

Verkündet
am 11. Juni 1958

2356 064

Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

des Klempnermeisters Franz L [REDACTED]
in N [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Ehefrau Erna M [REDACTED] geb. L [REDACTED]
in N [REDACTED], A [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 11. Juni 1958 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schuster,
Dr. Rothe, Dr. Freitag und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 1. Zivilsenats des Schleswig-Holsteini-
schen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 25. Okto-
ber 1956 aufgehoben.

Die Klage wird auf die Berufung des Beklag-
ten unter Abänderung des Urteils der 4. Zivilkammer
des Landgerichts in Kiel vom 2. Februar 1956 hin-
sichtlich des Hauptanspruchs abgewiesen.

Hinsichtlich des Hilfsanspruchs wird die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das
Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Ent-
scheidung über die Kosten der Revision übertragen
wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin erwarb bis Frühjahr 1955 vom Beklagten käuflich das Eigentum an einem Grundstück und das dingliche Vorkaufsrecht an einem Nachbargrundstück, dessen Eigentümer der Beklagte noch ist. Im August 1955 verkaufte der Beklagte dieses Nachbargrundstück für 5 275,93 DM in bar und einen lebenslänglichen Nießbrauch an den damals 17jährigen, durch seine Mutter vertretenen Hans Werner F[REDACTED]. Die Klägerin, der der Kaufabschluß nicht mitgeteilt wurde, hat durch Schreiben vom 29. Oktober 1955, dem Beklagten zugestellt am 7. 9. November 1955, die Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt und begehrt nun die Übertragung des Eigentums an diesem Grundstück.

Der Beklagte wandte ein: Die Klägerin habe auf seine Mitteilung vom bevorstehenden Verkauf auf die Ausübung ihres Vorkaufsrechts mündlich verzichtet (nur Sicherung ihrer künftigen Benutzung der für beide Grundstücke gemeinsamen Auffahrt sowie ein Vorkaufsrecht gegenüber F[REDACTED] gewünscht); infolgedessen sei das Vorkaufsrecht erloschen, mindestens verstoße seine Ausübung gegen Treu und Glauben. In zweiter Instanz außerdem: Der Kaufvertrag mit F[REDACTED] sei wegen dessen nicht ordnungsmäßiger gesetzlicher Vertretung nicht rechtsgültig, damit fehle die Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts.

Mit der im November 1955 eingereichten, im Dezember 1955 zugestellten Klage beantragte die Klägerin Verurteilung des Beklagten zur Grundstücksauflassung und zum Eintragungsantrag; in zweiter Instanz hilfsweise Verfahrensaussetzung (bis zu der unter Fristsetzung verlangten Erklärung des Vaters F[REDACTED], ob er genehmige), ganz hilfsweise Verurteilung des Beklagten zur Erstattung des (von ihr an einen Pfändungsgläubiger - R[REDACTED] - des Beklagten gezahl-

ten) Kaufpreisbetrages von 5 275,93 DM (aus Bereicherung).

Das Landgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben. Die Berufung des Beklagten wurde vom Oberlandesgericht im wesentlichen zurückgewiesen (nur mit der Maßgabe, daß statt zum Eintragungsantrag zur Eintragungsbewilligung verurteilt wurde). Das Berufungsgericht hält den vom Beklagten behaupteten Verzicht der Klägerin zwar abweichend vom Landgericht für rechtlich erheblich, aber für tatsächlich nicht erwiesen und den Kaufvertrag des Beklagten mit F [REDACTED] zwar wegen Vertretungsmangels für schwebend unwirksam, die Berufung des Beklagten darauf jedoch für unvereinbar mit Treu und Glauben.

Der Beklagte hat Revision eingelegt mit dem Antrag auf Urteilsaufhebung und Klagabweisung, fürsorglich Zurückverweisung. Er rügt Verletzung des § 286 ZPO und des materiellen Rechts, insbesondere der §§ 242, 276, 368, 504, 510, 1098 BGB. Die Klägerin begehrt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Was den auf das Vorkaufsrecht gestützten Hauptanspruch auf Auflassung anlangt, so geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß ein Vorkaufsrecht - auch ein dingliches (§ 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB) - erst dann mit der Wirkung des § 505 Abs. 2 BGB ausgeübt werden kann, wenn der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten (hier: Beklagter) und dem Dritten (hier: Sohn F [REDACTED]) rechtswirksam zustande gekommen ist (BGHZ 14, 1). An einem rechtswirksamen Kaufvertrag fehlt es jedoch bisher, wie das Berufungsgericht nicht verkennt.



