

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 74/63

URTEIL

Verkündet am
9. November 1965
Hirth,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Gastwirts Adolf M [REDACTED] in D [REDACTED]-S [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Rose H [REDACTED] geb. K [REDACTED] in G [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westfalen) vom 6. März 1963 wird auf Kosten des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß Satz 1 des Urteilsatzes des Urteils des Landgerichts Hagen vom 13. Juli 1962 folgende Fassung erhält:

Der Beklagte wird verurteilt, in die Aufhebung der in den notariellen Verhandlungen vom 9. Dezember 1960 (UR Nr. 111/60 des Notars Dr. B. in H.) und vom 5. April 1961 (UR Nr. 28/61 des Notars Dr. B. in H.) erklärten Auflassung der im Grundbuch von S. Band 5 Blatt 1 eingetragenen Grundstücke einzuwilligen.

Von Rechts wegen.

- 3. -

Tatbestand:

Die Klägerin ist auf Grund der Testamente vom 18. April 1958 und 18. September 1959 alleinige Vorerbin ihres im Jahre 1959 verstorbenen Vaters. Die beiden Töchter der Klägerin sowie etwaige weitere Kinder, die von ihr noch geboren werden, sind Nacherben. Zum Nachlaß gehörte der im Grundbuch von S [REDACTED] Band 5 Blatt 1 [REDACTED] eingetragene Grundbesitz D [REDACTED]-H [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED]. Nach dem Testament vom 18. September 1959 sind die Grundstücke den beiden Töchtern der Klägerin als Vermächtnis zugewandt, jedoch nur insoweit, als die Klägerin nicht "aus dieser Besitzung oder nötigenfalls aus dem Erlös" Nachlaßverbindlichkeiten bestreitet.

Durch notariellen Kaufvertrag vom 9. Dezember 1960 verkaufte die Klägerin die Grundstücke zum Preis von 155 000 DM an den Beklagten und ließ sie ihm auf. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm der Käufer eine Hypothek von fast 40 000 DM. Weitere 50 000 DM sollten sofort, der Rest bei Eintragung des Beklagten als Eigentümer im Grundbuch entrichtet werden. Namens ihrer beiden Töchter stimmten die Klägerin und ihr Ehemann diesem Vertrag in Ziffer VI zu. Auf die Anzahlung von 50 000 DM hat die Klägerin 10 000 DM erhalten. Die vom Beklagten in Höhe von 40 000 DM übergebenen Schecks wurden nicht eingelöst. Am 1. Januar 1961 hat ihm die Klägerin vereinbarungsgemäß den Besitz an den Grundstücken übertragen.

Durch notariellen Vertrag vom 5. April 1961 änderten die Parteien den Kaufvertrag vom 9. Dezember 1960 u.a. insoweit ab, als sie die Ziffer VI aufhoben. Statt dessen erklärte der Fabrikant S [REDACTED], der den Kindern der Klägerin



durch das Amtsgericht Schwelm für den Abschluß eines Grundstücksübertragungsvertrags betreffend das Grundstück G [REDACTED] Band 4 Blatt 1 [REDACTED] (also nicht S [REDACTED] Band 5 Blatt 1 [REDACTED]) zum Pfleger bestellt worden war, in notarieller Verhandlung vom 14. April 1961 namens der Kinder den Beitritt zum Kaufvertrag vom 9. Dezember 1960 nebst Abänderungsvertrag vom 5. April 1961. Diese Erklärung hat das Vormundschaftsgericht am 17. April 1961 genehmigt.

Der Beklagte bemühte sich vergeblich um die Beschaffung des Geldes zur Tilgung der Kaufpreisschuld. Nach wiederholten Mahnungen ließ die Klägerin dem Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 16. Juni 1961 eine Frist von zwei Wochen u.a. setzen für die Beibringung von Bescheinigungen der vom Beklagten genannten Darlehensgeber, "insbesondere der Vereinigten Bausparkassen AG über 120 000 DM und der Flüchtlings-Aufbaudarlehensstelle oder der sonst zuständigen Stelle über 25 000 DM darüber, daß diese genannten Beträge auf ein Notar-Ander-Konto überwiesen werden". Im Anschluß hieran heißt es: "Nach vergeblichem Ablauf dieser Frist lehnen unsere Auftraggeber die Annahme Ihrer vorgenannten Leistungen ab". Ferner wurde dem Beklagten in demselben Brief eine weitere Frist von zwei Wochen nach Ablauf der vorgenannten Frist zur Zahlung von 40 000 DM restlicher Anzahlung gesetzt und zusätzlich angedroht, daß auch nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist die Annahme der Leistung abgelehnt werde. Der Beklagte leistete keine Zahlung. Die Klägerin ließ ihm mit Schreiben vom 11. Juli 1961 mitteilen, beide Fristen seien abgelaufen, sie lehne die Annahme der im Brief vom 16. Juni 1961 genannten Leistungen ab und fordere Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Am 8. September 1961 verkaufte die Klägerin durch notariellen Vertrag den eingangs genannten Grundbesitz an eine Frau I [REDACTED]. Am 9. Oktober 1961 verlangte die Klägerin vom Beklagten

Räumung des Grundstücks. Am 28. November 1961 erfuhr sie, daß hinsichtlich des Beklagten, gegen den in den Jahren 1961/62 13 Zwangsvollstreckungsverfahren geschwebt haben, ein Offenbarungseidsverfahren anhängig sei oder gewesen sei. Mit Schreiben vom 29. November 1961 teilte sie ihm mit, daß sie nunmehr, statt Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, vom Kaufvertrag zurücktrete.

