

2042 082

19

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

ZPO § 546

Kommt der Revisionskläger nach Begründung seines Rechtsmittels dem angefochtenen Erkenntnis durch Zahlung der Urteilssumme nach, weil die nach seiner Meinung bisher fehlende Fälligkeit seiner Verpflichtung durch eine nunmehr erfolgte Kündigung des Gläubigers für einen späteren Zeitpunkt herbeigeführt ist, so handelt es sich nicht um eine willkürliche Minderung des Beschwerdegegenstandes, wenn der Revisionskläger nur noch die Erledigungserklärung nach § 91 a ZPO abgibt und Kostenentscheidung beantragt (Ergänzung zu BGH-Urteil vom 15. Februar 1952, I ZR 42/50, LM ZPO § 546 Nr. 8).

BGH, Urt. v. 30. November 1965 - V ZR 67/63 - OLG Schleswig
LG Lübeck

19

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 67/63

URTEIL

Verkündet am
30. November 1965
Hirth, Justizange-
stellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Käthe H [REDACTED] geb. D [REDACTED] in H [REDACTED]-B [REDACTED],
K [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Frau Herta S [REDACTED] geb. G [REDACTED],
2. den Kaufmann August S [REDACTED],
beide in H [REDACTED]-A [REDACTED], C [REDACTED]straße [REDACTED],
3. Frau Liesa G [REDACTED] geb. S [REDACTED]
in S [REDACTED], J [REDACTED]-K [REDACTED]-Weg [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten werden unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen die Urteile der 3. Zivilkammer des Landgerichts in Lübeck vom 13. Juli 1962 und des 1. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 12. März 1963, soweit sie zur Klage ergangen sind, aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung ist die Hauptsache erledigt.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Erblasser der Kläger und die Beklagte haben am 1. September 1960 einen Kaufvertrag über das Grundstück W [REDACTED], An den P [REDACTED], geschlossen.

Nach § 2 Nr. 3 des Kaufvertrages blieb ein verzinsliches Restkaufgeld von 20 000 DM für den Erblasser der Kläger als Verkäufer stehen, das durch eine Buchhypothek

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



dinglich gesichert wurde. Das Kapital sollte bis zum 30. September 1963 unkündbar und danach mit einer Frist von 6 Monaten jeweils zum Quartalsschluß, erstmals zum 31. März 1964, kündbar sein. Das gesamte Restkaufgeld sollte sofort fällig werden, wenn die Beklagte mit zwei aufeinanderfolgenden Zinsraten länger als zwei Wochen in Verzug geriet. Die am 1. Juli 1961 und am 1. Oktober 1961 fälligen Zinsraten sind erst am 20. Januar 1962 bei dem Erblasser der Kläger eingegangen. Dieser hat daraufhin die Zahlung der 20 000 DM Restkaufgeld von der Beklagten verlangt. Nachdem er im Laufe des Rechtsstreits verstorben ist, haben die Kläger den Rechtsstreit aufgenommen. Sie haben nunmehr beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. an sie 20 000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 1. Februar 1961 zu zahlen,
2. wegen der zugunsten des Erblassers der Kläger auf dem in W [REDACTED] gelegenen, im Grundbuch von W [REDACTED] Band 8 Blatt 1 [REDACTED] verzeichneten Grundstück der Beklagten in Abteilung 3, unter Nr. 6 eingetragenen Restkaufgeldhypothek von 20 000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 1. Februar 1961 die Zwangsvollstreckung in das vorbezeichnete Grundstück zu dulden.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat weiter Widerklage erhoben mit dem Antrag,

die Kläger zu verurteilen, an sie 368,84 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 9. April 1961 zu zahlen.

