eigentum in der Hand hatte und mit der Rückgabe rechnen mußte. Gab er die Sachen nicht zurück, mußte er die Nutzungen ziehen und Ersatz leisten, wenn das Ziehen der Nutzungen infolge seines Verschuldens unterblieb. Das Gesetz stellt nicht darauf ab, ob die Rückgabe infolge Verschuldens des Besitzers unterbleibt, sondern ob das Ziehen der Nutzungen mit solchem Verschulden unterbleibt.

IV.

Nach Abzug eines erst in der Berufungsinanz vom Kläger bezahlten Betrags von 2 291,33 DM an Gläubiger des Beklagten, die den Kaufpreistrückzahlungsanspruch teilweise gepfändet hatten, geht das Berufungsgericht von einem verbleibenden Betrag von 9 708,67 DM Kaufpreistrückzahlungsforderung aus. Es erachtet diese Forderung des Beklagten als durch Aufrechnung mit folgenden Gegenforderungen des Klägers erloschen:

- | | |
|---|-------------|
| 1. Ansprüche auf Ersatz von Nutzungen und schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen vom 1. November 1957 bis 30. November 1960 = 37 Monate zu 180 DM | 6 660,00 DM |
| 2. Ansprüche aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen | 1 872,57 DM |

3. Anspruch auf Ersatz der Vorprozeßkosten	691,90 DM
4. Anspruch auf Ersatz der Wertminderung der Gastwirtschaft	1 000,00 DM
5. Ersatzanspruch wegen des verkauften Herdes	110,00 DM
	10 334,47 DM

Nach den obigen Darlegungen sind von diesen Gegenforderungen jedoch abzusetzen 760,00 DM
durch Aufrechnung gegen Zinsen verbraucht;
ferner sind 211,18 DM
durch Aufrechnung gegen eine anerkannte Ersatzforderung des Beklagten verbraucht.
Zur Aufrechnung stehen also nurmehr 9 363,29 DM
zur Verfügung.

Andererseits hat nach Mitteilung im Schriftsatz vom 17. September 1960 der Beklagte am 10. September 1960 600 DM der Kaufpreistrückzahlungsforderung an seinen Prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt Strack abgetreten. Einwendungen sind insoweit vom Kläger nicht erhoben. Die 600 DM sind von dem für die Vollstreckung an den Beklagten selbst zu zahlenden Betrag abzusetzen, sodaß sich zu seinen Gunsten eine Rückzahlungsforderung von 9 708,67 DM - 600 DM = 9 108,67 DM errechnet.

Da der Kläger mit einer höheren Forderung (9 363,29 DM) aufgerechnet hat, hat der Beklagte die Zwangsvollstreckung nunmehr zu dulden, ohne daß der Kläger an ihn selbst eine Zahlung zu leisten hätte.

Die nach Aufrechnung gegen dem Beklagten selbst zustehende Forderungen verbleibende Forderung des Klägers beträgt $9\,363,29\text{ DM} - 9\,108,67\text{ DM} = 254,62\text{ DM}$.

Ob der Kläger diesen Betrag gegen die abgetretene Forderung von 600 DM aufrechnen konnte, bestimmt sich nach § 406 BGB. Der Kläger hatte in seiner Anschlußberufungsschrift vom 22. November 1960 mit weiteren elf Monaten Nutzungsentschädigungsforderung aufgerechnet, d.h. bis 20. Dezember 1960, dem angenommenen Tag des Berufungsurteils, das aber früher erlassen wurde. Vom Berufungsrichter ist diese Forderung mit Recht nur mit 180 DM monatlich und nur bis 30. November 1960 angesetzt. Der die Abtretung mitteilende Schriftsatz des Beklagten ist am 3. Oktober 1960 an den Kläger abgegangen, sein alsbaldiger Zugang unstreitig. Soweit mangels Fälligkeit die schriftsätzlich ausgesprochene Aufrechnung noch nicht wirksam war, muß sie zwar als in der Berufungsverhandlung vom 29. November 1960 wiederholt gelten. Die Aufrechnung wirkte aber nur noch für den Monat Oktober, für den die Nutzungsvergütung der üblichen Zahlungsweise für Miete und Pacht entsprechend mit 180 DM als am 1. Oktober 1960 fällig geworden anzusehen ist, nicht aber für den auf November 1960 zu verrechnenden Restbetrag von $254,62\text{ DM} - 180\text{ DM} = 74,62\text{ DM}$. Dieser Betrag ist erst fällig geworden, nachdem die Rückzahlungsforderung längst fällig geworden war und der Kläger von der Abtretung Kenntnis erlangt hatte. Daß der Kläger die Forderung kraft Gesetzes erworben hat, ist ohne Belang (Erman/Westermann, BGB 2. Aufl. § 406 Anm. 2).

Eine höhere Forderung des Klägers als die oben errechnete von 9 363,29 DM ist auch bei Berücksichtigung des übrigen Inhalts der Berufungsanschlußschrift nicht begründet. Ein früherer Zeitpunkt als Anfang November 1957 ist für

die Kenntnis des Beklagten von dem Vorliegen der Rücktrittsvoraussetzungen und damit für den Beginn der aufrechenbaren Nutzungsentschädigung nicht zugrunde zu legen. Den Schaden, der dem Kläger durch den Nichtbetrieb der Gastwirtschaft (bis zur letzten Berufungsverhandlung) entstanden ist, wird vom Berufungsgericht wie vom Landgericht festgesetzt als mit 1 000 DM nicht zu hoch gegriffen bezeichnet. Dem Zusammenhang nach insbesondere auch wegen der Erwähnung des § 287 ZPO ist jedoch diese Wertung des Berufungsgerichts dahin zu verstehen, daß es den Betrag von 1 000 DM schlechthin als angemessen erachtet, sodaß eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht unter diesem Gesichtspunkt entfällt.

V.

Der Beklagte hat demnach die Zwangsvollstreckung aus dem Räumungsurteil Zug um Zug gegen Zahlung von nur 525,38 DM an den Rechtsanwalt Heinz S. in Oldenburg zu dulden. In diesem Umfang war die Anschlußberufung des Klägers zurückzuweisen. Die Hilfsanträge des Klägers kommen nicht in Betracht, da es bei der Zurückweisung der Berufung bleibt und der Kläger mit der Anschlußberufung lediglich den bisherigen Hauptantrag gestellt hat, auch die Begründung nicht ersehen läßt, daß damit auch die Hilfsanträge geltend gemacht werden sollten.

Was die Kosten des Rechtsstreits anlangt, so erschien angesichts des Umstandes, daß der Kläger nicht, wie vom Berufungsrichter angenommen, voll, sondern nur zum größten Teil obsiegt, aber auch unter Berücksichtigung der Erledigung des Rechtsstreits in Höhe von 2 291,33 DM durch Zahlung des Klägers während der Berufungsinstanz angemessen,

die Kosten des Berufungsverfahrens dem Kläger zu 3/25,
dem Beklagten zu 22/25, die des Revisionsverfahrens dem
Kläger zu 1/25, dem Beklagten zu 24/25 aufzuerlegen,
die für den ersten Rechtszug vom Berufungsrichter getrof-
fene Kostenentscheidung aber bestehen zu lassen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Freitag

Offterdinger