

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: BGB §§ 326, 313, 125, 242

Rechtssatz:

- a) Hat ein Vertragsteil bei Schuldnerverzug des anderen Teils eine Nachfrist gemäß § 326 BGB gesetzt, so erlischt auch seine Verpflichtung zur Leistung bereits mit dem fruchtlosen Ablauf dieser Frist. Sein Recht, vom säumigen Vertragsteil im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs die Annahme seiner Leistung zu verlangen, bleibt jedoch unberührt. Bei formgebundenen Verträgen - hier Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks - kann die ursprüngliche Leistungspflicht nur unter Wahrung der Form - hier des § 313 BGB - wiederhergestellt werden (Bestätigung von RGZ 107, 345).
- b) Die Berufung auf den Mangel einer nur formlosen Vereinbarung, den ursprünglichen Vertrag wieder in Kraft zu setzen, kann auch hier nach allgemeinen Grundsätzen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen. Doch darf bei der Abwägung nach § 242 BGB die Vertragsuntreue des säumigen Teils nicht außer acht gelassen werden.

Aktenzeichen: V ZR 95/55
Urteil des BGH vom 9. Mai 1956

LG Kiel
OLG Schleswig

V ZR 95/55

Verkündet am 9. Mai 1956
Hoffmeister, Justizange-
stellter als Urkundsbe-
amter der Geschäftsstelle

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

des Rechtsbeistandes Otto O [REDACTED] in H [REDACTED],
Kreis R [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Maurer Albert O [REDACTED] in H [REDACTED],
O [REDACTED] Landstraße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Mai 1956 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Oechßler, Dr. Großmann, Dr. Spieler und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivil-
senats des Schleswig-Holsteinischen Ober-
landesgerichts in Schleswig vom 1. Februar
1955 wird auf Kosten des Klägers zurückge-
wiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer des im Grundbuch von H [REDACTED], Kreis R [REDACTED], Band [REDACTED] Blatt 414 eingetragenen Hausgrundstücks R [REDACTED] Straße [REDACTED] ebenda. Er hatte dieses Grundstück im Jahre 1936 durch Kauf- und Überlassungsvertrag von seinem Vater erworben; dabei hatte er sich verpflichtet, seinen Eltern auf Lebenszeit ein Altenteil in Gestalt freier Wohnung, Gartenbenutzung und einer Rente von 20 Reichsmark monatlich zu gewähren. Sein Vater war im Jahre 1940, seine Mutter im Jahre 1945 gestorben.

Durch notariellen Vertrag vom 24. Februar 1950 verkaufte der Beklagte - vertreten durch Makler M [REDACTED] - dieses Grundstück zum Preise von 6 499 DM an den Kläger, seinen Bruder. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm der Kläger die Hauszinssteuerablösungsschuld in Höhe von 499 DM. Er verpflichtete sich ferner, bis zum 1. März 1950 4 000 DM zu Händen des Notars bar zu bezahlen. Weitere 2 000 DM wurden gestundet und sollten hypothekarisch sichergestellt werden. Für die Übergabe war der 1. März 1950 vorgesehen. Gemäß § 4 des Vertrages war bestimmt, daß die Auflassung baldmöglichst nach dem 1. März 1950 und Zahlung der 4 000 DM erfolgen sollte, wozu der für den Beklagten handelnde Makler M [REDACTED] dem Kläger gleichzeitig Vollmacht erteilte.

Vom Barkaufpreis von 4 000 DM zahlte der Kläger am 30. März 1950 nur 2 000 DM. Da er den Rest weiterhin schuldig blieb, klagte der Beklagte diesen vor dem Amtsgericht Hohenwestedt ein. Der Kläger machte lediglich geltend, diese Forderung sei gestundet, erkannte dann aber den Klaganspruch an. Hierauf wurde er am 15. November 1950 zur Zahlung verurteilt. Das Urteil wurde rechtskräftig. Die Vollstreckung blieb ohne Erfolg.



Der Beklagte ließ dem Kläger alsdann durch Rechtsanwalt B. am 21. Juni 1951 "eine letzte Frist" von zwei Wochen zur Erfüllung des Kaufvertrages mit der Erklärung setzen, daß er nach deren Ablauf die Annahme des Kaufpreises ablehne. Am 20. September 1951 teilte Rechtsanwalt B. dem Kläger weiterhin mit, daß der Beklagte nicht mehr verpflichtet sei, ihm das Eigentum am Grundstück zu verschaffen, und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlange. Darauf erschien der Kläger am 25. September 1951 in der Kanzlei des genannten Rechtsanwalts, zahlte 1 000 DM und erbot sich, den Rest von 1 000 DM bis zum 1. November 1951 zu zahlen. Rechtsanwalt B. erklärte, zum Zahlungsempfang für den Beklagten nicht mehr berechtigt zu sein, bei diesem aber anfragen zu wollen, ob er die Zahlung noch annehmen werde. Der Beklagte lehnte dies ab. Er hatte inzwischen im April 1951 dem Kläger das nach dem Kaufvertrage gestundete Restkaufgeld von 2 000 DM gekündigt, weil er keine Zinsen gezahlt habe.