Die Beklagte hat bestritten, mit den beiden Zinsraten vom 1. Juli 1961 und vom 1. Oktober 1961 im Verzuge gewesen zu sein, da sie ein Zurückbehaltungsrecht an diesen habe geltend machen können. Hierzu hat die Beklagte folgendes vorgetragen:

Nach dem Vertrage sei der Erblasser der Kläger verpflichtet gewesen, die am 31. März 1961 für das erste Quartal fällig gewordenen Hypothekenzinsen an die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BVA) zu zahlen. Der Erblasser der Kläger habe diese Zahlung aber nicht geleistet. Er habe sie sogar ausdrücklich mit Schreiben vom 17. Juli 1961 an die Gläubigerin abgelehnt, nachdem er von dieser unter dem 10. Juli 1961 gemahnt worden sei; von beiden Schreiben habe die Beklagte Durchschläge erhalten. Sie habe daraufhin befürchten müssen, daß sich die BVA wegen des gesamten Hypothekenbetrages an sie halten werde. Sie sei damit berechtigt gewesen, ihrerseits die Hypothekenzinsen zurückzuhalten, bis der Erblasser der Kläger ihr den Nachweis erbrachte, daß er seinerseits die Zinsen an die BVA gezahlt habe. Dies sei ihr aber erst im Januar 1962 mitgeteilt worden. Ferner habe sie ein Zurückbehaltungsrecht an den Zinsraten ausüben können, da der Erblasser der Kläger bei seinem Auszug am 31. März 1961 ihr die Hausschlüssel nicht übergeben habe. Er habe dies davon abhängig gemacht, daß sie ihm 659,42 DM erstatte, die er noch auf die von der Beklagten übernommene Amortisationshypothek (§ 2 Nr. 2 des Kaufvertrags) an die Gläubigerin geleistet habe. Zu dieser Zahlung sei sie auch bereit gewesen; ihr sei aber der genaue Betrag nicht bekannt gewesen, so daß sie durch ihren

Sohn nur 600 DM habe anbieten lassen. Der Erblasser der Kläger habe die Annahme dieser Teilleistung abgelehnt, obwohl er noch selbst 4,16 DM Kehrgebühren und 17,50 DM Feuerversicherungsprämien geschuldet habe. Sie habe daher am 9. April 1962 das Schloß aufbrechen lassen, um in das Haus gehen zu können. Am 3. Juni 1961 habe sie den Betrag von 659,42 DM bezahlt. Durch das Aufbrechen und Einsetzen eines neuen Schlosses seien ihr Kosten in Höhe von 78,20 DM entstanden. Auch habe der Kläger ihr die Kehrgebühren und die Feuerversicherungsprämien zu ersetzen. Ferner könne sie für die 9 Tage, während deren bis zur Anfertigung des neuen Schlosses sie ihr Haus nicht habe betreten können, eine Nutzungsentschädigung von 149,94 DM verlangen und noch weitere Beträge für Grundstücksbelastungen. Insgesamt habe sie Gegenansprüche von 386,84 DM. Wegen dieses Betrages könne sie gleichfalls ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen; außerdem verlange sie Zahlung im Wege der Widerklage.

Die Kläger haben den Anspruch auf Zahlung der Kehrgebühr von 4,16 DM und der Feuerversicherungsprämie von 17,50 DM anerkannt. Im übrigen haben sie beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 20 000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 1. Februar 1961 verurteilt. Ferner hat es die Beklagte verurteilt, wegen dieses Betrages von 20 000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 1. Februar 1961 die Zwangsvollstreckung aus der Restkaufgeldhypothek zu dulden. Die Kläger hat es als Gesamtschuldner verurteilt, an die Beklagte den anerkannten Be-

trag von 21,56 DM zu zahlen. Im übrigen hat das Landgericht die Widerklage abgewiesen und die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten auferlegt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil auf ihre Kosten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagte Zinsen von 20 000 DM erst seit dem 1. April 1963 zu zahlen und wegen dieser Zinsraten die Zwangsvollstreckung zu dulden habe.