Mit der am 1. Dezember 1961 bei Gericht eingegangenen Klage hat die Klägerin Rückkauflassung der vorbezeichneten Grundstücke begehrt. Gegenüber einem etwaigen Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der an sie entrichteten 10 000 DM hat die Klägerin die Aufrechnung mit einer Forderung auf Zahlung einer angemessenen Nutzungsentschädigung von mindestens 1 000 DM monatlich erklärt. Sie hat behauptet, S [REDACTED] sei nicht mehr bereit, dem Vertrag vom 9. Dezember 1960 namens der Kinder beizutreten, er habe dies dem Beklagten auch bereits mitgeteilt.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, die im Grundbuch von S [REDACTED] Band 5 Blatt 1 [REDACTED] verzeichneten Grundstücke an die Klägerin zurückaufzulassen, hilfsweise, festzustellen, daß der Beklagte keinen Anspruch auf Eintragung als Eigentümer der im Grundbuch von S [REDACTED] Band 5 Blatt 1 [REDACTED] verzeichneten Grundstücke habe.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet: Die Klägerin habe ihm die nach dem Kaufvertrag geschuldete restliche Anzahlung von 40 000 DM bis zum Abschluß seiner Finanzierungsverhandlungen gestundet. Noch vor Ablauf der im Schreiben der Klägerin vom 16. Juni 1961 gesetzten Frist habe man ferner deren Aufhebung vereinbart. Die Klägerin habe dann die Finanzierungsverhandlungen des Beklagten vor allem durch die Einschaltung des Maklers A. [REDACTED] arglistig durchkreuzt, der ihr die neue Käuferin, Frau L., vermittelt habe. Im übrigen habe er, der Beklagte, die Gastwirtschaft auf dem Grundstück H. [REDACTED] Straße [REDACTED] inzwischen mit einem Aufwand von 30 000 bis 40 000 DM modern ausgebaut.

Das Landgericht hat der Klage nach dem Hauptantrag stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt. Er hat zunächst in der Berufungsbegründung den Antrag gestellt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, und hilfsweise gebeten, ihn nur Zug um Zug gegen Rückzahlung der bereits geleisteten Anzahlung von 10 000 DM zu verurteilen. Noch vor dem ersten Verhandlungstermin am 20. Dezember 1961 hat er mit dem bei Gericht am selben Tag eingegangenen Schriftsatz vom 14. Dezember 1962 den Hilfsantrag dahin erweitert, daß er nur Zug um Zug gegen Zahlung von 49 796 DM - der Summe aus jener Anzahlung und 39 796 DM Aufwendungsersatz - zur Rückauflassung verurteilt werde. Die Klägerin hat gebeten, die Berufung zurückzuweisen.

Das Oberlandesgericht hat das Rechtsmittel zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er sein bisheriges Begehren weiterverfolgt. Die Klägerin bittet, die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der Beklagte verurteilt werde, in die Aufhebung der Auflassung zu willigen, hilfsweise nach den bisherigen Anträgen zu erkennen.

Entscheidungsgründe:

A) I.

Das Oberlandesgericht hält einen Anspruch der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht für gegeben und meint zunächst, es könne dahingestellt bleiben, ob die Klägerin als Vorerbin zur Verfügung über den Grundbesitz der Zustimmung der Nacherben, vertreten durch den Pfleger, bedurfte und ob eine wirksame Zustimmung vorliege. Auch die von einem nicht von den in § 2136 BGB genannten Beschränkungen befreiten Vorerben getroffene Verfügung über ein Grundstück sei nicht schlechthin, sondern nach § 2113 Abs. 1 BGB nur insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Die zu § 2113 Abs. 1 BGB geäußerte Rechtsansicht des Berufungsgerichts begegnet keinen Bedenken. Ihr wäre im Hinblick auf den Vortrag der Klägerin in der Berufsbeantwortung (Bl. 159 GA) zweckmäßig der Hinweis voranzustellen gewesen, daß schuldrechtliche Geschäfte nicht unter § 2113 Abs. 1 BGB fallen.

II.

Weiterhin ist das Oberlandesgericht der Ansicht, ein Bereicherungsanspruch könne auch aus einem Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht hergeleitet werden. Nichts spreche dafür, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrags vom 9. Dezember 1960 die Vorstellung gehabt hätten, die Klägerin sei befreite Vorerbin, und diese Annahme Geschäftsgrundlage des Kaufvertrags gewesen sei. Man sei vielmehr offenbar vom

Gegenteil ausgegangen. Die Klägerin mache selbst nicht geltend, daß eine solche Auffassung der Vertragspartner falsch gewesen sei.

Die von der Klägerin und ihrem Ehemann unter Ziffer VI des Kaufvertrags vom 9. Dezember 1960 als gesetzlichen Vertretern ihrer Kinder abgegebene Erklärung spreche zwar dafür, daß die Partner irrtümlich davon ausgegangen seien, diese Erklärung genüge, um eine aus der Vorerbschaft sich ergebende Verfügungsbeschränkung der Klägerin auszuräumen und dem Beklagten im Verhältnis zu den Nacherben unbeschränktes Eigentum am Grundstück zu verschaffen. Auch hieraus folge aber kein aus einem Wegfall der Geschäftsgrundlage herzuleitender Bereicherungsanspruch der Klägerin. Wenn der Beklagte, was hier dahingestellt bleiben könne, im Verhältnis zu den Nacherben nur ein beschränkt wirksames Eigentum erworben habe und wenn das im Widerspruch zu den Vorstellungen stehe, welche die Parteien bei Vertragschluß hatten, so könne es sich allenfalls fragen, ob die Erfüllung des Vertrags dem Beklagten nicht zuzumuten sei. Gerade er wolle aber an dem Vertrag festhalten.