Nunmehr beauftragte der Beklagte den später verstorbenen Makler W. in H. mit der Vermittlung eines anderweiten Verkaufs. Dieser verhandelte seit Herbst 1952 erneut mit dem Kläger über eine Veräußerung des Grundstücks an ihn. Am 10. Januar 1953 schrieb er dem Kläger wie folgt:

"Unserer letzten fernmündlichen Unterredung entsprechend wollten Sie am Tage nach der Besprechung DM 2.000.-- und die Restzahlung 'kurz nach Neujahr' leisten. Es ist bisher bei mir keine Zahlung eingegangen. Da schon wiederholt Zusagen Ihrerseits nicht erfüllt worden sind, bedaure ich, Zweifel zu haben, daß Sie meinem Zugeständnis, Restzahlung bis Ende Januar 1953 zu leisten, entsprechen werden.

Seit Oktober 1952 ist der Kaufabschluß von Ihnen verzögert worden. Ich kann, ohne für den Verkauf

des Grundstücks etwas zu unternehmen, Ihren Bruder nicht weiter hinhalten lassen und werde deshalb anderweit Verkaufsverhandlungen aufnehmen. Sollte ich vor Ende Januar 1953 einen Abschluß tätigen können - die Möglichkeit besteht durchaus-, so müssen Sie damit rechnen, daß Ihnen das günstige Objekt entgeht, wenn Sie nicht unverzüglich Vollzahlung leisten. Der Verrechnungstag würde infolge der Verzögerung der 31.12.1952 statt des 1.3.1950 sein müssen.

Mir wäre es ebenso angenehm, wenn Sie selber zum Vertragsabschluß nach hier kommen würden. Meine Bevollmächtigung kostet schließlich ebenso viel als die Rückfahrkarte mit dem Bus."

Nachdem der Kläger keine Zahlung geleistet hatte, verkaufte der Beklagte das Grundstück am 22. Oktober 1953 an seinen anderen Bruder Hermann O. Drei Tage später hinterlegte der Kläger beim Amtsgericht Hohenwestedt 2 000 DM für den Beklagten. Am 26. Oktober 1953 erwirkte er bei diesem Gericht eine einstweilige Verfügung gegen den Beklagten, durch welche die Eintragung einer Auflassungsvormerkung im Grundbuche angeordnet wurde.

Der Kläger hat sodann auf Verurteilung des Beklagten zur Auflassung des Grundstücks geklagt.

In der Klageschrift hat er zur Begründung vorgetragen, den baren Kaufpreis habe er mit 2 000 DM in bar bezahlt und mit 2 000 DM hinterlegt. Im Laufe des ersten Rechtszuges hat er die Voraussetzungen des § 326 BGB mit folgendem Vortrag bestritten: Der Beklagte sei den Eltern gegenüber seiner Altenteilsverpflichtungen nicht nachgekommen. An seiner Stelle habe er (Kläger) die Eltern unterhalten und dafür erhebliche Beträge aufgewandt. Er habe dem Beklagten deshalb Aufrechnung angekündigt und sich schließlich mit ihm über den Makler W. geeinigt, daß ihm 2 000 DM dafür angerechnet würden.

Der Beklagte hat mit dem von Anwalt zu Anwalt zugestellten Schriftsatz vom 9. Januar 1954 den Antrag angekündigt, die Klage abzuweisen, und widerklagend, den Kläger zu verurteilen, die Löschung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen. In der mündlichen Verhandlung hat er indessen nur den Klagabweisungsantrag gestellt.

Er hat bestritten, daß dem Kläger Ansprüche zuständen, mit denen er aufrechnen könne. Das hat er schon daraus gefolgert, daß der Kläger weder bei Abschluß des Kaufvertrages noch im Rechtsstreit vor dem Amtsgericht davon etwas erwähnt habe. Er hat auch den Sachvortrag des Klägers über die Berechtigung seiner Gegenforderung bestritten und geltendgemacht, eine solche würde im Verhältnis 10:1 umgestellt sein und niemals 2 000 DM ergeben können. Er hat es ferner als unwahr bezeichnet, daß er sich mit einer solchen Verrechnung einverstanden erklärt habe, und vorge tragen, der Makler W. [REDACTED] sei jedenfalls zu einer entsprechenden Einverständniserklärung nicht ermächtigt gewesen. Er hat weiter geltend gemacht, W. [REDACTED] habe zwar über den Abschluß eines neuen Kaufvertrages mit dem Kläger Verhandlungen geführt, die aber gescheitert seien. Es sei wohl zu einem Vertragsentwurf gekommen, in dem aber von Barzahlung des gesamten Kaufpreises die Rede sei. Die vermeintlichen Aufrechnungsansprüche habe der Kläger dabei nicht geltendgemacht. Auch sei es zur Beurkundung des neuen Vertrags nicht gekommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Mit der Berufung hat der Kläger seinen Klagantrag weiterverfolgt. Unter Wiederholung seines bisherigen

