

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 69/70

URTEIL

Verkündet am

5. Mai 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Ehefrau Maria L. [REDACTED] geb. S. [REDACTED], D. [REDACTED]-H. [REDACTED],
K. [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die M. [REDACTED] W. [REDACTED] AG, H. [REDACTED], W. [REDACTED]-Straße [REDACTED], ver-
treten durch ihren Vorstand, Zustellungsbevollmächtigter:
Kfm.Ang. Friedrich S. [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1972 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern, Hill und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 27. Februar 1970 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin war Eigentümerin von zwei in der Gemarkung D [REDACTED] gelegenen, zusammen 11 593 qm großen Parzellen, die sie auf einer Teilfläche mit 74 Eigentumswohnungen und etwa 38 Garagen bebauen wollte. Unter Bezugnahme auf ihre Teilungserklärung gemäß § 8 WEG vom 14. November 1962 verkaufte die Klägerin mit notariellem Vertrag vom 27. Juli 1963 an die Beklagte 1/74 Miteigentumsanteil an der (noch zu vermessenden) Teilfläche sowie das Wohnungseigentum an der etwa 70 qm großen, im Klagantrag zu Nr. 1 bezeichneten Wohnung. Der Kaufpreis betrug 56 700 DM.

- 3 -

Hiervon entrichtete die Beklagte vereinbarungsgemäß 24 400 DM bar. Sofern die für sie vorgesehene Wohnung schon vor der Umschreibung des Wohnungseigentumsrechts auf ihren Namen bezugsfertig sein sollte, hatte die Übernahme gewisser in §§ 10 Abs. 2 a - c, 11 des Vertrags aufgeführten Lasten und Pflichten erst mit der Eintragung der Beklagten als Eigentümerin im Grundbuch zu erfolgen; in diesem Falle war die Beklagte aber verpflichtet, an die Klägerin von dem auf die Bezugsfertigkeit der Wohnung folgenden Monatsersten bis zu ihrer Eintragung eine monatliche Nutzungsentschädigung zu zahlen, deren Höhe den Aufwendungen der Klägerin für das Wohnungseigentumsrecht entsprechen sollte (§ 12 Abs. 2 des Vertrags). Die Auflassung sollte unmittelbar nach der Vermessung der zu bebauenden Teilfläche erfolgen (§ 4).

Im Wohnungsgrundbuch wurde zugunsten der Beklagten eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Die Übergabe der Wohnung an die Beklagte erfolgte am 30. Januar 1964. Bis Ende November 1964 zahlte sie die auf ihre Wohnung entfallende Nutzungsentschädigung, dann stellte sie die Zahlung ein. Sie wollte hierdurch die Klägerin veranlassen, Mängel zu beseitigen, mit denen das Haus und ihre, der Beklagten, Wohnung behaftet waren. Im Januar 1966 nahm die Beklagte die Zahlungen wieder auf und beglich u.a. den für 1965 zurückbehaltenen Betrag von 3 407,88 DM. Wegen jener Mängel und wegen der - trotz Vermessung noch nicht erfolgten - Auflassung kam es zwischen den Parteien ab Juli 1965 zu einem Schriftwechsel. Am 30. August 1965 schrieben die Bevollmächtigten der Beklagten an die Klägerin u.a.:



".... teilen wir Ihnen mit, daß unsere Partei wegen Nichterfüllung des Vertrages Ihrer Partei vom Vertrag zurücktritt und Herausgabe des bisher geleisteten Kaufpreises nebst den entstandenen Kosten in Höhe von insgesamt 32 652,30 DM verlangt...."

Der Bevollmächtigte der Klägerin antwortete hierauf mit Brief vom 9. September 1965 wie folgt:

"Meine Mandantin ist damit einverstanden, daß der notarielle Kaufvertrag rückgängig gemacht und die für Ihre Mandantin eingetragene Auflassungsvormerkung gelöscht wird. Nach dem Auszug Ihrer Mandantin müßte eine Abrechnung vorgenommen werden, und zwar in der Weise, daß Ihre Mandantin das Eigenkapital abzüglich der rückständigen Nutzungsentschädigung und der Kosten für die Wiederinstandsetzung der Wohnung zurückerhält...."