Die im Berufungsurteil angestellte Prüfung der Frage, ob die Geschäftsgrundlage weggefallen ist, unterliegt im Ergebnis keinen durchgreifenden Bedenken. Nicht zu beanstanden ist zunächst die Feststellung des Oberlandesgerichts, alle Vertragspartner hätten am 9. Dezember 1960 die Klägerin für eine nicht befreite Vorerbin gehalten, die Vertragsgrundlage könne deshalb nicht entfallen sein. Gegenüber den weiteren Ausführungen ist darauf hinzuweisen, daß die Parteien den Rechtsirrtum, dem sie am 9. Dezember 1960 erlegen sein mögen, jedenfalls im Änderungsvertrag vom 5. April 1961 richtig gestellt und dem Kauf insoweit einen anderen Inhalt gegeben haben. Danach ist die Geschäftsgrundlage nicht mehr als erschüttert oder weggefallen zu erachten.

B) I.

Das Berufungsgericht führt sodann aus: Der Klaganspruch sei im Hinblick auf den Rücktritt der Klägerin gemäß § 326 BGB gerechtfertigt. Mit dem Landgericht sei nicht als bewiesen anzusehen, daß die Vertragspartner eine Stundung der nach dem Vertrage fälligen Restanzzahlung vereinbart hätten. Die Mahnung sei unstreitig. Das Schreiben vom 16. Juni 1961 habe den Beklagten in Verzug gesetzt. Der Verkauf an Frau L. sei erst am 8. September 1961 erfolgt und vermöge diese Rechtsfolge nicht in Frage zu stellen. Jenes Schreiben vom 16. Juni 1961 habe zulässigerweise auch die Nachfristsetzung enthalten. Die Nachfrist sei nicht unangemessen kurz gewesen. Für die Leistung der Restanzzahlung seien dem Beklagten zweimal zwei, gleich 4 Wochen Frist eingeräumt worden. Überdies wäre bei zu knapper Fristbemessung eine angemessene Frist in Lauf gesetzt worden. Eine in jedem Fall angemessene Frist sei aber dadurch gewahrt worden, daß die Klägerin nach dem Schreiben vom 16. Juni 1961 wieder längere Zeit gewartet habe, bis sie die Folgerung daraus gezogen habe, daß der Beklagte auch auf diesen Brief hin keine Zahlung geleistet habe. Erst mit ihrem Schreiben vom 30. September 1961 habe sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Der Beklagte habe seine Behauptung, die Parteien hätten die Fristsetzung vom 16. Juni 1961 durch nachträgliche Vereinbarung aufgehoben, nicht bewiesen. Selbst wenn man unterstelle, daß die Zeugen H. und S. mit Wissen oder Vollmacht der Klägerin mit dem Beklagten verhandelt hätten, der Zeuge H., ihr Ehemann, in der Zeit vom 3. bis 14. Juli 1961 erklärt habe, daß ein paar Tage komme es nicht an, die Hauptsache sei, daß das Geld auf den Tisch gelegt werde, und wenn man weiter annehme, daß die Klägerin eine solcher Äußerung gegen sich gelten lassen müsse, sei von ihr allenfalls zu verlangen gewesen, daß sie nicht

nur bis zum Ablauf der am 16. Juni 1961 gesetzten Frist wartete, sondern darüber hinaus noch eine gewisse Nachsicht zeigte, bevor sie aus dem fruchtlosen Fristablauf Folgerungen zog. Das habe sie auch getan. Zwar hätten ihre anwaltlichen Vertreter bereits mit Schreiben vom 11. Juli 1961 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Dieser Brief müsse jedoch außer Betracht bleiben, da am 11. Juli 1961 die Nachfrist von 4 Wochen ohnehin noch nicht abgelaufen gewesen sei. Einer etwaigen Verpflichtung zu einem weiteren Zuwarten sei die Klägerin dadurch nachgekommen, daß sie in den Monaten Juli und August stillgehalten habe. Wenn man als richtig unterstelle, daß der Verkauf an Frau I. die Finanzierungsversuche des Beklagten gestört und ihm die Leistung der Restanzahlung praktisch unmöglich gemacht habe, sei dies doch nur die Folge des Verhaltens des Beklagten selbst gewesen. Am 8. September 1961 hätte sie zwar noch nicht den Rücktritt vom Verkauf an den Beklagten erklärt gehabt, sie sei dazu aber bereits berechtigt gewesen. Am 30. September 1961 habe sie, wie dies durch ihr Schreiben von diesem Tage geschehen sei, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen dürfen. Zulässigerweise sei sie in ihrem Brief vom 29. November 1961 dann zum Rücktritt übergegangen.

II.

Hiergegen bringt die Revision zunächst vor, der Rücktritt sei nicht wirksam, der Beklagte sei mit der Restanzahlung nicht in Verzug gewesen.