Vortrags hat er weiter behauptet: Im Kaufvertrage vom 24. Februar 1950 hätten die Parteien vereinbart, daß er (Kläger) den baren Kaufpreis erst hätte zahlen sollen, nachdem ihm ein Aufbaudarlehen bewilligt worden sei. Im Rechtsstreit vor dem Amtsgericht habe er nicht aufrechnen können, weil er seine Gegenforderung damals dem Beklagten gestundet gehabt habe. Die Forderung für die Unterhaltsgewährung an seine Mutter betrage 2 570 DM, da er eine Umstellung im Verhältnis 1:1 gemäß § 18 Abs 1 Nr 3 UmstG mit Rücksicht auf die nahen persönlichen Beziehungen in Anspruch nehme. Nach seiner Verurteilung durch das Amtsgericht habe er sich an die Stundungsvereinbarung nicht mehr gebunden gefühlt. Auf die Fristsetzung durch Rechtsanwalt B. am 21. Juni 1951 habe er deshalb mit Brief vom 23. Juni 1951 mit seiner Gegenforderung aufgerechnet. Somit habe er sich nicht im Verzug befunden, als der Beklagte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt habe. Der Beklagte sei sich auch der Aufrechnungsbefugnis bewußt gewesen. Denn er (Kläger) habe schon im November 1945 mit der Ehefrau des Beklagten vereinbart, daß seine Aufwendungen für die Mutter aus dem Erlös des Grundstückes beglichen werden sollten, sobald es der Beklagte verkaufe.

Der Beklagte hat den Antrag, die Berufung zurückzuweisen, unter Wiederholung seines bisherigen Vortrags begründet und ergänzend geltendgemacht: Eine Aufrechnungserklärung des Klägers habe er nicht erhalten. Nach dem Kaufvertrage vom 24. Februar 1950 habe der Kläger garnicht aufrechnen dürfen. Seine angebliche Gegenforderung sei damals auch schon verjährt gewesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger den Erfolg seiner Klage, während der Beklagte das Rechtsmittel zurückgewiesen haben will.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß sich der Kläger mit seiner Zahlungsverpflichtung als Käufer wegen eines Teilbetrages von 2 000 DM seit dem 1. März 1950 und auch dann noch, als der Beklagte ihm am 21. Juni 1951 eine Nachfrist gemäß § 326 BGB setzen ließ, im Schuldnerverzug befand. Es hält den Beklagten wegen des Verzuges des Klägers mit dieser Teilleistung für berechtigt, sich des Beihilfes des § 326 BGB wegen des ganzen Vertrages zu bedienen. Zur Begründung verweist es auf den Wegfall des Interesses des Beklagten an der weiteren Erfüllung des Vertrages hinsichtlich der gestundeten und daher noch nicht fälligen weiteren Zahlungsverpflichtung des Klägers mit Rücksicht auf seine unteilbare Gegenverpflichtung zur Übereignung des Grundstückes. Den späteren Verhandlungen unter Vermittlung des Maklers W. [REDACTED] mißt es nur die Bedeutung bei, daß der Beklagte ein neues Interesse an einem Kaufvertrage mit dem Kläger gewonnen haben könnte, nicht aber, daß diese Interessenlage schon am 20. September 1951 bestanden habe (als der Beklagte die Folgerung aus dem fruchtlosen Verstreichen der Nachfrist zog). Demgemäß verneint es den Auflassungsanspruch des Klägers.

Weiterhin hält es eine Vereinbarung der Parteien vom Herbst 1952 nicht für erwiesen, wonach dem Kläger wegen Aufwendungen für die Mutter der Parteien 2 000 DM auf den Kaufpreis hätten gutgebracht werden sollen. Eine

etwaige Vereinbarung dieser Art sieht es aber auch wegen Formmangels für nichtig an. Im Anschluß an RGZ 107, 345 will es in einer solchen Abmachung inhaltlich den Abschluß eines neuen Kaufvertrages erblicken, weil sie erst nach Ablauf der Nachfrist des § 326 BGB und dem Verlangen des Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages getroffen worden wäre und der Form des § 313 BGB bedurft hätte.