Gegen das Erkenntnis hat die Beklagte am 2. Mai 1963 Revision eingelegt. Mit Schreiben vom 13. September 1963, das bei den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten am 16. September 1963 einging, kündigten die Kläger die Hypothek gemäß § 2 Nr. 3 des Kaufvertrags. In der Revisionsbegründung hat die Beklagte beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Entscheidung des Landgerichts abzuändern, die Klage abzuweisen und die Kläger auf die Widerklage zu verurteilen, an die Beklagte 228,14 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen. Am 8. Oktober 1963 hat die Beklagte schriftsätzlich mitgeteilt, sie habe "die am 30. September 1963 fällig gewordene Hypothekenvaluta" von 20 000 DM nebst fällig gewordenen Zinsen an die Klägerinnen gezahlt. Da somit der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt sei, seien den Klägerinnen die gesamten Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Mit Schriftsatz vom 7. November 1963 hat die Beklagte vorgetragen, der Rechtsstreit sei nur bezüglich der Klage erledigt, so daß sich der Antrag nach § 91 a ZPO auch nur hierauf erstrecke. Für die Widerklage bleibe es bei dem in der Revisionsbegründung gestellten Antrag.

Mit dem beim Gericht am 25. November 1963 eingegangenen Schriftsatz vom 22. November 1963 haben die Kläger hinsichtlich der Klage den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt, der Beklagten insoweit die Kosten des Rechtsstreits aufzulegen sowie bezüglich der Widerklage die Revision zurückzuweisen. In der mündlichen Verhandlung haben die Kläger in erster Linie beantragt, die Revision der Beklagten als unzulässig zu verwerfen, im übrigen aber ihre bisherigen Anträge wiederholt.

Entscheidungsgründe:

Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils nach Maßgabe der gestellten Anträge ergibt folgendes:

A) (Klage).

Da die Parteien den Rechtsstreit zur Klage in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist die Kostenentscheidung insoweit nach § 91 a ZPO zu treffen.

Die Beklagte hat mit dem Rechtsmittel zunächst das Berufungsurteil vollen Umfangs angegriffen. Sie ist in Höhe von 20 228,14 DM beschwert gewesen. Zwar ist durch die Zahlung von 20 000 DM nebst Zinsen eine Verminderung des Beschwerdegegenstands unter die Revisionssumme (§ 546 ZPO) eingetreten. Eine solche Verminderung bleibt aber nach ständiger Rechtsprechung (BGH Urteile vom 19. Dezember 1950 - I ZR 7/50, BGHZ 1, 29, vom 16. Januar 1951 - I ZR 1/50, NJW 1951, 274

und vom 7. Januar 1965 - II ZR 104/62, WM 1965, 311) außer Betracht, sofern sie nicht auf willkürlicher Beschränkung des Rechtsmittels durch den Rechtsmittelkläger beruht (BGH Beschluß vom 24. Mai 1957 - VIII ZR 274/56, ZZP 71, 106, 107). Ein Fall freiwilliger Befriedigung des Gegners liegt hier nicht vor. Die Beklagte hat während des Prozeßverlaufs keinen Zweifel daran aufkommen lassen, daß sie hinsichtlich des Restkaufpreises von 20 000 DM ihrer Zahlungspflicht nach einer Kündigung, wie sie in § 2 Nr. 3 des Kaufvertrages vorgesehen ist, nachkommen werde. Der Kündigung vom 13. September 1963 mußte sie entnehmen, daß der Restkaufpreis zum 31. März 1964 zur Zahlung gekündigt wurde und dann, ungeachtet des - bis dahin kaum zu erwartenden - Ausgangs des Rechtsstreits, auf jeden Fall zu entrichten war. Außerdem lag im Zeitpunkt der Kündigung ein unbedingt vollstreckbarer Titel gegen sie vor. Zur Abwehr der Vollstreckung hatte sie gegebenenfalls mehr als 20 000 DM an Sicherheit zu leisten. Sie hat mithin nur durch den bisherigen Prozeßverlauf und das Vorgehen der Kläger bestimmt die Zahlung geleistet. Wenn sie sich unter diesen Umständen zur Zahlung vor dem 31. März 1964 entschloß, wozu ihr übrigens auch § 2 Nr. 3 des Kaufvertrags das Recht gab, lag darin nicht eine Erfüllung aus freien Stücken (vgl. BGH Urteil vom 15. Februar 1952 - I ZR 42/50, LM ZPO Nr. 8; Göppinger, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache S. 293 Anm. 23). Weil die Tilgung und die danach erforderliche Einschränkung der Revisionsanträge die Revision nicht unzulässig gemacht haben, kommt eine Verwerfung des Rechtsmittels, wie die Kläger sie in erster Linie erstreben, nicht in Betracht.