1. a) Am 9. Dezember 1960 sei man beim Niederschreiben der Vereinbarung davon ausgegangen, daß die Klägerin alles Erforderliche getan habe, um dem Beklagten mit der demnächst erfolgenden Eintragung im Grundbuch volles Eigentum zu ver-

schaffen. Die Klägerin habe das Grundstück dem Beklagten nicht nur aufgelassen, sondern zugleich die - allerdings unwirksame - Zustimmung der Nacherben beigebracht. Es liege zumindest nahe, daß die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung des Beklagten von der Wirksamkeit der von der Klägerin bereits erbrachten Vorleistung abhängig sein sollte. Das Berufungsgericht habe diese Frage nicht geprüft.

b) Die Klägerin sei noch verpflichtet, eine wirksame Zustimmung der Nacherben zur Grundstücksveräußerung beizubringen, es sei denn, daß sie befreite Vorerbin sei und deshalb auch mit Wirkung gegen die Nacherben über das Grundstück verfügen könne. Das Berufungsgericht habe diese Frage offengelassen. Gehe man davon aus, daß die Klägerin nicht befreite Vorerbin sei, so habe der Beklagte die Leistung der Anzahlung nach § 326 BGB verweigern dürfen. Solange das Leistungsverweigerungsrecht bestehe, könne er nicht in Verzug geraten.

2. Auch wenn die Klägerin als befreite Vorerbin zur Verfügung über das Grundstück mit Wirkung für und gegen die Nacherben berechtigt sei, sei sie nicht wirksam vom Vertrag zurückgetreten (§ 454 BGB).

a) Die Klägerin habe den Kaufvertrag vom 9. Dezember 1960 dann nämlich im Sinne des § 454 BGB erfüllt. Sie habe das Grundstück sofort aufgelassen, die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch bewilligt und den Besitz am Grundstück am 1. Januar 1961 übertragen.

b) Sie habe den Kaufpreis gestundet. Eine Stundung liege jedenfalls dann vor, wenn vereinbarungsgemäß die Zahlung nicht Zug um Zug, sondern erst in einem späteren Zeitpunkt als die Leistung des Verkäufers erfolgen soll.

Nach Ziffer I 5 des Vertrags vom 9. Dezember 1960 sollte "der dann noch verbleibende Restbetrag" in Höhe von 65 000 DM erst fällig werden mit der Eintragung im Grundbuch. Eine Stundung liege auch insoweit vor, als der Beklagte "in Anrechnung auf den Kaufpreis die in Abteilung III unter laufender Nummer 5 eingetragene Hypothek von 40 000 DM übernimmt". Ferner sei der sofort in bar zu zahlende Betrag in Höhe von 50 000 DM dem Beklagten gestundet worden. Das folge schon daraus, daß die Klägerin, als sich herausgestellt habe, daß der Beklagte nicht über die notwendigen Geldmittel verfügte, über diese Summe vor-datierte Schecks an Erfüllungs Statt entgegengenommen habe. Das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob die Klägerin durch die Entgegennahme dieser Schecks versprochen habe, sie wolle die Teilbeträge nicht vor den in den Schecks bezeichneten Ausstellungstagen geltend machen, also die Forderung stunden.

Auch aus dem Briefwechsel der Parteien ergebe sich, daß die Klägerin nicht nur Nachsicht geübt, sondern gestundet habe (Briefe der Klägerin vom 16. Januar, 3., 17. Februar, 10., 21. März, 20. April, 9. Juni 1961).

3. Selbst wenn man diesen Ausführungen nicht beitreten wolle, habe jedenfalls folgendes zu gelten:

a) Die Bestimmung der Nachfrist mit Schreiben vom 16. Juni 1961 sei nicht wirksam geworden, da sie mit unberechtigten Forderungen verknüpft worden sei.

b) Durch eine zu kurz gesetzte Nachfrist werde dann nicht eine angemessene Nachfrist in Lauf gesetzt, wenn der Gläubiger zu erkennen gegeben habe, daß er auch die innerhalb angemessener Frist erfolgende Leistung keinesfalls

anzunehmen bereit sei. Durch ihr Schreiben vom 11. Juli 1961 und die Veräußerung des Grundstücks an Frau I. habe die Klägerin zum Ausdruck gebracht, daß sie die Leistung des Beklagten nicht mehr annehmen wolle.

c) Der Wirksamkeit der Fristbestimmung stehe auch entgegen, daß die Klägerin selbst und die von ihr in die Verhandlungen eingeschalteten Zeugen H. und S. wiederholt erklärt hätten, sie beständen nicht auf der nach dem Vertrag zu entrichtenden Baranzahlung und dem Beklagten solle Zeit gelassen werden, das Geld für die Begleichung des Gesamtkaufpreises zu beschaffen. Die Zeugen F. und P. hätten zu der Behauptung des Beklagten vernommen werden müssen, die Verhandlungen seien zumeist von H. geführt worden. Das Berufungsurteil lasse nicht erkennen, auf welchen Erwägungen die Ansicht des Berufungsgerichts beruhe, F. habe mit der Klägerin nur im Rahmen seiner Tätigkeit als Bausparkassenvertreter und nicht als Vertreter des Beklagten verhandelt. Weder die Klägerin noch die Zeugen hätten bestritten, daß dieser die Verhandlungen für den Beklagten geführt habe. Die nach der Unterrichtung über den Stand der Finanzierungsverhandlungen von der Klägerin F. gegenüber abgegebene Erklärung, "dann wäre es gut und dann wolle sie auch noch so lange warten", hätten der Zeugen und der Beklagte nur dahin auslegen können, daß die Kaufpreisforderung bis zum Abschluß der von F. geführten Kreditverhandlungen gestundet sein solle.

Die Klägerin habe gegenüber dem Beklagten arglistig gehandelt, als sie von ihm durch den Zeugen A. die Finanzierungsunterlagen unter dem Vorwand, dieser Zeuge könne binnen drei Tagen Geld besorgen, habe abholen lassen, Verhandlungen mit Frau I. aufgenommen, dieser schließlich das

Grundstück verkauft und dadurch die Finanzierungsverhandlungen zum Scheitern gebracht habe.