Das Berufungsgericht sieht weiterhin die Behauptung des Klägers, schon am 23. Juni 1951 gegenüber dem Kaufpreisanspruch des Beklagten aufgerechnet zu haben, als nicht erheblich an. Die Vereinbarung der Parteien in § 3 Nr 2 des Kaufvertrages vom 24. Februar 1950, daß der Kläger 4 000 DM bis zum 1. März 1950 in bar zu Händen des Notars zu zahlen habe, und der weiteren Abrede gemäß § 4, daß die Auflassung des Grundstücks baldmöglichst nach dem 1. März 1950 und nach Zahlung der 4 000 DM erfolgen solle und daß der Verkäufer den Käufer bevollmächtige, die Auflassung vorzunehmen, entnimmt es den Ausschluß der Aufrechnungsbefugnis. Außerdem sieht es als nicht erwiesen an, daß überhaupt eine solche Aufrechnungserklärung des Klägers zur Post gegeben und dem Beklagten zugegangen sei.

II.

Die Revision rügt die Verletzung der §§ 313, 326, 387 ff BGB sowie des sonstigen materiellen Rechts und erhebt Verfahrensrügen aus §§ 139, 286 ZPO.

III.

Unabhängig von den Rügen der Revision begegnet die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe sich seit dem 1. März 1950 und insbesondere noch zur Zeit der Fristsetzung nach § 326 BGB seitens des Beklagten am 21. Juni 1951 in Schuldnerverzug befunden, keinen rechtlichen Bedenken. Selbst wenn man dabei der Ansicht des Klägers folgen wollte, er habe damals einen Gegenanspruch von mehr als 2 000 DM gegen den Beklagten gehabt, ergibt sein eigener Vortrag, daß er mit diesem zur Aufrechnung nicht befugt war. Denn der Kläger hat selbst vorgetragen, im Rechtsstreit vor dem Amtsgericht wegen der Kaufpreisrate von 2 000 DM zur Aufrechnung nicht in der Lage gewesen zu sein, weil er seine Gegenforderung dem Beklagten gestundet habe. Bestand deshalb damals keine Aufrechnungslage gemäß § 387 BGB, so war der Beklagte nicht gehindert, seine fällige Kaufpreisteilforderung einzuklagen. Es ist unschlüssig, wann nunmehr der Kläger aus seiner Verurteilung durch das Amtsgericht (noch dazu nach seinem Anerkenntnis) eine Befugnis zur Aufrechnung herleiten will. Im übrigen stellt das Berufungsgericht in einer den Senat bindenden Auslegung des Individualvertrags der Parteien fest, diese hätten den Ausschluß einer Aufrechnung durch den Kläger vereinbart. Die Revision erhebt hiergegen auch keine Verfahrensrüge. Schon aus diesem Grunde stand dem Beklagten nichts entgegen, im September 1951 aus dem Verzug des Klägers Rechte gemäß § 326 BGB herzuleiten. Es braucht deshalb nicht noch darauf eingegangen zu werden, daß das Berufungsgericht die Abgabe einer Aufrechnungserklärung durch den Kläger als nicht erwiesen ansieht, ganz abgesehen von der offen gelassenen Frage, ob der Gegenanspruch des Klägers dem Grunde und - insbesondere auch mit Rücksicht auf das Umstellungsverhältnis - der Höhe nach besteht.

Mit Recht läßt sich auch das Berufungsgericht von der Feststellung des Zahlungsverzugs des Klägers nicht durch dessen Behauptung abhalten, er habe vereinbarungsgemäß erst nach Bewilligung eines Aufbaudarlehens zahlen sollen. Dieser nicht unter Beweis gestellte Vortrag widerspricht dem Inhalt des notariellen Protokolls vom 24. Februar 1950. Eine solche Abänderung des Kaufvertrags würde mangels Wahrung der Form des § 313 BGB nichtig sein. Die Revision erhebt wegen Nichtbeachtung dieses Vorbringens auch keine Rüge.

IV.

Die Revision wendet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, bereits mit fruchtlosem Ablauf der Nachfrist vom 21. Juni 1951 sei die Verpflichtung des Beklagten erloschen, dem Kläger das Kaufgrundstück aufzulassen. Sie beruft sich auf die Übereinstimmung von Rechtsprechung und Schrifttum, daß die Parteien eines Kaufvertrags im Falle des § 326 BGB auf den Erfüllungsanspruch durch - auch stillschweigende - Vereinbarung zurückkommen könnten. In dieser Beziehung verweist sie auf die Verhandlungen des Maklers W. mit dem Kläger und das von diesem behauptete Ergebnis, sowie auf die entsprechende Aussage des Zeugen Wu., was das Berufungsgericht unter Verletzung von § 286 ZPO nicht beachte. Die Revision rügt weiter, zu Unrecht unterstelle das Berufungsgericht eine solche, den alten Vertrag aufrechterhaltende Vereinbarung dem Formzwang des § 313 BGB. Die von ihm angeführte Auffassung des Reichsgerichts (RGZ 107, 345) hält sie für unzutreffend. Aus HRR 1931 Nr 204 will sie den Grundsatz herleiten, erst der Rücktritt nach Ablauf der Frist des § 326 BGB beseitige die Erfüllungsansprüche aus dem Verträge. Hier habe der Beklagte, so meint