1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, die Beklagte sei mit beiden Zinsraten in Verzug gekommen, wenn sie sich nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen kann. Als ein solches Recht komme hier nur § 273 BGB in Frage. Sie könne sich insbesondere nicht darauf berufen, daß sie ihre Zinsraten nach § 320 BGB nicht termingerecht zu zahlen verpflichtet gewesen sei, weil der Erblasser der Klägerin einerseits die Zinsraten an die BVA nicht ordnungsgemäß gezahlt habe und weil er ihr die Schlüssel zum Haus nicht ordnungsgemäß übergeben habe. Ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB komme nur bei vertragsmäßigen Leistungen in Frage, die einander als Gegenleistungen gegenüberstehen. Die Zinsverpflichtung der Beklagten hinsichtlich des Restkaufgeldes sei aber eine Gegenleistung dafür, daß ihr im Vertrag das Restkaufgeld gestundet worden sei. Die Verpflichtung des Erblassers der Kläger, seinerseits die BVA-Hypothek zu bedienen, stehe nicht in einem derartigen Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Zinspflicht der Beklagten, daß sich für sie Rechte aus § 320 BGB ergeben könnten. Ebenso sei zwar der Erblasser der Kläger verpflichtet gewesen, der Beklagten die Schlüssel auszuhändigen, sobald er das Haus räumte, wenn man von seinem eigenen Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Schlüssel zunächst einmal absehe. Diese Verpflichtung der Beklagten, die Schlüssel zu übergeben, habe aber ebenfalls nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis des § 320 BGB zu der Verpflichtung der Beklagten, die Zinsen für die Restkaufgeldforderung zu zahlen, gestanden. Dasselbe gelte für etwaige Ansprüche der Beklagten wegen Verletzung der Übergabepflicht. Es handle sich bei die-

sen gesamten Rechten zwar um Ansprüche aus e i n e m Rechtsverhältnis im Sinn des § 273 BGB, aber nicht um Ansprüche auf Leistung und Gegenleistung im Sinn des § 320 BGB. Die Beklagte hätte hinsichtlich der Zinsen ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB ausüben müssen. Sie habe aber erst in ihrem Schreiben vom 29. November 1961 den Rechtsanwälten des Erblassers der Kläger mitgeteilt, daß sie die Zinsraten zurückhalte, weil dieser die Leistungen an die BVA trotz der verschiedenen Zahlungsaufforderungen bisher nicht erbracht habe. Von Schadensersatzansprüchen wegen der Schlüssel sei in dem Schreiben noch nicht einmal die Rede. Am 29. November 1961 sei die Beklagte bereits seit mehr als 14 Tagen mit beiden Zinsraten in Verzug gewesen, ohne daß sie das Zurückbehaltungsrecht zuvor geltend gemacht hatte.

2. Die Beklagte greift die Ausführungen mit folgender Begründung an:

a) Sie habe das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Die Geltendmachung könne auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen.