III.

Die Rügen der Revision haben keinen Erfolg.

1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Beklagte in Verzug geraten ist, unterliegt keinen Bedenken. Er hatte nach Ziffer I 5 der Verträge vom 9. Dezember 1960/5. April 1961 50 000 DM sofort zu zahlen. Die sofortige Entrichtung des Betrages oblag ihm auch nach Aufhebung der Ziffer VI des Kaufvertrags vom 9. Dezember 1960. Geht man mit der Revision davon aus, daß der Klägerin eine Rechtsverschaffungspflicht in dem Sinne oblag, eine wirksame Zustimmung der Nacherben zur Veräußerung beizubringen, so hat dies doch für die Frage der Fälligkeit der Zahlung von 50 000 DM nach Ziff. I 5 b) des Kaufvertrags keine entscheidende Bedeutung. Denn nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe war der Betrag von 50 000 DM sofort zu leisten, die Verschaffung des vollen Eigentums erst danach zu bewirken und von dieser Leistung der Verkäuferin die Zahlung des Restkaufpreises abhängig. Der Beklagte vermag also den Eintritt des Verzugs nicht mit dem Hinweis auszuräumen, er habe die 50 000 DM nur Zug um Zug zu leisten brauchen, die Klägerin habe seine Forderung noch nicht erfüllt. Für das Berufungsgericht brauchte sich auch im Hinblick auf Ziff. VI des Kaufvertrags entgegen der von der Revision geäußerten Meinung nicht die Frage zu stellen, ob die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtungen des Beklagten von der Wirksamkeit der von der Klägerin bereits erbrachten Leistungen abhängig sein sollte. Der Wortlaut des geänderten Kaufvertrags vom 9. Dezember 1960 steht

14

jedenfalls der Auslegung, wie sie vorstehend wiedergegeben ist, nicht entgegen, insbesondere auch nicht Ziffer I 4 des Kaufvertrags, wonach die Klägerin "Gewähr für Freiheit von eingetragenen Belastungen mit Ausnahme der unter Ziffer I 5 von dem Erwerber übernommenen Hypothek von nominell DM 40 000 ..." zu leisten hat.

2. Rechtsirrtumsfrei ist ferner die Würdigung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe den Kaufpreis nicht gestundet. Zwar ist der Revision zuzugeben, daß die Klägerin den Kaufvertrag im Sinne des § 454 BGB erfüllt hat und eine Stundung dann vorliegt, wenn vereinbarungsgemäß die Zahlung nicht Zug um Zug, sondern erst in einem späteren Zeitpunkt als die Leistung des Verkäufers erfolgen soll. An einer solchen Vereinbarung fehlt es hier aber. Nach dem Kaufvertrag hatte der Beklagte 50 000 DM s o f o r t zu zahlen. Wenn die Klägerin nicht bei Unterzeichnung des Kaufvertrags das Geld forderte, so wollte sie dem Beklagten lediglich eine kurze Zeit zur Beschaffung des Geldes lassen. Damit schob sie die Fälligkeit der ihm als Käufer obliegenden Leistung nicht hinaus (vgl. Staudinger, BGB 11. Aufl. § 454 Rdn. 14). Es kommt insoweit nicht darauf an, ob nach Ziffer I 5 des Kaufvertrags "der dann noch verbleibende Restbetrag" in Höhe von 65 000 DM erst mit der Eintragung des Beklagten als Eigentümer im Grundbuch fällig werden sollte und der Beklagte in Anrechnung auf den Kaufpreis die im Grundbuch von S. [REDACTED] Band 5 Blatt 1 [REDACTED] Abteilung III unter laufender Nummer 5 eingetragene Hypothek von 40 000 DM übernehmen sollte. Maßgeblich ist allein die Pflicht zur Anzahlung von 50 000 DM.

Der Hinweis der Revision, die Stundung ergebe sich schon daraus, daß die Klägerin vordatierte Schecks an Erfüllungs

Statt angenommen habe, erweist sich ebenfalls als nicht stichhaltig. Zunächst hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, daß die Schecks an Erfüllung Statt angenommen worden sind. Im Zweifel werden sie allgemein nur erfüllungshalber entgegengenommen. Sodann ist zu beachten, daß die Vordatierung nur die Vorlegungsfrist verlängern soll (Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz 8. Aufl. Art. 28 Scheckgesetz Rdn. 2). Das Gesetz läßt die Vorlegung des Schecks bereits vor dem auf ihm angegebenen Ausstellungstag zu. Der Bezogene darf den Scheck einlösen und der Inhaber mangels Einlösung Rückgriff nehmen. Dem Aussteller bietet also die Vordatierung rechtlich keinen Vorteil. Den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ist entgegen der Revisionsrüge zu entnehmen, daß das Oberlandesgericht auch die Entgegennahme der vordatierten Schecks daraufhin geprüft hat, ob die Klägerin damit versprochen hat, sie wolle die Teilbeträge nicht vor den Ausstellungstagen, die in den Schecks angegeben sind, geltend machen. Es hat aber das Verhalten der Klägerin als Nachsicht gewertet, wie sich aus der Bemerkung Bl. 11 des Berufungsurteils ergibt, die Klägerin habe nach der Hinnahme ungedeckter Schecks "noch" 6 Monate Nachsicht geübt, bis sie den Brief vom 16. Juni 1961 an ihn gerichtet habe.