sie weiter, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und damit den Anspruch auf Abnahme des Grundstücks nicht ausgeschlossen. Der Beklagte sei berechtigt gewesen, seinen Schaden derart geltend zu machen, daß er die ihm obliegende Leistung dem Kläger anbiete und Schadensersatz für dessen nicht erbrachte Leistung fordere. Handele der Verkäufer eines Grundstücks nach Ablauf der Nachfrist dementsprechend, so bleibe damit auch der Anspruch des Käufers auf Übereignung des Grundstücks erhalten. Der Verkäufer könne zwar vom Schadensersatzanspruch zum Rücktritt vom Vertrage übergehen, was hier nicht geschehen sei, und damit seine Übereignungspflicht zum Erlöschen bringen. Für die Annahme aber, er könne auch ohne solchen Rücktritt von seiner zunächst bestehen gebliebenen Verpflichtung aus dem Vertrage freiwerden, fehle es im Gesetz an jedem Anhalt.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Zwar steht es in der Macht der Vertragsteile, einen Vertrag auch nach Ausübung der Rechte aus § 326 BGB. und nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist als fortbestehend zu behandeln. Ein dahingehender Wille kann auch durch stillschweigendes Verhalten zum Ausdruck kommen. Insbesondere können in dieser Hinsicht Handlungen des Berechtigten gedeutet werden, die vom anderen Teil als Ausdruck des Willens aufgefaßt werden müßten, am Vertrage festzuhalten. Indessen erleidet dieser Grundsatz, da es sich in Wahrheit um die Neubegründung (Wiederbegründung) einer Verbindlichkeit handelt, dann eine Ausnahme, wenn der Vertrag formgebunden ist, wie dies hier für die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung gemäß § 313 BGB zutrifft. Der V. Zivilsenat des Reichsgerichts

hat zwar in JW 1908, 479 nebenbei erwähnt, bei einem Grundstückskaufvertrag sei ein Verzicht auf den Rücktritt formlos zulässig, wenn er zwar nach Ablauf der Nachfrist des § 326 BGB, aber vor Erklärung des Rücktritts ausgesprochen werde, während er unter Bezugnahme auf RGZ 66, 430 [432] für den nachträglichen Verzicht (nach Erklärung des Rücktritts) die Wahrung der Form des § 313 BGB gefordert hat. In RGZ 107, 345 hat dann der V. Zivilsenat des Reichsgerichts im Anschluß an RGZ 53, 70 [72] darauf hingewiesen, daß bereits der ergebnislose Ablauf der Frist aus § 326 BGB den Anspruch auf Erfüllung des Vertrages aufhebt (aaO S 347). Weiterhin hat er ausgeführt, das spätere Verhalten des einen Vertragsteils, der die Frist gemäß dieser Vorschrift gesetzt habe, könne nach § 242 BGB unter Umständen als Festhalten am Vertrag aufgefaßt werden, in der eine Wiederherstellung der beseitigten Verpflichtungen zur Vertragserfüllung erblickt werden könnte (aaO S 348). Bei einem Grundstückskaufvertrag hat er dabei aber die Wahrung der Form des § 313 BGB auch für eine solche nachträgliche Vereinbarung gefordert und deshalb einer stillschweigenden Neubegründung der Verpflichtung zur Grundstücksübergabe die Wirkung versagt (aaO S 349). Diese Meinung hat das Reichsgericht auch im Urteil vom 2. Februar 1924 - V 347/23 - (SeuffA 78, 296, angeführt in BGB RGRK, 10. Aufl § 313 Anm 2 S 591 unten, mit dem Leitsatz wiedergegeben im Nachschlagewerk des Reichsgerichts, Nr 250 zu BGB § 313) vertreten. Dort hat es den Grundsatz ausgesprochen, bei einem Grundstücksveräußerungsvertrage bedürfe die Einigung der Parteien auf Vertragserfüllung, wenn sie nach Ablauf der gemäß § 326 BGB (zur Kaufpreiszahlung) gesetzten Frist erfolge, der Form des § 313 BGB. Soweit die Entscheidung JW 1908, 479 nach Fristablauf, aber vor der Rücktrittserklärung einen