a) Das angefochtene Urteil lehnt allerdings die Annahme ab, deswegen, weil die Mitwirkungserklärung auch des Vaters F [REDACTED] nicht innerhalb der bis 15. September 1955 gesetzten Vertragsantragsfrist beigebracht wurde, sei (nach § 148 BGB) überhaupt kein Vertrag zustande gekommen. Das kann indessen dahingestellt bleiben. Auch wenn man mit dem Oberlandesgericht die Annahmefrist nicht als versäumt ansieht, ist der Vertrag deshalb, weil eine Zustimmungserklärung des Vaters noch zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung nicht vorlag, mindestens schwebend unwirksam.

b) Voraussetzung der Ausübung des Vorkaufsrechts der Klägerin ist im vorliegenden Fall die Erteilung der Zustimmung des Vaters F [REDACTED] als gesetzlichen Vertreters zum Kaufvertrag, falls dies zu dessen Gültigkeit rechtlich notwendig ist (so für Genehmigung allgemein: BGHZ 14, 1; Westermann, Sachenrecht 3. Aufl. § 124 II 4 äußert zwar wegen der dadurch notwendig werdenden Duplizität der Genehmigungsverfahren Bedenken dagegen, daß nach dieser herrschenden Meinung auch eine etwa erforderliche behördliche Genehmigung schon vor Ausübung des Vorkaufsrechts vorliegen muß; dieses Bedenken trifft aber jedenfalls für privatrechtliche Genehmigungen wie im vorliegenden Fall ebensowenig zu, wie für das gesetzliche Vorkaufsrecht der Siedlungsunternehmen, wo Westermann der herrschenden Meinung beipflichtet).

Die Zustimmung (Genehmigung) des Vaters F [REDACTED] zum Kaufvertrag ist vom Oberlandesgericht mit Recht als notwendig zur Gültigkeit des Vertrags angesehen worden.

Der Vertrag wurde namens des minderjährigen Sohnes von der Mutter abgeschlossen. Der Vater hat nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsurteils bis zur letzten Tatsachenverhandlung nicht zugestimmt. Die Gültig-

keit des Vertrags hängt deshalb davon ab, ob die Mutter zur Alleinvertretung des Sohnes rechtlich in der Lage war. Sie war es dann, wenn sie entweder als elterliche Gewalthaberin alleinvertretungsberechtigt oder vom Sohn wirksam bevollmächtigt worden war. Zu einer Vollmachterteilung bedurfte der Sohn der Zustimmung (sogar Einwilligung) des gesetzlichen Vertreters, da der für ihn abzuschließende Vertrag und damit auch die Bevollmächtigung dazu dem Sohn nicht nur einen rechtlichen Vorteil brachte (§§ 107/109 BGB): Der Sohn sollte zwar das Eigentum an dem Grundstück erwerben, aber dafür zur Kaufpreiszahlung und Nießbrauchsbestellung verpflichtet werden; der Ausnahmefall des § 110 BGB liegt nicht vor, da die vertragsgemäße Leistung noch nicht bewirkt war (auch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters dazu, daß der Großvater die Mittel dafür zur Verfügung stellte, ist nicht dargetan, weil auch hier aus den noch zu erörternden Gründen die Mitwirkung des Vaters, nötig gewesen wäre). Sowohl für den Fall, daß die Mutter als gesetzliche Vertreterin handelte, wie für den Fall, daß sie als Bevollmächtigte auftrat, ist zur Gültigkeit des Kaufvertrags die Zustimmung des Vaters erforderlich. Das ergibt sich daraus, daß der Mutter die Alleinvertretungsmacht für den minderjährigen Sohn nicht zustand.