Den Briefwechsel der Parteien einschließlich der von der Revision angeführten Schreiben der Klägerin Bl. 10 ff, 40, 89 GA hat das Berufungsgericht gewürdigt und dahin ausgelegt (BU S. 10), daß die Klägerin nur Nachsicht und Entgegenkommen gezeigt hat. An diese Auslegung, die keinen Rechtsfehler erkennen läßt, ist das Revisionsgericht gebunden. Im Gegensatz zu der in der Revisionsbegründung vertretenen Auffassung können auch die Ausführungen des Berufungsurteils (S. 10) über die Mahnung nicht anders verstanden

werden, als daß die Klägerin dem Beklagten nur eine gewisse Geldbeschaffungsfrist eingeräumt hat (vgl. RG in HRRE 925 Nr. 1740; Soergel/Siebert, BGB 95. Aufl. § 454 Rdn. 5). Nach allem hat das Oberlandesgericht den § 454 zu Recht außer Anwendung gelassen.

3. Schließlich hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommen, daß die Klägerin die Nachfrist wirksam bestimmt hat. Es ist nicht unzulässig, die Nachfrist in der von der Klägerin im Schreiben vom 16. Juni 1961 gewählten Weise zu setzen. Das Verlangen, binnen zwei Wochen Bescheinigungen der Darlehensgeber beizubringen, ist im Grunde als ein weiteres Entgegenkommen der Klägerin gegenüber dem Geldgeber suchenden Beklagten zu werten. Der Beklagte brauchte dieser Forderung nicht zu entsprechen und tat es auch nicht. Keinesfalls berührte das Verlangen die Wirksamkeit der nach der nicht zu beanstandenden Auslegung des Berufungsgerichts unmißverständlich auf vier Wochen bemessenen Frist für die Leistung der Restanzzahlung von 40 000 DM.

Da das Berufungsgericht die Frist von vier Wochen irrtumsfrei als ausreichend erachtet und nur hilfsweise die Ansicht geäußert hat, durch Setzung einer zu kurzen Frist wäre jedenfalls eine angemessene Frist in Lauf gesetzt worden, ist für die Angriffe der Revision, soweit sie gegen die Hilferwägung des Oberlandesgerichts vorgetragen werden, kein Raum mehr.

Der Wirksamkeit der Fristbestimmung stehen ferner nicht Erklärungen der Klägerin selbst oder ihres Ehemanns und des Pflegers S. [REDACTED] entgegen. Unbegründet ist zunächst die Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe den Zeugen P. [REDACTED] nicht zu der Behauptung des Beklagten (Berufungsbegründung S. 6/7, Bl. 147/148 GA) vernommen, die Klägerin habe bald

nach Abschluß des Kaufvertrags und später wiederholt erklärt, sie bestände nicht auf der nach dem Vertrag zu entrichtenden Baranzahlung, dem Beklagten solle Zeit gelassen werden, das Geld für die Begleichung des Gesamtkaufpreises zu beschaffen. Das Oberlandesgericht hat diesen Beweisantritt nicht für erheblich gehalten, weil es in den angeblichen Erklärungen der Klägerin keine Stundungsbewilligung, sondern nur ein Entgegenkommen und eine Nachsicht erblickt hat (BU S. 16). Gegen diese Würdigung des Tatrichters sind rechtliche Bedenken um so weniger zu erheben, als der Beklagte im Rahmen des vorgenannten Beweisangebots auch vorgetragen hat, es sei der Klägerin verständlicherweise darum gegangen, daß das Geld so schnell wie möglich beschafft werden sollte, wörtlich sei die Äußerung gefallen: "Macht schnell, daß wir das Geld bekommen", und sich diese Äußerung mit der Annahme einer unbegrenzten Stundung schwerlich verträgt.

Das Oberlandesgericht hat ferner den Beklagten hinsichtlich seiner Behauptung, die Fristsetzung im Schreiben vom 16. Juni 1961 sei nachträglich durch Vereinbarung aufgehoben, für beweisfällig erklärt. Es ist insbesondere der Bekundung des Zeugen F. nicht gefolgt und hat seine wiederholte Vernehmung abgelehnt (§ 398 ZPO). Dabei durfte es nach seinem Ermessen handeln. Die Ausübung des Ermessens ist der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen. Für einen Mißbrauch des Ermessens ist nichts dargetan (vgl. OGHZ 1, 226, 227). Insbesondere folgt dies nicht aus der für die Ablehnung der nochmaligen Vernehmung F. gegebenen Begründung (BU S. 13), selbst wenn die Richtigkeit seiner Aussage unterstellt werde, sei doch davon auszugehen, daß der Zeuge mit der Klägerin nur im Rahmen seiner Tätigkeit als Bausparkassenvertreter und nicht als Vertreter des Beklagten verhandelt habe. Das Berufungsgericht hat sich diese von der Revision beanstandete

Meinung ersichtlich auf Grund der Bekundung F. über seine Tätigkeit für den Beklagten und den Anlaß seiner Vorsprache bei der Klägerin am 3. September 1961 (Bl. 67 R, 68 GA) gebildet. Demgegenüber geht der Hinweis der Revision fehl, die Klägerin habe den Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 31. Januar 1962 (S. 3, Bl. 25 GA) nicht bestritten, daß F. die Verhandlungen für den Beklagten geführt habe. In jenem Schriftsatz hat der Beklagte nämlich nur vorgebracht, er habe F. und P. beauftragt, die erforderlichen Finanzierungsverhandlungen zu führen. Die Unterredung mit der Klägerin am 3. September 1961 war aber keine Finanzierungsverhandlung. Das Berufungsgericht hat hiernach die §§ 138 Abs. 3, 286 ZPO nicht verletzt.