formlosen Verzicht auf den Rücktritt für zulässig hält, hat derselbe Senat diesen Standpunkt nicht aufrechterhalten. Seine Auffassung (RGZ 107, 345) hat der V. Zivilsenat auch im Urteil vom 7. November 1925 (JR 1926 Nr 369) bestätigt. Der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts hat sich ihr im Urteil vom 20. November 1930 - VI 243/30 (HRR 1931 Nr 204 - Nachschlagewerk des Reichsgerichts, Nr 363 zu BGB § 313) angeschlossen. Er hat ebenfalls bereits auf den fruchtlosen Ablauf der Nachfrist des § 326 BGB und nicht auf die Rücktrittserklärung abgestellt (der Leitsatz im Nachschlagewerk gibt den Inhalt der Entscheidungsgründe nicht völlig zutreffend wieder) und ausdrücklich auf RGZ 107, 345 ³⁴⁹⁷ Bezug genommen. Die Revision kann deshalb diese Entscheidung gerade nicht zur Stützung ihrer Ansicht anführen. Auch die Ausführungen von Schumann (Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege Bd 45 S 361) stehen der Auffassung des Reichsgerichts nicht entgegen, wie Soergel, 8. Aufl, § 326 Anm B VI 2 S 882 annimmt. Schumann wendet sich im wesentlichen nur dagegen, daß das Reichsgericht einen nachträglichen Verzicht auf das Rücktrittsrecht unter Umständen die Wirkung beilege, den alten Vertrag wieder herzustellen, während es doch selbst die Ansicht vertrete, bereits der fruchtlose Ablauf der Nachfrist des § 326 BGB bringe die Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages (hier der Grundstücksübereignung) zum Erlöschen. Abgesehen davon, daß sich diese Ausführungen des Reichsgerichts in RGZ 107, 348 auf die Wiedergabe älterer Entscheidungen bezieht und eine Würdigung unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB betrifft, läßt Schumanns abschließender Satz erkennen, daß auch er dem Verzicht auf den Rücktritt im Falle des § 326 BGB jede Wirkung absprechen will gleichgültig, ob er vor oder nach Erklärung des Rücktritts ausgesprochen wird, wenn eben das betreffen-

de Rechtsgeschäft (wie hier gemäß § 313 BGB) formgebunden ist.

Das Schrifttum ist dieser Auffassung des Reichsgerichts durchweg beigetreten (BGB RGRK, 10. Aufl, § 313 Anm 2 S 591 unten; § 326 Anm 3; Erman, § 326 Anm 9 a; Palandt, 15. Aufl, § 326 Anm 7 a, 8; Planck, 4. Aufl, § 326 Anm 2 e S 396; Soergel, 8. Aufl, § 326 Anm B VI 2 S 882; Staudinger, 9. Aufl, § 326 Anm B I 3 c, bb S 527; vgl auch Oertmann, 5. Aufl, § 326 Anm 7, der die Abwendung des Rücktrittsrechts nach Ablauf der Nachfrist nur durch besonderen Vertrag mit der Begründung für möglich hält, der Anspruch auf Erfüllung sei mit Ablauf der Frist ausgeschlossen).

Der Angriff der Revision gegen diese Auffassung berücksichtigt nicht die besondere Gestaltung der Rechtslage, die sich aus dem fruchtlosen Ablauf der Nachfrist gemäß § 326 BGB ergibt. Diese wird in BGB RGRK, 10. Aufl § 325 Anm 1 a sowohl für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung aus einem von ihrem Schuldner zu vertretenden Umstand wie für den Fall des Verzuges (vgl aaO S 616 unten) eingehend dargelegt. Der Austauschtheorie (Planck, 3. Aufl, § 325 Anm 1 a; Oertmann, BGB 5. Aufl § 325 Anm 1 b) steht die Differenztheorie gegenüber, der vom Kommentar der Reichsgerichtsräte aaO der Vorzug gegeben wird und die auch vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten wurde (vgl die Nachweisungen BGB RGRK, aaO S 617, insbesondere RGZ 50, 255 [262 ff]; 127, 245 [248]; 149, 135 [136]; ferner Oertmann aaO S 282 oben, der selbst die Austauschtheorie vertritt; Planck-Siber, 4. Aufl, § 325 Anm 1 a; Palandt, 15. Aufl, § 325 Anm 3 und Staudinger, 9. Aufl, Vorbem A, AA, III 1 vor §§ 323-327). Die Differenztheorie

