

Verkündet
am 1. Oktober 1959
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Heinrich M., He.
b. H. i. W., Hostraße,

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Witwe Karoline Höp., He. b. H. i. W., Ham
Straße,

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. September 1959 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Scheffler, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Ur-
teil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Hamm vom 13. Mai 1958 aufgehoben, soweit die
Klage abgewiesen worden ist, sowie im Kosten-
punkt. In diesem Umfange wird die Sache zur neuen
Verhandlung und Entscheidung, auch über die Ko-
sten der Revision, an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im März 1954 vereinbarten die Parteien schriftlich, daß der Kläger der Beklagten für deren Gastwirtschaft eine Kegelbahn zum Preise von 15.000,-- DM bauen sollte. 12.000,-- DM waren nach der Fertigstellung, 3.000,-- DM in jährlichen Raten von 500,-- DM zu zahlen. Die Parteien, die sich von Jugend an kennen, waren sich darüber klar, daß der Beklagten keine eigenen Geldmittel zur Verfügung standen.

Noch im März 1954 begann der Kläger mit den Umbauarbeiten in den Kellerräumen. Bald jedoch kamen die Parteien überein, den für die Kegelbahn erforderlichen Anbau größer zu bauen. Wegen der Bezahlung der dadurch bedingten Mehrkosten von 3.000,-- DM werde man sich, so erklärte der Kläger, schon einigen. Dieser Bauplan wurde abermals erheblich erweitert und der Anbau und die Aufstockung eines Saales in Angriff genommen. Im Oktober 1954 beschlossen die Parteien, daß der Kläger mit dem Keller, dem Kegelbahnanbau und dem Saal einschließlich dessen Decke (erster Bauabschnitt) beginnen sollte. Obergeschoß und Dach (zweiter Bauabschnitt) sollten später aufgeführt werden. Für die Arbeiten des ersten Bauabschnitts verlangte der Kläger 30.000,-- DM. Darüber, ob damit nur die Maurer-, Beton- und Putzarbeiten bezahlt sein sollten oder dieser Teil des Bauvorhabens für 30.000,-- DM schlüsselfertig zu erstellen war, streiten die Parteien.

Die Parteien vereinbarten, daß die Beklagte die Baukosten in jährlichen Raten von 10 % abtragen und dafür zwei Hypotheken bestellen sollte, nämlich eine Hypothek von 16.000,-- DM auf dem der Beklagten und ihren beiden Söhnen in Erbengemeinschaft gehörenden Gastwirtschaftsgrund-

stück sowie eine weitere Hypothek von 14.000,— DM auf einem der Beklagten allein gehörenden Grundstück. Ein Zeitpunkt für die Eintragung der Hypotheken wurde nicht vereinbart.

Danach setzte der Kläger im Oktober 1954 die Bauarbeiten fort. Ende Dezember 1954 bestellte die Erbengemeinschaft dem Kläger die Hypothek von 16.000,— DM, nachdem er die Möglichkeit, hierauf ein Darlehen in dieser Höhe von einer Bank zu erhalten, nachgewiesen hatte.

Im März 1955 verlangte der Kläger von der Beklagten die Eintragung der weiteren Hypothek von 14.000,— DM auf ihrem Grundstück. Er hatte inzwischen den Saal vergrößert, den Kegelbahnraum im Rohbau fertiggestellt und die Wände, jedoch nicht die Böden und Decken verputzt. Da die Beklagte sich weigerte, die Hypothek über 14.000,— DM eintragen zu lassen, stellte der Kläger die Bauarbeiten ein. Bis zur Fertigstellung des ersten Bauabschnitts sind, sofern der Bau nicht schlüsselfertig zu erstellen war, noch Arbeiten im Werte von 1.930,— DM auszuführen.