Das Oberlandesgericht hat die Behauptung des Beklagten, daß die Zeugen H. und S. Bevollmächtigte der Klägerin waren, als nicht bewiesen angesehen. Es kommt also nicht darauf an, ob und welche Erklärungen sie im Verlaufe von Unterredungen mit Bevollmächtigten des Beklagten abgegeben haben. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht die Vernehmung der Zeugen F. und P. zu der Behauptung des Beklagten abgelehnt, die Verhandlungen seien zusammen mit dem Zeugen H. geführt worden. Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß dies zutrifft, und gemeint, auch aus der Tatsache solcher Verhandlungen, selbst wenn sie größeren Umfang hatten, ergebe sich nicht zwingend, daß H. Vollmacht der Klägerin besaß. Die Ausführungen stellen eine aus Rechtsgründen nicht zu beanstandende tatrichterliche Würdigung dar.

Vergeblich wirft die Revision dem Berufungsgericht endlich vor, es habe verkannt, daß die Klägerin arglistig gehandelt habe. Das Oberlandesgericht hat festgestellt, daß

die Klägerin dem Beklagten keine Stundung bewilligt, aber lange Nachsicht geübt und durch monatelanges Warten die Möglichkeit zu Finanzierungsversuchen eröffnet hat, bis sie sich schließlich zur Wahrung ihrer eigenen Interessen einen anderen zahlungsfähigen Käufer suchte. Das Berufungsgericht hat hinzugefügt, daß der Beklagte mit einer solchen Entwicklung rechnen mußte. Wenn es angesichts dieser Umstände im Vorgehen des Zeugen A. [REDACTED] und in dem Verkauf der Grundstücke an Frau L. [REDACTED] keine Treuwidrigkeit der Klägerin erblickte, so ist darin ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen. Abgesehen davon, daß dem Beklagten nach dem fruchtlosen Ablauf der ihm gesetzten Zahlungsfrist ein Erfüllungsanspruch gegen die Klägerin nicht mehr zustand, war er nach Abschluß des Kaufvertrags in Vermögensverfall geraten, wie sich aus den gegen ihn in den Jahren 1961 und 1962 ergangenen Haftbefehlen sowie dem am 20. Juli 1962 geleisteten Offenbarungseid ergibt. Die Ansicht des Oberlandesgerichts, im Hinblick auf den Vermögensverfall sei der Klägerin nicht zuzumuten gewesen, am Vertrag festzuhalten, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

4. Steht der Klägerin nach alledem ein Anspruch auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen, d.h. der vom Rücktritt unberührt gebliebenen Auflassung (BayCblG in SeuffArch 67, 229) gegen den Beklagten zu (§ 346 BGB), so kann sie doch nicht wie bisher Rückauflassung vom Beklagten begehren. Eine solche Rückauflassung käme nur in Betracht, wenn das Eigentum auf die Klägerin als Veräußererin zurückübertragen werden sollte. Das wäre nur möglich, wenn der Beklagte bereits Eigentümer wäre (vgl. RGZ 108, 329, 336).

Im Hinblick hierauf ist nach Klarstellung des Klaghauptantrags der Beklagte zu verurteilen, in die Aufhebung der Auflassung nach den Verträgen vom 9. Dezember 1960/5. April 1961 einzuwilligen, und der Tenor des landgerichtlichen Urteils demgemäß zu fassen (RGZ 111, 98, 101).

C) I.

Den Hilfsantrag des Beklagten hält das Oberlandesgericht für unbegründet. Es hat dazu ausgeführt: Gegenüber dem Anspruch auf Rückgabe der angezahlten 10 000 DM habe die Klägerin bereits in der Klageschrift mit einer Forderung wegen Nutzungsentschädigung von monatlich 1 000 DM aufgerechnet. Der Beklagte bestreitet deren Angemessenheit. Da zur Entscheidung hierüber Beweis erhoben werden müßte, würde sich die Erledigung des Rechtsstreits dadurch verzögern. Der Beklagte habe den Anspruch auf Rückzahlung der 10 000 DM im ersten Rechtszug grob nachlässig nicht geltend gemacht und sei deshalb mit seinem Verteidigungsmittel nicht zugelassen.

Dasselbe gelte von seinem Vorbringen, ihm stehe auch eine Forderung auf Ersatz von Aufwendungen in Höhe von 39 796 DM zu. Die Verzögerung des Rechtsstreits wäre im Falle der Zulassung dieses ebenfalls grob nachlässig bisher unterlassenen Verlangens voraussichtlich besonders erheblich, da nicht nur der Anschaffungswert der Aufwendungen, sondern auch die Frage einer wirklichen Werterhöhung des Grundbesitzes geklärt werden müßte. Im übrigen treffe insoweit auch § 529 Abs. 3 ZPO zu.

II.

Die Revision greift die Ausführungen mit folgender Begründung an: Hinsichtlich der Anzahlung von 10 000 DM

bestehe nur insoweit Streit, als die Klägerin bereits in der Klageschrift aufgerechnet habe. Zum Nachweis der Angemessenheit habe sie Sachverständigenbeweis angeboten. Das Berufungsgericht hätte ohne weiteres im Wege prozeßleitender Verfügung nach Eingang der Berufungsbegründung die Einholung des Gutachtens anordnen können. Auch in der mündlichen Verhandlung vom 20. Dezember 1962 sei dazu noch Gelegenheit gewesen. Über das Zurückbehaltungsrecht hätte also wahrscheinlich sachlich entschieden werden können, ohne daß die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden wäre.