unterliegt dabei der Abwandlung, daß der Ersatzberechtig-
te - von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall abge-
sehen, daß er seine Leistung bereits erbracht hat - die
Wahl hat, in welcher Weise er seinen Schadensersatzan-
spruch verfolgen will (abgeschwächte Differenztheorie
nach Staudinger aaO). Er kann ^{entweder} nur den Schaden ersetzt
verlangen, den er dadurch erleidet, daß der Austausch der
beiderseitigen Leistungen nicht durchgeführt wird. Er ist
aber auch berechtigt, wenn er Interesse hat, sich seines
Leistungsgegenstandes zu entledigen, seine Vertragsver-
pflichtung zu erbringen und Ersatz für die ausgebliebene,
ihm geschuldete Leistung zu fordern (RGZ 96, 20 [22];
BGB RGRK aaO S. 617; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuld-
verhältnisse, 14. Bearb., § 53 IV 1 und 2 insbes. S. 222/3;
Palandt, aaO; Staudinger aaO; Planck aaO S. 380; vgl. auch
Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentags, Kipp I, 249
ff; Strohal IV, 112 ff). Von dieser Gestaltung der Rechts-
lage geht zwar auch die Revision aus. Rechtsirrig ist es
aber, wenn sie diesem Recht des Ersatzberechtigten auch
seine Pflicht gegenüberstellt, seine Leistung zu erbrin-
gen. Denn aus dem Wesen der Differenztheorie folgt, daß
die Leistungspflicht des Ersatzberechtigten entfällt. Zu
Unrecht glaubt daher die Revision, aus den Rechtsgrundsätzen,
die Rechtsprechung und Schrifttum zu § 325 BGB herausgebil-
det haben, Gesichtspunkte gegen die Gültigkeit der Rechts-
auffassung des Reichsgerichts zu § 326 BGB herleiten zu
können. Ihr kann auch darin nicht zugestimmt werden,
für die Auffassung des Reichsgerichts fehle jeder Anhalt
im Gesetz. Demgegenüber ist auf § 326 Abs. 1 Satz 2, Halb-
satz 2 BGB zu verweisen, wonach der Anspruch auf Erfül-
lung ausgeschlossen ist. Gewiß betrifft diese Vorschrift
die Verpflichtung des säumigen Vertragsteils. Da aber bei
einem gegenseitigen Vertrag die beiderseitigen Verpflich-

tungen in engem Zusammenhang stehen, entspricht es nur dieser Vorschrift, wenn aus dem Untergang der einen Verbindlichkeit auch das Erlöschen der gegenüberstehenden abgeleitet wird.

Der Senat schließt sich der Ansicht des Reichsgerichts an, daß bereits der Ablauf der Nachfrist des § 326 BGB bei einem formgebundenen Rechtsgeschäft die Folge hat, daß dieses nur unter Wahrung der vorgeschriebenen Form wieder hergestellt werden kann. Nur dieses Ergebnis dient der Rechtssicherheit des Verkehrs. Soweit diese Auffassung mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalles zu einer zu starken Betonung der Formenstrenge führt, kann § 242 BGB durch den Gesichtspunkt unzulässiger Rechtsausübung Abhilfe gewähren, wenn sonst die Voraussetzungen für seine Zulassung gegeben sind. Dieser Gesichtspunkt hatte zwar bei Erlaß der Entscheidung vom 14. Juli 1923 (RGZ 107, 345 [348/9] angesichts der damaligen Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage des Scheiterns der Berufung auf den Formmangel an der Einrede der allgemeinen Arglist geringere Bedeutung, hat nunmehr aber in Weiterentwicklung der späteren Auffassung des Reichsgericht (vgl. z.B. schon RGZ 107, 357, alsdann insbesondere RGZ 117, 121; 153, 59; 169, 65 [72]; 170, 203) immer größeres Gewicht erlangt (vgl. OGHZ 1, 217; BGHZ 12, 286 [303/304]; 16, 334 [336/337]). Eine solche unzulässige Rechtsausübung seitens der Beklagten liegt hier selbst nach dem Sachverhalt, den der Kläger dem Tatrichter vorgetragen hat, nicht vor. Insbesondere kann daraus, daß sich der Beklagte in neue Verhandlungen mit dem Kläger eingelassen hat, und daß er den gestundeten Kaufpreisteil gekündigt hatte, bevor er die Nachfrist des § 326 BGB gesetzt hat, nicht das Gegenteil hergeleitet werden. Das gilt selbst dann, wenn die vom Kläger behauptete Verrechnungs-

vereinbarung formlos zustandegekommen sein sollte. Auch die nahen verwandtschaftlichen Beziehungen der Parteien rechtfertigen allein oder in Verbindung mit den übrigen Umständen keine andere Beurteilung. Eine allgemeine Preisgabe des Grundsatzes aber, die vom Gesetz erforderten Vertragsformen zu wahren, kann dagegen nicht gebilligt werden. Insbesondere darf nicht übersehen werden, daß gerade im Falle des § 326 BGB der säumige Teil durch seine Vertragsuntreue die Beziehungen der Parteien gestört hat.

Der vorstehend gebilligten Auffassung steht auch nicht etwa die Ansicht des Reichsgerichts zur Formwahrung bei Vorvertrag und Hauptvertrag (RGZ 169, 185) entgegen. Diese betrifft zunächst gerade den umgekehrten Fall, d.h. die Heilung des formlos geschlossenen Vorvertrages (eines Pachtvertrages mit dem Angebot des Verkaufs eines Grundstückes) durch die formgerechte Abgabe des Verkaufsangebotes. Im übrigen liegt bei dem Vorvertrag die Rechtslage völlig anders als im Falle des § 326 BGB. Denn der Vorvertrag zielt ja auf Abschluß des Hauptvertrages, während der fruchtlose Ablauf der Nachfrist des § 326 BGB den Anspruch auf Erfüllung aufhebt.