Der Erblasser der Kläger habe die fälligen Zinsen an die BVA zu Unrecht nicht gezahlt und seine Weigerung der Beklagten mitgeteilt. Die besonderen Umstände, die der Beklagten Anlaß zu einer positiven Äußerung gegeben hätten, sei nun die Fälligkeit der Restkaufgeldzinsrate gewesen. Angesichts des klaren Vertragsbruchs durch den Erblasser der Kläger hätte die zu erwartende positive Erklärung der Beklagten in der Zahlung der Restkaufpreiszinsrate und damit in der konkludenten Erklärung gelegen, daß sie ihrerseits den Vertrag ordnungsmäßig er-

fülle. Daraus, daß sie die fällige Zinsrate als einzige ihr dem Verkäufer gegenüber obliegende Verpflichtung nicht gezahlt habe, habe der Erblasser der Kläger nach Treu und Glauben die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts als Folge seiner eigenen ausdrücklich mitgeteilten Zahlungsverweigerung sehen müssen.

Der Erblasser der Kläger habe der Beklagten angesichts seiner vorherigen unberechtigten Weigerung die später an die BVA erfolgte Zahlung mitteilen müssen. Das sei erst Ende Dezember geschehen. Bis dahin habe sich die Beklagte auf ihr Zurückbehaltungsrecht berufen können. Infolgedessen sei sie mit den Zinsraten von je 300 DM nicht in Verzug geraten.

b) Das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Beklagten gegenüber dem Anspruch auf Zahlung des Restkaufpreises auch die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung zustehe.

Unmittelbare und adäquate Folge der vertragswidrigen Weigerung des Erblassers der Kläger, die Zinsen an die BVA zu zahlen, sei es gewesen, daß die Beklagte ihrerseits die Erfüllung der ihr aus dem Vertrag obliegenden Pflichten "suspendiert" habe. Mit dem Anspruch auf den Restkaufpreis machten die Kläger somit ein Recht geltend, dessen Voraussetzung - der Verzug der Beklagten - die unmittelbare Folge einer von ihrem Rechtsvorgänger begangenen Vertragsverletzung sei.

3. Die Rügen sind unbegründet.

14

a) Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Gegenseitigkeitsverhältnis des § 320 BGB greift die Beklagte nicht an. Sie beruhen auf der Auslegung des von den Parteien geschlossenen Kaufvertrags. Die vom Berufungsgericht gewählte Auslegung erscheint möglich (vgl. Palandt, BGB 23. Aufl. Einführung vor § 320 Anm. 1 c cc Mitte) und bindet den Revisionsrichter.

Die Beklagte hat nie ausdrücklich erklärt, sie übe das Zurückbehaltungsrecht aus. Dagegen, daß das Oberlandesgericht das Gespräch bei Notar Dr. L. als Erörterung theoretischer Natur gewertet hat, sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht eine Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch konkludentes Verhalten abgelehnt. Allein der Umstand, daß etwa ein halbes Jahr vor Fälligkeit der ersten Zinsrate bei dem Notar Dr. L. die Möglichkeit der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes erörtert worden ist, und die Tatsache, daß der Erblasser der Kläger sich geweigert hat, die fälligen Zinsen an die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte zu zahlen, lassen nicht den Schluß darauf zu, die Beklagte wolle, indem sie ihre Zinsverpflichtungen nicht erfüllt, ein Zurückbehaltungsrecht ausüben. Im übrigen war es, wie die Kläger zu Recht bemerken, nicht offenkundig, wegen welcher Gegenforderung die Beklagte das Leistungsverweigerungsrecht ausüben wollte. Das ist aber erforderlich, damit der Gläubiger die Möglichkeit hat, gemäß § 273 Abs. 3 BGB die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Der Erblasser war verpflichtet,

die Zinsen an die Bundesversicherungsanstalt zu zahlen. Im August hat er die fällige Zinsrate überwiesen. Für ihn war es deshalb nicht erkennbar, daß die Beklagte wegen des vermeintlichen Freistellungsanspruches mit den Zinszahlungen zurückhielt.

b) Das Berufungsgericht hat auch nicht übersehen, daß der Beklagten gegenüber dem Anspruch auf Zahlung des Restkaufpreises die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung zustand.