Der Kläger behauptet, die Beklagte habe sich abredewidrig geweigert, die Hypothek über 14.000,— DM zu bestellen, und ihm dadurch einen berechtigten Grund gegeben, die Bauarbeiten einzustellen. Er habe sich nicht verpflichtet, den Bau aus eigenen Mitteln zu finanzieren, vielmehr hätte die Beklagte ihm beide Hypotheken bestellen müssen, mittels deren er Kredite beschaffen sollte. Infolge der Weigerung der Beklagten könne er nunmehr die Vergütung für seine bisher geleisteten Arbeiten im Betrage von 29.125,28 DM beanspruchen. Unter Anrechnung der Hypothek von 16.000,— DM hat er noch 13.125,28 DM Werklohn, ferner wei-



tere 1.999,72 DM aus anderen Gründen, insgesamt 15.000,-- DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt, weil die Werklohnforderung noch nicht fällig sei, der Kläger vielmehr zu Unrecht die Arbeiten eingestellt habe. Die Hypothek über 14.000,-- DM brauche sie erst nach der Fertigstellung des ersten Bauabschnitts zu bestellen. Der Kläger habe ihr zudem im März 1955 keinen weiteren Kreditgeber nachweisen können; auch deshalb sei sein Verlangen unberechtigt. Jedenfalls stehe ihr eine mindestens gleichhohe aufrechenbare Gegenforderung zu, denn der Kläger befinde sich seit dem 1. März 1955 mit der Fertigstellung der Kegelbahn in Verzug, daher sei ihr seitdem ein Verdienstausschlag von monatlich 500,-- DM entstanden.

Die übrigen mit der Klage geltend gemachten Forderungen hat die Beklagte bestritten oder ihnen gegenüber aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 9.334,16 DM stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht diese nur zur Zahlung von 407,80 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Anschlußberufung des Klägers, mit der dieser die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von insgesamt 12.919,16 DM nebst Zinsen, hilfsweise zur Zahlung dieses Betrages in Raten, hilfsweise die Feststellung begehrt hat, daß seine Forderung gegen die Beklagte über den hypothekarisch gesicherten Betrag von 16.000,-- DM hinaus weitere 12.919,16 DM ausmache, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, erstrebt der Kläger die Verurteilung der Beklagten über den ihm vom Berufungsgericht zuerkannten Be-

trag von 407,80 DM hinaus um weitere 12.511,36 DM nebst Zinsen, eventuell Entscheidung gemäß den gestellten Hilfenträgen.

Entscheidungsgründe:

1.) Die Parteien haben nicht ausdrücklich vereinbart, wann die Beklagte dem Kläger die beiden Hypotheken von 16.000,— DM und 14.000,— DM bestellen sollte. Das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, daß der Kläger schon vor der Fertigstellung und Abnahme des ersten Bauabschnitts die weitere Hypothek von 14.000,— DM zu beanspruchen hatte. Auch den Umständen glaubt es nicht entnehmen zu können, daß die Parteien, die gesetzliche Vorleistungspflicht des Werkunternehmers (§ 641 BGB) abbedungen haben.

Mit Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht bei der Auslegung des zwischen den Parteien zustande gekommenen Vertrages wesentliche, nach Treu und Glauben zu beachtende Gesichtspunkte außer acht gelassen hat (§§ 133, 157 BGB).

a) Nach dem Vorbringen der Parteien sollte der Kläger durch die ihm versprochenen Hypotheken nicht nur gesichert werden. Er sollte auch die Möglichkeit erhalten, mit ihrer Hilfe Kredit aufzunehmen. Demgemäß ist der Kläger mit der ihm bestellten Hypothek von 16.000,— DM auch verfahren. Unter diesen Umständen trifft der Hinweis des Berufungsgerichts auf die Vorschrift, daß der Werklohn erst bei der Abnahme des Werkes zu zahlen ist (§ 641 BGB), nicht den Kern der Sache. Die Bedingungen der Hypothek konnten so festgelegt werden, daß die Beklagte das Kapital erst nach Abnahme des Bauwerks in den vorgesehenen Raten zu zahlen hatte. Dem Gedanken des § 641 BGB war dann Rechnung getragen. Dies hätte das Berufungsgericht bedenken und dann prüfen müssen, ob bei einer Treu und Glauben entsprechenden