Nach der überkommenen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs war zur gesetzlichen Vertretung der minderjährigen ehelichen Kinder grundsätzlich der Vater allein berufen, die Mutter nur dann, wenn der Vertretungsmacht des Vaters oder ihrer Ausübung ein Hindernis entgegenstand (Tod, Verwirkung, Entziehung, Ruhen, Verhinderung; §§ 1627, 1630 Abs. 1, 1684 alt BGB). Nach dem am 1. Juli 1958 in Kraft tretenden Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 (BGBl I 609) ist die Rechtslage im wesentlichen ebenso (§§ 1626/1628,

1629 Abs. 1 neu BGB). Einer der genannten Fälle fehlender Vertretungsmacht oder -möglichkeit des Vaters liegt nach dem unstreitigen Sachverhalt nicht vor; insbesondere genügt dazu nicht die in der Beweisaufnahme zu Tage getretene Möglichkeit eines Entmündigungsverfahrens gegen den Vater, solange sie nicht zur Entmündigung, zur vorläufigen Vormundschaft nach § 1906 BGB oder zur tatsächlichen Vertretungsunfähigkeit geführt hat (§§ 1676/1677 alt, insoweit übereinstimmend mit §§ 1673/1674 neu BGB; §§ 104, 114, 1910 BGB); keine der letzteren Voraussetzungen ist von der Klägerin in den Tatsacheninstanzen behauptet worden. Im vorliegenden Fall wäre also die Mutter F. [REDACTED] weder nach altem noch nach neuem Gesetzesrecht zur Vertretung des Kindes allein berufen gewesen. Das alte Recht ist insoweit, als es dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau widersprach, am 31. März 1953 außer Kraft getreten (Art. 3 Abs. 2, 117 GG; BGHZ 10, 266; BGHZ 11 Anh. 23; BVerfG 3, 225). Was die Zwischenzeit zwischen dem Außerkrafttreten des alten und dem Inkrafttreten des neuen Gesetzesrechts anlangt (Zwischenrecht 1953/1958), so war zwar bisher umstritten, ob die Alleinvertretungsmacht des Vaters fortgalt oder wegen Verstoßes gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz außer Kraft getreten war; die in der Mehrheit befindlichen Anhänger der letzteren Auffassung nehmen jedoch durchweg nicht Alleinvertretungsmacht des Vaters und Alleinvertretungsmacht der Mutter, sondern eine Art Gesamtvertretungsmacht beider Elternteile an (Nachweise bei Soergel/Siebert, BGB 8. Aufl. Vorbem. 1 und 5 vor § 1626; ebenso BGH NJW 1958, 709). Die Zuweisung der Alleinvertretungsmacht an jeden von beiden Elternteilen würde in der Tat zu dem höchst unerfreulichen Ergebnis führen, daß beide gleichzeitig allgemein und grundsätzlich einander widersprechende Verpflichtungs- und Verfügungserklärun-

gen zu Lasten des Kindes abgeben könnten; diese Auffassung ist daher in Übereinstimmung mit der wohl allgemeinen Meinung auch für das Zwischenrecht abzulehnen. Die Verfechter einer Gesamtvertretungsmacht beider Elternteile nehmen allerdings zum Teil aus praktischen Gründen eine stillschweigende Ermächtigung (Zustimmung) des einen Elternteils durch den andern zur Vornahme gewisser Arten von Geschäften an, seien es Geschäfte, die der Ermächtigte (hier: die Mutter) auch sonst besorgt, seien es gewöhnliche Geschäfte des täglichen Lebens; von beidem kann jedoch bei dem hier in Rede stehenden Grundstückskauf keine Rede sein, wie der Zusammenhang der Gründe des angefochtenen Urteils ergibt. Unter diesen Umständen kann die grundsätzliche Frage nach Fortgeltung des Altrechts zu diesem Punkt während der Zwischenzeit von 1953 bis 1958 unentschieden bleiben. Die Mutter F. war in jedem Falle zur Alleinvertretung ihres Sohnes bei Abschluß des Grundstückskaufvertrags nicht berechtigt. Daraus ergibt sich die schwebende Unwirksamkeit dieses Vertrages (§ 177 BGB).

2. Mit Recht bekämpft die Revision jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte könne sich der Klägerin gegenüber auf diese schwebende Unwirksamkeit des Kaufvertrags nach Treu und Glauben nicht berufen. Ein solcher Einwand der Klägerin aus § 242 BGB ist zwar nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil sich der Inhalt der Rechtsbeziehungen zwischen Vorkaufsberechtigtem (Klägerin) und Vorkaufsbelastetem (Beklagter) grundsätzlich nach den Rechtsbeziehungen zwischen diesem und dem Drittkäufer (F.) richtet (§§ 1098 Abs. 1 Satz 1, 505 Abs. 2 BGB); denn dieser Grundsatz ist vom Gesetz selbst für zwei Fälle durchbrochen, wo die Vereinbarungen zwischen Verkäufer und Drittkäufer auf eine Vereitelung des Vorkaufsrechts hinaus-