Seit 1. November 1965 hat die Beklagte die von der Klägerin gekaufte Wohnung zu einem monatlichen Zins von 260 DM vermietet. Da sich die Parteien über die von der Klägerin erstellte Abrechnung zum 31. Dezember 1965 nicht einigen konnten, hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben. Nach Klagerhebung hat die Klägerin die Teilungserklärung von 1962 durch eine neue vom 5. Mai 1966 "auf Grund verschiedener Änderungen zu dem Grundstücksbestand, in den Lageplänen, in der Lage der Wohnblocks, sowie der Lage und Zahl der Garagen" geändert und neu gefaßt. Danach betrug die im Eigentum der Klägerin stehende Gesamtfläche nur noch 10 865 qm. Hieraus ergaben sich weitere Streitigkeiten zwischen den Parteien.

Die Beklagte löste während des Rechtsstreits eine von ihr im Kaufvertrag übernommene Teilgrundschuld von 7 800 DM durch Zahlung ab. Die Löschungsbewilligung ist (jetzt) im Besitze der Klägerin, der Grundschuldbrief befindet sich bei der Beklagten.

Die Klägerin hat am 3. Februar 1969 für das Jahr 1968 die Wohngeldabrechnung erstellt und der Beklagten zugeleitet. Danach hatte die Beklagte für 1968 3 017,49 DM zu zahlen. Zur Zahlung dieses Betrages hat die Klägerin der Beklagten mit Schriftsatz vom 18. Februar 1969 eine Frist bis zum 3. März 1969 gesetzt und gleichzeitig erklärt, sie werde nach Fristablauf die Leistung ablehnen und ihrerseits auch aus dem Gesichtspunkt des Verzugs vom Vertrag zurücktreten (§ 326 BGB). Die Beklagte hat weder diesen Betrag noch das ihr mit Wohngeldaufstellung vom 17. Februar 1969 aufgegeben, seit Januar 1969 monatlich zu entrichtende Wohngeld in Höhe von 70,10 DM gezahlt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, der Kaufvertrag vom 27. Juli 1963 sei durch Rücktritt aufgelöst, und im ersten Rechtszug gebeten, die Beklagte zur Räumung, Herausgabe und Renovierung der gekauften Wohnung, zur Bewilligung der Löschung der für die Beklagte eingetragenen Auflassungsvormerkung, zur Zahlung von Wohngeld und zur Herausgabe des Briefes für die von der Beklagten abgelöste Teilgrundschuld zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und im Wege der Widerklage u.a. gebeten, die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte unter Vorbehalt der Geltendmachung bestehender Mängel die Auflassung von 1/74 Miteigentumsanteil und des Sonder Eigentums an der gekauften Wohnung zu erklären.

Die Beklagte ist der Rechtsauffassung der Klägerin entgegengetreten und hat die Richtigkeit der Abrechnung vom 3. Februar 1969 sowie die der früheren Abrechnungen für die Jahre 1964 bis 1967 bestritten.

Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat ferner unter Abweisung der Widerklage im übrigen dem Auflassungsbegehren der Beklagten stattgegeben und ihr die Geltendmachung von Mängelansprüchen und einer Kaufpreisminderung wegen der verringerten Grundstücksfläche vorbehalten.

Gegen dieses Urteil hat sich die Klägerin mit der Berufung gewandt. Sie hat ihre im ersten Rechtszug gestellten Anträge mit Ausnahme des Renovierungsverlangens weiterverfolgt.

Die Beklagte hat gebeten, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Beide Parteien haben ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und ergänzt.

Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert, den im zweiten Rechtszug gestellten Klaganträgen entsprochen und die (restliche) Widerklage abgewiesen.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Revision. Sie erstrebt weiterhin die Zurückweisung der Berufung. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Oberlandesgericht hat ausgeführt:

A) 1. Die Beklagte sei nach § 985 BGB zur Räumung und Herausgabe verpflichtet, da der Kaufvertrag infolge Rücktritts aufgelöst und die Beklagte nicht mehr zum Besitz berechtigt sei. Die Beklagte habe mit Brief vom 30. August 1965 den Rücktritt erklärt. Es könne dahingestellt bleiben, ob ihr ein Rücktrittsrecht zustand, ob insbesondere die Voraussetzungen des § 326 BGB erfüllt waren. Die Klägerin habe jedenfalls auf die Einhaltung der ihrem Schutz dienenden gesetzlichen Voraussetzungen verzichtet und sich in ihrem Schreiben vom 9. September 1965 mit dem Rücktritt der Beklagten einverstanden erklärt. Vorschläge und Vorbehalte habe die Klägerin nur hinsichtlich der noch vor-

zunehmenden Abwicklung des Vertragsverhältnisses gemacht. Damit sei der Rücktritt der Beklagten wirksam geworden. Selbst wenn man aber die Rechtsgültigkeit dieses Rücktritts verneinen wollte, wäre der Kaufvertrag infolge des von der Klägerin im Laufe dieses Prozesses erklärten Rücktritts beseitigt. Die Beklagte sei der im Schriftsatz vom 18. Februar 1969 enthaltenen Aufforderung der Klägerin zur Nachzahlung des Wohngelds für 1968 (3 017,49 DM) nicht nachgekommen. Gegen die Richtigkeit der Wohngeldabrechnung beständen keine Bedenken. Die Klägerin habe (erstmalig) durch Verlesung ihres Klagantrags auf Herausgabe der Wohnung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 26. März 1969 den zuvor angedrohten Rücktritt erklärt. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zusteht. Die Berufung darauf sei rechtsmißbräuchlich (§ 242 BGB). Die Beklagte habe gewußt, daß die Klägerin auf den Eingang der Nutzungsentschädigung dringend angewiesen war, um ihre Verpflichtungen aus den aufgenommenen Darlehen sowie andere laufende und im Zusammenhang mit der Errichtung der Eigentumswohnungen stehende Verpflichtungen erfüllen zu können. Zwar habe die Klägerin ihrerseits noch nicht alle nach dem Vertrag vom 27. Juli 1963 geschuldeten Leistungen erbracht gehabt. Sie habe noch die Auflassung, möglicherweise auch die Beseitigung von Baumängeln geschuldet. Diese noch ausstehenden Leistungen seien aber auch unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Grundstücksfläche zwischenzeitlich verkleinert und das Eigentum an den Garagen anderweitig geregelt worden war, geringfügig. Auf keinen

Fall habe die Beklagte sämtliche Zahlungen ab Januar 1968 einstellen und rund 6 000 DM zurückhalten dürfen. Allenfalls sei dies mit "einem geringeren Teil" der geschuldeten Nutzungsentschädigung zulässig gewesen.

2. Da der Kaufvertrag aufgelöst sei, könne die Klägerin die Einwilligung in die Löschung der Auflassungsvormerkung verlangen.

3. Ferner habe die Beklagte kein Recht, die ihr überlassene Wohnung weiter zu benutzen. Nach § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB sei sie verpflichtet, als angemessene Entschädigung für die Zeit der Vorenthaltung monatlich 70,10 DM zu entrichten.

4. Weiterhin dürfe die Klägerin nach § 346 BGB den Grundschuldbrief herausverlangen. Möglicherweise stehe der Beklagten infolge ihrer Tilgungsleistung eine Ausgleichsforderung gegen die Klägerin und damit ein Zurückbehaltungsrecht am Brief zu. Die Beklagte habe ein solches Recht aber nicht geltend gemacht.

B) Da der Kaufvertrag nicht mehr bestehe und der Auflassungsanspruch der Beklagten entfallen sei, müsse die (restliche) Widerklage abgewiesen werden.

II.

A) Hiergegen bringt die Revision zunächst vor, das Berufungsgericht habe dem Schriftwechsel vom 30. August / 9. September 1965 zu Unrecht entnommen, daß ein Rücktritt zustandegekommen sei.

Die Rüge hat Erfolg.