Was es mit der Bemerkung der Beklagten auf sich hat, die Beklagte habe im Hinblick auf das Verhalten des Erblassers der Kläger ihrerseits die Erfüllung ihrer Vertragspflichten "suspendiert", ist nicht recht verständlich. Sie hätte das Zurückbehaltungsrecht ausüben können, sie hat es aber nicht getan. In Wirklichkeit will sie jetzt mit ihrer Konstruktion nur die Klippe des § 273 BGB umschiffen. Das geht nicht an. Mit der Revisionsbeantwortung ist darauf hinzuweisen, daß das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB nur ein Sonderfall des allgemeinen Gedankens des § 242 BGB ist, nach dem derjenige treuwidrig handelt, der eine Leistung fordert, ohne seine eigenen Verpflichtungen zu erfüllen (RGZ 152, 73). Da die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) für diesen Fall in § 273 BGB eine besondere Regelung gefunden hat, kann sich die Beklagte nicht zusätzlich noch auf die allgemeine Einrede der unzulässigen Rechtsausübung berufen.

Erweisen sich sonach die Rügen der Revision als unbegründet, so ist es gerechtfertigt, gemäß § 91 a ZPO die

Kosten des Rechtsstreites der Beklagten zur Last zu legen. Aus Zweckmäßigkeitsgründen sind die beiden Vorentscheidungen aufzuheben, soweit sie zur Hauptsache hinsichtlich der Klage ergangen sind, und zur Klarstellung die Erledigung der Hauptsache in diesem Umfang auszusprechen. Bei den Kostenentscheidungen der Vordergerichte behält es sein Bewenden.

B) (Widerklage).

1. Zur Widerklage hat das Oberlandesgericht ausgeführt:

a) Die Beklagte könne zunächst von den Klägern keine Nutzungsentschädigung verlangen. Der Erblasser der Kläger habe ihr allerdings bei der Räumung des Grundstücks die Schlüssel nicht übergeben. Sie könne daher genötigt gewesen sein, das Schloß aufzubrechen und sich andere Schlüssel anfertigen zu lassen. Sie habe aber die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs insoweit nicht dargetan. Sie habe das Haus erst im Herbst 1961 bezogen. Es sei nicht festzustellen, daß sie durch die Verzögerung der Schlüsselhergabe, abgesehen von den Ausgaben für das Aufbrechen des Schlosses und die neuen Schlüssel, einen Schaden erlitten habe.

b) Die Beklagte könne von den Klägern auch keinen Ersatz der Ausgaben, die sie für die Anfertigung neuer Schlüssel und das Aufbrechen des Schlosses habe aufwenden müssen, verlangen. Selbst wenn der Erblasser der Kläger der Beklagten die Schlüssel nicht habe vorent-

halten dürfen, brauchten die Kläger deshalb der Beklagten die aufgewendeten Beträge nicht zu ersetzen. Die Beklagte sei nicht ohne weiteres berechtigt gewesen, auf die Übergabe der Schlüssel zu verzichten und sich gewissermaßen im Wege der Selbsthilfe neue Schlüssel anfertigen zu lassen. Sie könne nicht etwa Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 286 Abs. 2 BGB fordern, sondern nur Ersatz des Verspätungsschadens nach § 286 Abs. 1 BGB. Im übrigen wäre die Beklagte in der Lage gewesen, eine einstweilige Verfügung gegen den Erblasser der Kläger zu erwirken und sich auf diese Weise schnell die Schlüssel zu besorgen.