laufen (§ 506 BGB), und diese Gesetzesbestimmung wird auf andere die Vereitelung des Vorkaufsrechts bezweckende Klauseln des Drittkaufs entsprechend angewandt (RGZ 118, 5, 8; 125, 123). Der Einwand, der Beklagte verstoße gegen Treu und Glauben, ist jedoch unbegründet, wie die dem Revisionsgericht auch in dieser Richtung (RGZ 145, 26, 32) obliegende rechtliche Würdigung des vom Tatrichter festgestellten Sachverhalts ergibt.

a) Das Berufungsgericht macht dem Beklagten einen Vorwurf daraus, daß er der Klägerin den Inhalt des Vertrags mit F. nicht mitgeteilt hat. Aber erstens bestand bis zur letzten Tatsachenverhandlung objektiv keine Mitteilungspflicht, da der Vertrag mangels Genehmigung des Vaters F. noch nicht wirksam war (RG JW 1927, 1516). Zweitens beruft sich der Beklagte darauf, daß die Klägerin schon vor Kaufabschluß auf die Ausübung ihres Vorkaufsrechts verzichtet habe. Das Berufungsgericht hält zwar einen solchen Verzicht in anderem Zusammenhang für nicht erwiesen, stellt aber das Gegenteil nicht positiv fest; selbst wenn jedoch die Behauptung des Beklagten vom objektiven Verzicht der Klägerin widerlegt wäre, bliebe seine Behauptung, daß er subjektiv geglaubt habe, die Klägerin wolle ihr (wenn auch in diesem Fall objektiv vorhandenes) Vorkaufsrecht nicht ausüben; diese Behauptung wird dadurch, daß das Vorkaufsrecht noch im Grundbuch eingetragen war, nicht entkräftet. Aus doppeltem Grunde kann also in der Unterlassung der Vertragsmitteilung an die Klägerin kein Verstoß des Beklagten gegen Treu und Glauben gesehen werden.

b) Ein solcher Verstoß liegt entgegen der Annahme des Berufungsgerichts auch nicht darin, daß der Beklagte weder vor noch während des Prozesses zu klären versuchte, ob der Vater F. den Vertrag genehmige. Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß der Beklagte dazu der Klägerin

gegenüber gar nicht rechtlich verpflichtet war. Solange der Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und F [REDACTED] noch schwebend unwirksam war, kam eine Pflicht zur Klärung der Genehmigungsfrage allenfalls im Verhältnis zwischen den Vertragsschließenden (Beklagter/F [REDACTED]) in Betracht; eine Verpflichtung dazu gegenüber der Klägerin bestand für den Beklagten ebensowenig wie für F [REDACTED].

c) Das Berufungsgericht wirft dem Beklagten vor, daß er die Zahlung des Kaufpreisbetrags durch die Klägerin an seinen Pfändungsgläubiger zugelassen und sich nicht um Erstattung dieser Summe an die Klägerin bemüht habe. Auch hierin liegt jedoch kein Verstoß gegen Treu und Glauben. Die - einmal unterstellte - Zahlung der Klägerin erfolgte ohne Zustimmung des Beklagten; es ist weder vom Berufungsgericht dargetan noch sonst ersichtlich, wie der Beklagte sie hätte verhindern können und sollen. Die Nichterstattung durch den Beklagten ist jedenfalls solange nicht vorwerfbar, als die Klägerin an ihrem Hauptklagantrag festhält; denn falls dieser Erfolg hätte - wie beide Vorinstanzen entschieden haben -, wäre nicht nur der Beklagte zur Grundstücksveräußerung an die Klägerin, sondern auch die Klägerin zur Kaufpreiszahlung an den Beklagten verpflichtet (§§ 1098 Abs. 1 Satz 1, 505 Abs. 2 BGB), die Klägerin hätte also mit der Zahlung an den Pfändungsgläubiger des Beklagten - die von ihr ebenfalls behauptete Forderungsüberweisung unterstellt - nur ihre Verpflichtung gegenüber dem Beklagten erfüllt (§ 362 BGB, § 835 ZPO), eine Erstattungspflicht des Beklagten schiede aus. Für den - vom Senat bejahten - Fall der Unbegründetheit des Hauptklaganspruchs kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob sich der Erstattungsanspruch der Klägerin (auch) gegen den Beklagten oder (nur) gegen seinen Pfändungsgläubiger richtet;