Das Berufungsgericht zieht somit aus dem fruchtlosen Ablauf der dem Kläger gesetzten Nachfrist frei von Rechtsirrtum den Schluß, daß dessen Anspruch auf Auflassung des Kaufgrundstücks untergegangen ist.

V.

Bei dieser Sachlage sind die weiteren Rügen der Revision, welche die Beurteilung des Verhaltens des Beklagten nach seiner Erklärung vom 20. September 1951 betreffen,

gegenstandslos. Denn insoweit würde der Auflassungsanspruch des Klägers schon daran scheitern, daß sich der Beklagte zur Übereignung des Grundstücks nicht in der Form des § 313 BGB verpflichtet hat. So wäre es unerheblich, wenn der Beklagte im Anschluß an die Verhandlungen im Herbst und Winter 1952/53 bis zur Hinterlegung (nicht Zahlung) der 2 000 DM am 25. Oktober 1953 nicht erklärt haben sollte, keine Übereignung des Grundstücks mehr zu wollen. Es bedurfte hier auch keiner neuen Fristsetzung gemäß § 326 BGB, weil eine Bindung des Beklagten schon seit Sommer 1951 nicht mehr bestand. Ebenso kann der Revision darin nicht gefolgt werden, daß es unerheblich für die Rechtslage sei, wenn der Makler W. [REDACTED] entsprechend seinem Brief vom 10. Januar 1953 den Abschluß eines neuen Vertrages gewünscht hätte. Schließlich käme auch einer Vereinbarung im Herbst 1952 keine Bedeutung zu, daß auf den Kaufpreis 2 000 DM im Wege der Verrechnung gutgebracht werden sollten. Ohne Rechtsirrtum verweist das Berufungsgericht hierzu auf die in diesem Zeitpunkt gemäß § 313 fehlende Verpflichtung des Beklagten, das Grundstück dem Kläger zu übereignen. Die betreffs des Zustandekommens einer solchen Vereinbarung erhobene Verfahrensrüge ist überdies unbegründet. Indem das Berufungsgericht hier der Würdigung des Landgerichts folgt, spricht es eindeutig aus, daß es eine solche Vereinbarung nicht als erwiesen ansieht. Das wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß an dieser Stelle der Urteilsgründe ersichtlich eine Zeile ausgefallen ist. Ein Verfahrensverstoß bei der Würdigung der Aussage des Zeugen Wu. [REDACTED] liegt nicht vor, weil dieser über die Bevollmächtigung des Maklers W. [REDACTED] durch den Beklagten keine sicheren Angaben gemacht, sondern nur eine Annahme geäußert hat. Daß der Beklagte eine solche Vollmacht bestritten hat, ist im Tatbestand des angefochtenen Urteils (S 4) ausdrücklich angegeben. Schon

deshalb fehlt der Rüge aus § 139 ZPO hierzu die Grundlage, wenn die Revision ausführt, für ein solches Bestreiten ergebe der Tatbestand des Berufungsurteils nichts.

VI.

Der Revision kann auch nicht wegen eines Teils der Kosten des ersten Rechtszuges Erfolg beschieden sein. Durch die Zustellung des Schriftsatzes des Beklagten vom 9. Januar 1954 von Anwalt zu Anwalt ist zwar die angekündigte Widerklage rechtshängig geworden (§§ 281, 198 ZPO), ohne daß es auf die Stellung des Widerklagantrages in der mündlichen Verhandlung ankam. Der Beklagte hat die Widerklage nicht ausdrücklich zurückgenommen. Indem aber das Landgericht kein Teilurteil fällte, sondern unter gleichzeitiger Kostenentscheidung den gesamten Prozeßstoff erledigen wollte, hat es zum Ausdruck gebracht, in der beschränkten Antragstellung des Beklagten eine Rücknahme der Widerklage zu erblicken. Die Parteien haben demgegenüber im zweiten Rechtszuge keine andere Auffassung vorgebracht, so daß ihr Einverständnis zu unterstellen ist. Insoweit würde den Beklagten nach § 271 Abs 3 ein Teil der Kostenlast treffen. Da aber dem Widerklagantrag als Spiegelbild eines Teils des Klagantrags kostenrechtlich keine besondere Bedeutung zukommt, ist nicht zu beanstanden, daß das Landgericht dem Kläger alle Kosten auferlegt hat.

VII.

Demgemäß ist die Revision mit der Kostenfolge des
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. Oechßler

Dr. Großmann

Dr. Spieler

Dr. Dorschel