Auslegung des Vertrags der Kläger Anspruch auf Bestellung der zweiten Hypothek nicht schon dann erheben konnte, wenn er einen angemessenen oder den größeren Teil des Baues fertiggestellt hatte. Aus der Regel des § 641 BGB läßt sich für die Pflicht des Beklagten zur Hypothekenbestellung nichts Entscheidendes herleiten.

b) Dagegen ist ein Hinweis auf die gesetzliche Regelung des § 648 BGB am Platze. Hiernach kann der Bauunternehmer schon vor der Vollendung des Bauwerks die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Auslagen von dem Besteller verlangen, obwohl mangels gegenteiliger Vereinbarung die Werklohnforderung erst mit der Abnahme des Werks fällig wird (§ 641 BGB). Zwar sollte hier die Hypothek über 14.000,— DM nicht am Baugrundstück selbst, sondern an einem anderen Grundstück der Beklagten bestellt werden. Wesentlich ist jedoch, daß das Gesetz ein Sicherungsbedürfnis des Bauunternehmers schon vor der Fertigstellung des Bauwerks für gegeben hält.

c) Auch die Hypothek von 16.000,— DM hat die Beklagte dem Kläger schon während der Bauausführung bestellt. Aus dem Sachvortrag der Parteien ergibt sich nicht, daß sie vorher geprüft hätten, ob der Kläger bis dahin bereits Leistungen in dieser Höhe erbracht hatte.

d) Die Erklärung des Klägers bei seiner Anhörung vor dem Einzelrichter des Berufungsgerichts vom 1. März 1958 ist, was die Revision zutreffend rügt (§ 286 ZPO), im angefochtenen Urteil nicht erschöpfend wiedergegeben. Der Kläger hat nicht nur davon gesprochen, daß ihm die Beklagte nach der Vereinbarung jährlich 10 % der als Darlehen geschuldeten Bauforderung nach der Fertigstellung zu zahlen

habe; er hat auch erklärt, daß er selbst im Interesse des Bauvorhabens Schulden in Höhe von 30.000,-- DM habe aufnehmen sollen und daß diese - gegen ihn gerichteten - Forderungen durch die Grundstücke der Beklagten gesichert werden sollten. Wird auch dies für glaubhaft gehalten, so ist kein triftiger Grund erkennbar, weshalb mit der Hypothekenbestellung bis zur Vollendung des Bauwerks zugewartet werden sollte.

e) Auch wenn der Kläger bei den ersten - kleineren - Bauvorhaben bereit war, ohne die Beklagte zunächst in Anspruch zu nehmen, einen Bauauftrag über 15.000,-- DM durchzuführen, so zwingt das nicht zu der Folgerung, daß er die Hypothek über 14.000,-- DM erst nach völliger Fertigstellung und Abnahme des Bauwerks erhalten sollte. Der Kläger sollte unstreitig für das schließlich vereinbarte - größere - Bauvorhaben mittels der Hypotheken Kredite aufnehmen können. Ein ernsthaftes Interesse der Beklagten, ihm diese Möglichkeit im März 1955 noch nicht in vollem Umfange einzuräumen, ist nicht ersichtlich, zumal dann nicht, wenn der Kläger das Bauwerk bis dahin bereits weitgehend fertiggestellt hatte. Hinzu kommt, daß die Hypotheken nicht nur der Finanzierung, sondern bis zur Aufnahme von Krediten dem Kläger auch als Sicherheit für seine gestundete Werklohnforderung gegen die Beklagte dienten.