Zwar ist, wie der Berufungsrichter bemerkt, die Regelung des § 326 BGB nicht zwingender Natur (RGZ 96, 255, 257). Das Berufungsgericht führt insoweit aus, die Klägerin habe die Rücktrittserklärung der Beklagten vorbehaltlos entgegengenommen und sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt. Bei Erörterung der Frage, ob ein Rücktritt unter Abweichung von der Regelung des § 326 BGB (Nachfristsetzung unter Ablehnungsandrohung) vertraglich vereinbart ist, muß aber geprüft werden, ob sich die Angebotserklärung der Beklagten und die Annahmeerklärung der Klägerin decken (§ 150 Abs. 2 BGB). Der Tatrichter hat nicht erörtert, ob das Angebot der Beklagten den - naheliegenden - Willen enthalten konnte, der Klägerin den Rücktritt bei Zahlung von 32 652,30 DM anzutragen. Es ist nicht auszuschließen, daß der Berufungsrichter deshalb allein der Erklärung des Rücktritts ausschlaggebende Bedeutung beimaß, weil er übersehen hat (§ 286 ZPO), daß die Beklagte in ihrem Schreiben vom 30. August 1965 ersichtlich auf die Zahlung eines - ungekürzten - Betrags von 32 652,30 DM entscheidenden Wert gelegt hat. Da die Klägerin nach tatrichterlicher Feststellung ein Angebot, (nur) bei

Zahlung von 32 652,30 DM zurückzutreten, nicht angenommen und in ihrem Schreiben vom 9. September 1965 auf eine Abrechnung und Abzüge vom "Eigenkapital" der Beklagten verwiesen hat, wäre eine Rücktrittsvereinbarung durch den Schriftwechsel vom 30. August / 9. September 1965 nicht zustandegekommen. Zutreffend weist die Revision darauf hin, daß sich mit einer solchen von der Auffassung des Berufungsrichters abweichenden Würdigung ohne weiteres der Standpunkt der Klägerin in ihrem Schreiben vom 9. Mai 1968 vereinbaren läßt, in dem der Kaufvertrag vom 27. Juli 1965 als rechtswirksam erachtet, der Beklagten die Auflassung der Wohnung erneut angeboten und für den Fall der Ablehnung gesagt wird: "Andernfalls müßte der Kaufvertrag rückgängig gemacht und Rückgabe des Kaufgegenstandes gefordert werden."

B) Weiterhin beanstandet die Revision die Meinung des Oberlandesgerichts, "durch die Vorfälle im Prozeß" habe der einseitige Rücktritt der Klägerin den Kaufvertrag aufgelöst. Die Revision führt insoweit an, es könne auf die einseitigen Erklärungen der Klägerin nicht ankommen, weil diese selbst nicht vertragstreue gewesen sei. Das Berufungsgericht habe die ausstehenden Leistungen der Klägerin nicht "bagatellisieren" dürfen.

Der Angriff dringt ebenfalls durch.

Das Oberlandesgericht erkennt, daß zu den Voraussetzungen der Rechtsbehelfe des § 326 BGB grundsätzlich

die eigene Vertragstreue des Gläubigers gehört (Senatsurteil vom 16. Januar 1970 - V ZR 4/69 S. 10 f). Nach Feststellung des Tatrichters schuldete die Klägerin der Beklagten Auflassung und möglicherweise auch die Beseitigung von Baumängeln. Die Ausführungen des Berufungsrichters rechtfertigen nicht die Annahme, daß die von der Klägerin geschuldeten Leistungen "geringfügig" gewesen sind. Insbesondere gilt dies für die - von der Beklagten wiederholt angemahnte - Auflassung der Wohnung, deren Kaufpreis 56 700 DM beträgt. Die Revision beanstandet zu Recht die Auffassung des Oberlandesgerichts, die Beklagte sei verpflichtet gewesen der geänderten Teilungserklärung und der darin liegenden Änderung des Kaufvertrags vom 27. Juli 1963 zuzustimmen und die ihr im Jahre 1967 von der Klägerin angebotene Auflassung entgegenzunehmen. Der Berufungsrichter hat zunächst nicht ausreichend berücksichtigt, daß der Klägerin ein Anspruch auf Abänderung des Kaufvertrags nicht zustand. Auch begründet das Berufungsurteil, wie die Revision zutreffend bemerkt, nicht stichhaltig, warum die von der Klägerin für die Verkleinerung der Grundstücksfläche angebotene Entschädigung von 420 DM "nicht als unangemessen" angesehen werden darf. Das folgt jedenfalls nicht ohne weiteres daraus, daß die Beklagte in der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht für die Veränderung des Eigentums an den Garagen 975 DM und als Entschädigung für Baumängel und die Verkleinerung der Grundstücksfläche zusammen 1 025 DM "veranschlagt" hat. Bereits damit ist der Standpunkt des Berufungsrichters, die Klägerin habe wegen der Weigerung, das Wohngeld (3 017,49 DM) zu zahlen, die Rechtsbehelfe des § 326 BGB geltend

machen dürfen, erschüttert, wobei noch offen bleiben mag, ob es sich bei diesem Wohngeld um eine Hauptleistung der Beklagten handelt, wie die Rechtsbehelfe des § 326 BGB sie voraussetzen (vgl. Palandt, BGB 31. Aufl. § 326 Anm. 3 b). Hinzu **kommt, daß die Klägerin** ("möglicherweise") auch mit der Beseitigung von Baumängeln in Verzug geraten war, deren Art und Ausmaß vom Tatrichter nicht näher festgestellt worden ist. Das Berufungsgericht berücksichtigt ferner nicht, daß nach § 12 Abs. 2 des Kaufvertrags die Beklagte nach der Bezugsfertigkeit eine Nutzungsentschädigung nur bis "zur ... Eintragung im Wohnungsgrundbuch" zu entrichten hat und die Klägerin durch die Verzögerung der Auflassung jene Eintragung und damit die Beendigung der Pflicht zur Zahlung von Nutzungsentschädigung verhindert. Gegenüber der Auffassung des Berufungsrichters, die Beklagte habe auf keinen Fall sämtliche Zahlungen ab Januar 1968 einstellen dürfen, weist die Revision zutreffend auf das vom Oberlandesgericht nicht gewürdigte Vorbringen der Beklagten hin, ihr entstehe durch die Vorenthaltung der Auflassung "fortwährender Schaden", die Klägerin "profitiere" von der Nutzungsentschädigung, solange sie die Auflassung hinauszögere. Soweit der Tatrichter zuungunsten der Beklagten die Tatsache ins Gewicht fallen läßt, daß sie die Wohnung ab November 1965 vermietet gehabt und dafür monatlich 260 DM kassiert habe, hat er sich nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt (§ 286 ZPO), sie müsse in ihrer jetzigen Wohnung selbst Miete zahlen, die sie sich sparen könnte, wenn rechtzeitig die Auflassung vorgenommen worden wäre und sie die umstrittene

Wohnung "erst gar nicht hätte weitervermieten müssen". Schließlich hat sich das Oberlandesgericht, wie die Revision hervorhebt, nicht mit der Verteidigung der Beklagten befaßt, die Klägerin habe ihr nicht zwecks Nachprüfung der Wohngeldabrechnung für 1968 die Unterlagen zur Einsichtnahme vorgelegt. Es mag dahinstehen, ob man angesichts der Beanstandungen im Brief der Beklagten vom 2. August 1969 sagen kann, die Beklagte habe die Richtigkeit der Wohngeldabrechnung nicht substantiiert bestritten, wie das Oberlandesgericht ausführt. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht der Frage nachgehen müssen, ob das bloße Bestreiten darauf zurückzuführen ist, daß die Klägerin der Beklagten keine Einsicht in die Unterlagen gewährte und die Beklagte deshalb schuldlos im ungewissen darüber war, ob alle in Ansatz gebrachten Kosten tatsächlich erwachsen und zu den "Aufwendungen der Verkäuferin für das Wohnungseigentumsrecht" (§ 12 Abs. 2 des Kaufvertrags) zu zählen waren (vgl. Senatsurteile vom 16. Februar 1965 - V ZR 235/62, WM 1965, 674, 677; vom 11. Oktober 1968 - V ZR 181/65 S. 10 und vom 13. Dezember 1968 - V ZR 80/67, WM 1969, 165, 167).

Nach alledem tragen die Gründe des angefochtenen Erkenntnisses die Verurteilung zur Räumung und Herausgabe der Wohnung und zur Einwilligung in die Löschung der Auflassungsvormerkung (Klageanträge zu 1 und 2) nicht.

C) Weiterhin greift die Revision die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines im voraus fälligen Wohngelds von monatlich 70,10 DM (Klagantrag zu 3) an. Sie hält die Forderung für unsubstantiiert und im Hinblick darauf, daß die Klägerin die Auflassung verweigert, für unzulässig.

Der Angriff hat ebenfalls Erfolg.

Zutreffend weist die Revision einmal darauf hin, daß die Einwendungen der Beklagten dahin gingen, ihr sei vor Bezahlung des laufend zu entrichtenden Wohngelds Einsicht in die Unterlagen zu gewähren, auf die sich die Berechnungen der Klägerin stützen, die Klägerin habe die Einsicht unzulässigerweise aber nicht gewährt. Der Tatrichter ist auf dieses Vorbringen nicht eingegangen. Er hat im Zusammenhang damit nur bemerkt, dafür, daß der Betrag von monatlich 70,10 DM übersetzt sei, habe die Beklagte "nichts, jedenfalls nicht substantiiert vorgetragen". Er hätte aber auch insoweit der Frage nachgehen müssen (§ 286 ZPO), ob das "bloße" Bestreiten darauf zurückzuführen ist, daß die Klägerin der Beklagten keine Einsicht in die Unterlagen zur Wohngeldabrechnung für 1968 gewährte und die Beklagte deshalb nicht in der Lage war, mehr vorzubringen (siehe oben zu B). Im übrigen hat der Tatrichter, wie die Revision zutreffend bemerkt, nicht geprüft, ob die Forderung eines im voraus fälligen Wohngelds dann mißbräuchlich sein könnte (§ 242 BGB), wenn das Vorbringen der Beklagten zutrifft, die - an Sittenwidrigkeit grenzende - Vorenthaltung der Auflassung füge ihr fortwährend Schaden

zu, die Klägerin "profitiere" von der Nutzungsent-
schädigung. Auch insoweit rügt die Revision zu Recht,
daß § 286 ZPO verletzt sei.

Hiernach kann das Berufungsurteil hinsichtlich
des Klagantrags zu 3 ebenfalls nicht bei Bestand blei-
ben.

D) Schließlich greift die Revision die Verur-
teilung der Beklagten zur Herausgabe des Grundschuldbriefs (Klageantrag zu 4) mit Erfolg an.

Da nach den vorstehenden Ausführungen zu A) und B)
nicht davon ausgegangen werden kann, daß der Kaufver-
trag durch Rücktritt aufgelöst ist, verliert die Mei-
nung des Oberlandesgerichts, der Klagantrag zu 4 rechtfertige sich aus § 346 BGB, schon deshalb ihre Grundlage. Ein anderer Rechtsgrund bietet sich nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand für eine Verurteilung aber nicht an. Sollte der Kaufvertrag wirksam geblieben sein und der Beklagten das Recht zustehen, Auflassung von der Klägerin zu verlangen, kann die Beklagte nach der durch sie erfolgten Tilgung der in Abteilung III Nr. 3 eingetragenen Grundschuld in Höhe von 7 800 DM (§ 10 Abs. 2 c des Kaufvertrags) insoweit lastenfreie Eigentumsübertragung begehren. Nur zur Erreichung dieses Zieles wäre sie gehalten, den Grundschuldbrief herauszugeben.

E) Nach den vorstehend zu A) und B) angestellten Erwägungen tragen die Gründe des Berufungsurteils auch die Abweisung der Widerklage nicht.

III.

Das angefochtene Erkenntnis muß somit vollen Umfangs aufgehoben werden. Da die Sache noch nicht entscheidungsreif ist, muß sie zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen, da diese Entscheidung vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Hill

Dr. Grell