Dasselbe gelte auch insoweit, als der Beklagte sein Zurückbehaltungsrecht auf einen Anspruch auf Aufwandersatz von 39 796 DM stütze. Der Beklagte habe diese Forderung bereits mit Schriftsatz vom 14. Dezember 1962 im einzelnen substantiiert und auf Anordnung des Oberlandesgerichts vom 20. Dezember 1962 die einzelnen Rechnungsbelege vorgelegt.

III.

Auch diese Rüge hat keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum das Vorbringen des Beklagten zur Begründung des Hilfsantrags nicht zugelassen.

1. Das gilt zunächst für die Gegenforderung des Beklagten in Höhe von 10 000 DM (Anzahlung). Zwar ist der Revision zuzugeben, daß eine Verzögerung i.S. des § 529 Abs. 2 ZPO zu verneinen ist, wenn die Möglichkeiten des § 272 b ZPO zur Verfügung standen (vgl. BGH Urteil vom 11. November 1954 - III ZR 100/53; LM ZPO § 272 b Nr. 2). Eine solche Anordnung

setzt aber voraus, daß das Vorbringen, für das Beweis angeboten wird, vom Vorsitzenden oder dem von ihm zu bestimmenden Mitglied des Gerichts für erheblich befunden wird (vgl. BGH Urteil vom 15. Dezember 1956 - IV ZR 160/56; LM ZPO § 272 b Nr. 3). Insoweit ist folgendes zu bemerken:

Die Klägerin hat bereits in der Klageschrift fürsorglich gegen den Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der 10 000 DM mit einer Forderung auf angemessene Nutzungsschädigung, die angeblich mindestens 1 000 DM monatlich beträgt, aufgerechnet. Der Beklagte ist dieser Behauptung über die Angemessenheit der Mindestforderung im ersten Rechtszug nicht entgegengetreten und hat kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Damit ist er im zweiten Rechtszug hervorgetreten. Nachdem die Klägerin im Schriftsatz vom 10. Dezember 1962 (S. 8, Bl. 165 GA) demgegenüber auf ihre früher abgegebene Aufrechnungserklärung hingewiesen und hinzugefügt hatte, infolge der langen Nutzungszeit des Beklagten übersteige die Summe der Einzelforderungen von je 1 000 DM das Rückzahlungsverlangen des Beklagten bereits um weitere 14 000 DM, hat der Beklagte die Höhe der Vergütung von monatlich 1 000 DM bestritten, ohne auch nur den Rahmen anzugeben, in dem sich seiner Meinung nach der Vergütungsbetrag bewegen kann. Er hat der Klägerin einen Anspruch auf Entschädigung zuerkannt, aber gleichwohl die ungekürzte Rückzahlung von 10 000 DM gefordert. Damit wurde sein Vortrag zur Höhe seines Anspruchs unbestimmt, und somit auch das Beweisthema, zu dem ein Gutachter gehört werden sollte. Unter diesem Umstand kam eine Einholung eines Sachverständigengutachtens im Rahmen des § 272 b Nr. 2 ZPO nicht in Betracht.

2. Nicht zu beanstanden ist das Berufungsurteil ferner, soweit es das Vorbringen des Beklagten zum Zurückbehaltungsrecht in Höhe von weiteren 39 796 DM wegen Ersatzes von

Aufwendungen nach § 529 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen hat. Der Beklagte hat erstmals mit Schriftsatz vom 14. Dezember 1962 solchen Ersatz gefordert. Dabei hat er die Aufwendungen im einzelnen nicht bezeichnet, so daß weder der Klägerin eine nähere Stellungnahme noch dem Gericht eine Prüfung möglich war. Angesichts dieses unsubstantiierten Vorbringens hat das Gericht dem Beklagten in der Verhandlung vom 20. Dezember 1962 (Bl. 173 GA) aufgegeben, die behaupteten Aufwendungen zu substantiieren und weitere Beweise anzutreten insbesondere sämtliche Rechnungen vorzulegen. Erst mit Schriftsatz vom 22. Februar 1963, der am 25. Februar 1963 bei Gericht eingegangen ist, hat der Beklagte einen Ordner mit zahlreichen Rechnungen und Belegen vorgelegt. Abgesehen davon, daß dieses Verhalten gegen § 132 Abs. 1 ZPO verstieß, war der Klägerin bis zum letzten Verhandlungstermin vor dem Oberlandesgericht am 6. März 1962 und in dieser Verhandlung eine nähere Stellungnahme zu dem umfangreichen Vorbringen des Beklagten wiederum nicht möglich. Entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht konnte das Berufungsgericht nicht mehr im Wege prozeßleitender Verfügung nach § 272 b ZPO die Begutachtung durch einen Sachverständigen bis zum letzten Verhandlungstermin herbeiführen. In diesem Termin selbst war auch mit Hilfe eines Sachverständigen eine die sachliche Bescheidung ermöglichende Aufklärung der zahlreichen Posten in der Zusammenstellung der Aufwendungen nicht zu erwarten. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß dieses Vorbringen im ersten Rechtszug grob nachlässig unterblieben ist und seine Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits "voraussichtlich besonders erheblich" verzögern würde, erweist sich hiernach als unangreifbar.

IV.

Da die Überprüfung des angefochtenen Urteils auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten erkennen läßt, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Dr. Freitag

Offterdinger

Dr. Grell