2.) Wäre der Vertrag zwischen den Parteien dahin auszulegen, daß die Beklagte die Hypothek nach Herstellung eines grösseren Teils des Baues zu bestellen hatte, und war dieser Zeitpunkt gekommen, so hat es die Beklagte durch ihre Weigerung, die weitere Hypothek über 14.000,-- DM zu bestellen, zwar nicht an einer ihren Annahmeverzug begründenden Mitwirkung bei der Herstellung des Bauwerks fehlen lassen, die den Kläger nach §§ 642, 643 BGB berechtigt hät-

te, den Vertrag zu kündigen. Sie hat aber dann durch ihre Weigerung gegen eine wesentliche Vertragspflicht verstoßen und sich einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht. Eine solche positive Vertragsverletzung berechnigte den Kläger nach seiner Wahl entsprechend den §§ 325, 326 BGB, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten (BGHZ 11, 80, 84 und die dort angeführten Entscheidungen).

3.) In einer Hilferwägung unterstellt das Berufungsgericht, daß die Beklagte entsprechend der Behauptung des Klägers bei Nachweis eines Kreditgebers schon vor Beendigung der Bauarbeiten verpflichtet sein sollte, die weitere Hypothek von 14.000,— DM einzuräumen. Es ist der Ansicht, daß der Kläger der Beklagten keine Darlehensgeber nachgewiesen habe. Die Deutsche Beamtenversicherung sei zwar bereit gewesen, die Hypothek zu valutieren, jedoch unter der Bedingung, daß der Sohn der Beklagten, Willi Hop●, bei ihr einen Lebensversicherungsvertrag abschloß. Willi Hop● habe dies abgelehnt, das gehe zu Lasten des Klägers, nicht der Beklagten, da Willi Hop● nicht Vertragspartner des Klägers sei.

Auch diese Hilferwägung des Berufungsgerichts hält der Nachprüfung nicht stand. Dem Nachweis eines Kreditgebers durch den Kläger muß es gleich erachtet werden, wenn der Kläger selbst die für die Errichtung des Bauwerks erforderlichen Geldbeträge weitgehend aufgebracht hat und den Rest aufzubringen bereit war. Denn es kam für die Beklagte nicht darauf an, wer das Bauwerk finanzierte.

Hinzu kommt, daß Willi Hop●, worauf die Revision mit Recht hinweist, im wesentlichen die Verhandlungen mit

dem Kläger geführt hat und daß er zur Erbengemeinschaft gehört, auf deren Grundstück der Kläger das Bauwerk errichtete. Der Kläger hatte unter Beweisantritt vorgetragen, daß Willi Hop● zunächst zum Abschluß der Lebensversicherung bereit gewesen war (Schriftsatz vom 28. November 1955). Die Revision rügt, dieser Beweisantrag sei übergangen. Wird sein Inhalt als richtig unterstellt, so bleibt zu prüfen, ob Willi Hop● nicht dadurch neben der Beklagten in den Vertrag eingetreten ist. Dann ginge, sofern es darauf ankäme, seine Weigerung, durch Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags zur Beschaffung eines Darlehens beizutragen, nicht zu Lasten des Klägers, sondern der Beklagten.

4.) In der erklärten Weigerung des Klägers, die Bauarbeiten fortzusetzen, jedenfalls aber in seiner Zahlungsklage kann eine Rücktrittserklärung des Klägers gesehen werden. Ist der Rücktritt des Klägers berechtigt, so ergeben sich dessen Ansprüche aus den §§ 327, 346 BGB. Es greift daher grundsätzlich § 346 Satz 1 BGB ein. Danach hat der Besteller die empfangene Leistung, d.h. das von dem Unternehmer gestellte Werk, zurückzugewähren. Da die Beklagte die Leistungen des Klägers ihrer Natur nach nicht zurückgeben kann, hat sie ihm deren Wert zu vergüten (RG JW 1911, 756¹¹; BGH VII ZR 47/57 vom 18.11.1957).

5.) Die Revision des Klägers erweist sich demnach als begründet. Die Sache war zur neuen Verhandlung und Entscheidung, gegebenenfalls auch über die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen und diesem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Glanzmann

Scheffler

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Vogt