2. Hiergegen bringt die Revision folgendes vor:

a) Das Oberlandesgericht habe unter Verletzung von §§ 985, 990, 987 BGB übersehen, daß der Beklagten nach diesen Bestimmungen ein Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen für das Hausgrundstück zustehe. Dieser Anspruch stelle sich hier als ein Zahlungsanspruch in Höhe von 149,94 DM dar.

b) Das Berufungsgericht verkenne ferner, daß die Beklagte aus positiver Vertragsverletzung 78,20 DM für die Eröffnung des Grundstücks von den Klägern fordern könne. Die Herausgabe der Schlüssel sei eine vertragliche Nebenpflicht gewesen. Der Erblasser der Kläger habe trotz wiederholtem Verlangen der Beklagten die Schlüssel nicht übergeben. Nachdem ihr Haus bereits 9 Tage ohne Überwachung leergestanden habe, sei ihr noch längeres Warten nicht zuzumuten gewesen. Ein Mitverschulden der Beklagten, wie es das Berufungsgericht mit dem Hinweis auf das Selbsthilferecht und die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung andeute, liege nicht vor.

3. Die Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

a) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung verneint. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie die Kläger meinen, Ansprüche aus §§ 987 ff BGB hinter den besonderen Ansprüchen aus dem vertraglichen Schuldverhältnis zurücktreten. Jedenfalls rechtfertigen die §§ 990, 987 BGB die Forderung auf Nutzungsentschädigung nicht. Die Herausgabepflicht nach §§ 990, 987 Abs. 2 BGB stellt sich im vorliegenden Fall als Ersatzpflicht dar (vgl. RGZ 93, 281, 283 f; 143, 374, 376; Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 987 Rdn. 2). Die von der Revision weiterhin auf § 990 Abs. 2, 284 Abs. 1, 286, 287 BGB gegründete Forderung erweist sich als ein Schadensersatzanspruch. Wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei dargetan hat, fehlt es an der nötigen Substantiierung eines Schadens. Ebenso ermangeln die Darlegungen der Beklagten aber auch der Substantiierung der Nutzungen, die der Besitzer nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft für die Zeit vom 1. bis 9. April 1963 ziehen konnte. Die Beklagte hat das Haus erst im Herbst 1961 bezogen. Daß sie es eher hätte beziehen können, wenn ihr der Erblasser der Kläger die Schlüssel sofort ausgehändigt hätte, ist nicht vorgetragen. Der Sachverhalt bietet keinen Anhalt dafür, daß in der Zeit vom 1. bis 9. April irgendwelche Nutzungen hätten gezogen werden können, die auch nur annähernd den von der Beklagten behaupteten Wert hatten.

b) Schließlich sind aus Rechtsgründen die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, in denen es einer Forderung der Beklagten auf Ersatz der Kosten für die Anfertigung der Schlüssel und das Aufbrechen des Schlosses für unbegründet erklärt hat. Auch der von der Revision ins Feld geführte Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar kann der Gläubiger in einem solchen Fall Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn ihm das Warten auf ordnungsmäßige Erfüllung nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht 15. Aufl. § 55 III b). So liegt es hier aber nicht. Durch die verspätete Übergabe der Schlüssel hat der Erblasser der Kläger seine ihm nach dem Kaufvertrag obliegende Herausgabepflicht nicht so erheblich verletzt, daß der Vertragszweck gefährdet worden ist und der Beklagten ein weiteres Warten nicht länger angesonnen werden konnte. Das Verhalten des Verkäufers gab ihr kein Recht zur Selbsthilfe. Sie ist erst im Herbst 1961 in das gekaufte Haus eingezogen. Sie hätte, ohne daß dadurch ihre eigenen berechtigten Interessen verletzt wurden, dem Erblasser der Kläger unter Ablehnungsandrohung eine Nachfrist setzen oder, wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei dargetan hat, eine einstweilige Verfügung gegen den Erblasser der Kläger erwirken und sich auf diese Weise alsbald die Schlüssel besorgen können. § 242 BGB ist nicht verletzt.

c)

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten enthält, muß die Revision zur Widerklage mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO

zurückgewiesen werden. Es sind sonach die gesamten Kosten der Revisionsinstanz der Beklagten aufzuerlegen.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Mattern

Offterdinger

Dr. Grell