auch bei Bejahung einer objektiven Erstattungspflicht des Beklagten begründet deren bisherige Nichterfüllung durch ihn, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, im Hinblick auf das genannte Risiko eines entgegengesetzten Prozeßausgangs doch keineswegs den Vorwurf, daß er durch die Berufung auf den Vertretungsmangel bei Kaufabschluß gegen Treu und Glauben verstoße. Darauf, daß der Beklagte für den Fall des Zahlungsnachweises seitens der Klägerin ihren mit dem Hilfsantrag geltend gemachten Erstattungsanspruch anzuerkennen bereit ist, und darauf, ob das Berufungsgericht diesen Nachweis mit Recht als geführt angesehen hat, kommt es in diesem Zusammenhang nicht mehr an.

d) Daß der Beklagte die mangelnde Vertretung des minderjährigen Käufers F. [REDACTED] erst in der Berufungsinstanz vortrug, ist schon deshalb kein Verstoß gegen Treu und Glauben, weil es sich dabei nicht um einen neuen Tatsachenvortrag handelt, sondern nur um einen rechtlichen Hinweis auf das Fehlen der vom Gericht von Amts wegen zu prüfenden Schlüssigkeit der Klage, wozu der Beklagte nicht verpflichtet war. Das gilt auch dann, wenn der Beklagte sich von vornherein dieses Gültigkeitsmangels bewußt gewesen sein sollte, was vom Oberlandesgericht nicht festgestellt und keineswegs wahrscheinlich ist. Daß der Beklagte mit dem Vorsatz gehandelt hätte, die Klägerin mit den Prozeßkosten zu belasten, sie dadurch prozeßmüde zu machen und so sein Ziel des Grundstücksverkaufs an F. [REDACTED] gegen das Vorkaufsrecht der Klägerin zu erreichen, hält das Oberlandesgericht selbst für zweifelhaft. Es nimmt indessen an, der Beklagte habe durch sein Verhalten (Vertretungsbemängelung erst in der Berufungsinstanz) wenigstens den Anschein eines solchen weit gefaßten Vorsatzes erweckt und nichts zu seiner Beseitigung getan; auch diese Annahme ist jedoch unverständ-

lich und rechtfertigt gleichfalls den Vorwurf eines gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens des Beklagten nicht.

e) Ein solcher Vorwurf ist auch nicht etwa dann begründet, wenn man die genannten einzelnen Verhaltensweisen des Beklagten (a bis d) im Zusammenhang betrachtet.

3. Der Beklagte beruft sich hiernach mit Recht auf den Vertretungsmangel auf Seiten des Käufers. Es kommt nicht mehr darauf an, ob das Vorkaufsrecht der Klägerin im Falle der Wirksamkeit des Kaufvertrags ausübbar gewesen wäre oder im Hinblick auf einen schuldrechtlichen Verzicht nicht mehr (über die rechtliche Möglichkeit eines solchen Verzichts siehe Urteil des erkennenden Senats V ZR 178/54 vom 14. November 1956 = DNotZ 1957, 306); auf die fürsorgliche Verfahrensrüge wegen unvollständiger Beweisaufnahme in diesem Punkt ist daher nicht mehr einzugehen.

Ein Vorkaufsfall liegt mindestens zur Zeit nicht vor. Der Hauptklaganspruch der Klägerin auf Grundstücksauflassung ist daher unbegründet. Insoweit kann das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

III.

Mit dem vom Berufungsgericht zugesprochenen Hauptanspruch ist auch der hinter ihm stehende Hilfsanspruch der Klägerin auf Verurteilung zur Zahlung (Erstattung) der Kaufpreissumme in die Revisionsinstanz erwachsen (RGZ 77, 120). Das Berufungsgericht hat dessen Prüfung bisher folgerichtig unterlassen; durch die nunmehrige Abweisung des

Hauptanspruchs wird die Prüfung notwendig. Sie ist dem Berufungsgericht zu überlassen; zu diesem Zweck und in diesem Umfang war Zurückverweisung geboten.

Die Kostenentscheidung wird zweckmäßig dem Berufungsgericht übertragen.

Dr. Tasche

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern