

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 132/70

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

7. Juli 1972

H i r t h ,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Deutschen Bundesbahn, vertreten durch den Präsidenten
der Bundesbahndirektion M [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h. c. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Rosa H [REDACTED] geb. B [REDACTED] I [REDACTED]/Rhein-
Mu [REDACTED], D [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Hill, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 29. April 1970 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin war Eigentümerin des bebauten Grundstücks D [REDACTED] weg Nr. [REDACTED] in I [REDACTED] /Rhein. Sie verkaufte es am 21. April 1959 an die beklagte Bundesbahn, die es für den geplanten Umbau des Rangierbahnhofs zu verwenden gedachte. Im Kaufvertrag verpflichtete sich die Beklagte u.a., einen Preis von zusammen 35 886 DM zu zahlen. Weiter wurde in Abschnitt I § 8 des Vertrags niedergelegt:

- 3 -

"Die Deutsche Bundesbahn (....) wird der Verkäuferin Ersatzgelände aus dem Grundstück Pl.Nr. 1277 der Gemarkung Mu[REDACTED] zur Verfügung stellen. Die Größe des Ersatzgeländes wird zur Zeit noch festgestellt. Der Wertausgleich erfolgt auf der Basis von 5,-- DM je qm. Der Wert des Ersatzgeländes wird an dem Kaufpreis zu 35 886,-- DM in Abzug gebracht."

Die Klägerin verpflichtete sich, das auf dem Ersatzgelände vorgesehene Wohnbauvorhaben in der mit ihr abgesprochenen Form und nach den Weisungen des von der Beklagten beauftragten Architekten durchzuführen oder durchführen zu lassen (Abschnitt I § 7). Weiter übernahm sie die Verpflichtung, sofort nach Bewohnbarkeit ihres Ersatzhauses in dieses umzuziehen (Abschnitt I § 4 Nr. 3).

Die Beklagte ist als Eigentümerin des von ihr gekauften Grundstücks im Grundbuch eingetragen worden.

Noch im Jahre 1959 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß sie ihr als Ersatzgelände das Grundstück P[REDACTED]straße Nr. [REDACTED] in L[REDACTED] zur Verfügung stelle. Am 5. Mai 1959 überwies sie an die Klägerin den vereinbarten Kaufpreis unter Abzug eines Betrages von 2 175 DM, den sie in Anwendung des Abschnitts I § 8 des Kaufvertrags für das von ihr in einem Schreiben gleichen Datums als "Tauschgrundstück" bezeichnete Ersatzgelände verrechnete. Die gezahlte Summe wurde vereinbarungsgemäß für die Finanzierung des auf dem Ersatzgelände zu erstellenden Wohnhauses verwendet.



Danach scheiterten wiederholte Versuche der Beklagten, der Klägerin das Ersatzgelände zu übereignen. Die Klägerin blieb mehreren Beurkundungsterminen fern. Mit Schreiben vom 29. August 1960 wies sie gegenüber der Beklagten darauf hin, daß das - inzwischen erstellte - Ersatzhaus mangelhaft sei. Die Klägerin erklärte in einem weiteren Schreiben vom 23. Dezember 1960 aber ihre grundsätzliche Bereitschaft, das Ersatzhaus in der P[]straße Nr. [] zu erwerben, wenn es in einen mangelfreien Zustand gebracht wird.

Im März 1961 erhob die Beklagte gegen die jetzige Klägerin u.a. Klage auf Herausgabe und Räumung des Grundstücks D[]weg Nr. []. Die Klage blieb in zwei Instanzen ohne Erfolg. Im Berufungsverfahren gab die Beklagte am 10. November 1965 die Erklärung ab, daß sie nicht mehr bereit sei, der Klägerin das Ersatzgelände P[]straße Nr. [] zu übereignen. Diese Erklärung ging auf ein Schreiben vom 30. Juni 1964 zurück, in dem die Beklagte der Klägerin den Erwerb des Grundstücks in der P[]straße nochmals angeboten und ihr zur Erklärung über die Annahme eine Frist bis zum 15. August 1964 gesetzt hatte, verbunden mit der Ankündigung, nach fruchtlosem Fristablauf den Verkauf des Grundstücks abzulehnen, und unter Hinweis darauf, daß sie für diesen Fall von der in Abschnitt I § 8 des Kaufvertrags enthaltenen Vereinbarung zurücktrete.

Nach Abschluß des Herausgabeprozesses forderte die Klägerin mit Schreiben vom 19. Oktober 1966 die Beklagte auf, das Grundstück D [REDACTED] weg Nr. [REDACTED] an sie zurückzuübertragen. Sodann hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben und Rückübereignung des genannten Grundstücks (Klagantrag 1) sowie den Ersatz von Aufwendungen, die im Zusammenhang mit dem auf dem Grundstück P [REDACTED] straße Nr. [REDACTED] durchgeführten Bauvorhaben entstanden sind (Klagantrag 2), verlangt. Die Klägerin hat das Übereignungsbegehren im wesentlichen auf Rücktritt und Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt.

Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Sie ist dem Vorbringen der Klägerin entgegengetreten.

Das Landgericht hat mit Teilurteil vom 14. November 1968 den Klagantrag zu 1. abgewiesen.

Dagegen hat die Klägerin Berufung eingelegt. Sie hat ihren auf Rückübertragung gerichteten Klagantrag weiterverfolgt.

Die Beklagte hat um Zurückweisung des Rechtsmittels gebeten.

Beide Parteien haben ihr bisheriges Vorbringen im wesentlichen wiederholt und ergänzt.

Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil geändert und dem Übereignungsverlangen der Klägerin entsprochen.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Revision. Sie hält ihren Antrag, die Berufung zurückzuweisen, aufrecht. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Oberlandesgericht hat ausgeführt: In der an die Beklagte am 19. Oktober 1966 gerichteten Aufforderung der Klägerin, das Grundstück D. [REDACTED] weg Nr. [REDACTED] zurückzuübereignen, liege die Erklärung des Rücktritts vom Kaufvertrag. Die Klägerin habe gemäß § 326 BGB zurücktreten dürfen, weil sich die Beklagte entgegen ihren vertraglichen Pflichten - bestimmt und endgültig - geweigert hat, der Klägerin das Grundstück Prinzenstraße Nr. 22 zu übereignen. Die in Abschnitt I § 8 des Kaufvertrags niedergelegte Vereinbarung stelle einen Vorvertrag dar, der die Beklagte verpflichtete, mit der Klägerin einen Hauptvertrag über die Bereitstellung einer bestimmten, noch zu vermessenden Parzelle aus dem Grundstück Pl.Nr. 1277 zu schließen. Die Verpflichtung der Beklagten sei nicht einverständlich aufgehoben worden. Die vorvertraglich begründete Abschlußpflicht der Beklagten sei ferner nicht auf Grund ihrer Fristsetzung vom 30. Juni 1964 und der Androhung, nach dem Fristablauf den Verkauf des Grundstücks Prinzenstraße Nr. 22 abzulehnen, entfallen. Die Beklagte habe einen - auf Abschnitt I § 8 des Kaufvertrags - beschränkten Rücktritt nicht erklären dürfen.

Bei Ausübung des Rücktritts durch die Klägerin am 19. Oktober 1966 sei die Beklagte mit ihrer Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrags über die Veräußerung des Ersatzgeländes in Verzug gewesen. Die Klägerin habe in ihrem Schreiben vom 23. Dezember 1960 ihre Bereitschaft, das Grundstück F[REDACTED]straße Nr. [REDACTED] zu erwerben, erklärt gehabt; sie habe die Bereitschaft an die Bedingung knüpfen dürfen, daß das Wohnhaus mangelfrei gemacht werde. Einen wesentlichen Mangel habe das Amtsgericht im Räumungsprozeß festgestellt. Ob der Balkon, wie die Beklagte behauptete, tatsächlich mangelfrei war, sei im vorliegenden Rechtsstreit nicht neuerlich zu prüfen. Die Beklagte habe nämlich durch ihre in jenem Berufungsverfahren ausgesprochene Weigerung, der Klägerin das Ersatzgrundstück zu übertragen, die Möglichkeit einer solchen Klärung vereitelt.

Der Wirksamkeit des von der Klägerin erklärten Rücktritts sei auch nicht durch eigene Vertragsuntreue der Klägerin der Boden entzogen worden. Mit der Erklärung vom 23. Dezember 1960, sie sei erwerbsbereit, habe sie ihren Widerstand gegen die Abwicklung des Vertrags erkennbar aufgegeben. Der Klägerin hätte allenfalls angelastet werden können, die Fertigstellung des Hauses F[REDACTED]straße Nr. [REDACTED] durch Zurückhaltung ihrer Eigenleistungen und Abweichung von der vertraglich versprochenen Finanzierung verzögert zu haben. Diese Verpflichtungen hätten für die Beklagte jedoch nur insoweit Bedeutung gehabt, als ihre Erfüllung die Fertigstellung des Ersatzbaus und damit den baldigen

Auszug der Klägerin aus ihrem Anwesen im D[REDACTED]weg gewährleisten sollten. Aus dem Verlauf des Räumungsprozesses ergebe sich, daß die Beklagte selbst durch ihr Verhalten der Klägerin berechtigten Anlaß geboten habe, den vertraglich vereinbarten Umzug wegen fehlender Bewohnbarkeit des Ersatzhauses zu verweigern. Unter diesen besonderen Umständen wäre es mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbar, der Klägerin die Rechte aus § 326 BGB lediglich im Hinblick auf ihr die Vertragsabwicklung hinauszögerndes, jedoch nicht schlechthin vereitelndes Verhalten zu versagen.

II.

A) Hiergegen bringt die Revision zunächst vor, das Berufungsurteil sei "unvorbereitet" ergangen. Bis unmittelbar vor dem Termin vom 25. Juni 1969 hätten Vergleichsverhandlungen stattgefunden, dieser Termin sei auf Antrag der Parteien aufgehoben worden. Anschließend habe man weiter verhandelt, so daß eine rechtzeitige Vorbereitung des Termins vom 23. März 1970 unterblieben sei und die Beklagte Verlegung des Termins habe beantragen müssen. Diesen Antrag habe das Berufungsgericht abgelehnt, jedoch der Beklagten nachgelassen, die Berufungsbeantwortung bis zum 20. April 1970 bei Gericht einzureichen. Das Verfahren sei unzulässig gewesen.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Der Beklagten ist mit Verfügung vom 15. April 1969 eine Frist zur Berufungsbeantwortung bis 12. Mai 1969 gesetzt worden. Diese Frist hat die Beklagte verstreichen lassen. Nach Aufhebung des Verkündungstermin vom 25. Juni 1969 ist am 5. Februar 1970 neuer Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 23. März 1970 bestimmt worden, nachdem die Klägerin angezeigt hatte, daß die Vergleichsverhandlungen gescheitert seien. Mit Schriftsatz vom 18. März 1970 - also außerhalb der Frist des § 132 ZPO - hat die Beklagte "im Interesse der ordnungsmäßigen Vorbereitung der Sache" um Terminsverlängerung gebeten, wobei sie die Prozeßgeschichte hinsichtlich der Vergleichsverhandlungen dargestellt und im Anschluß daran nach Maßgabe einer kurzgefaßten Begründung materiell-rechtliche Ausführungen im Sinne einer Berufungsbeantwortung gemacht hat. Den Vertagungsantrag hat das Berufungsgericht in verfahrensrechtlich nicht zu beanstandender Weise am 19. März 1970 abgelehnt und im Verhandlungstermin vom 23. März 1970 nach "eingehender" Erörterung der Sachlage und streitiger Verhandlung unter gleichzeitiger Bestimmung eines Verkündungstermins der Beklagten nachgelassen, die Berufung bis 20. April 1970 zu beantworten. Die Frist zur Erwiderung auf die Berufung hat das Berufungsgericht auf-Antrag der Beklagten bis 23. April 1970 verlängert. An diesem Tag ist die Berufungsbeantwortung bei Gericht eingegangen. Es kann dahingestellt bleiben, ob es nach dem geschilderten Prozeßablauf an den gesetzlichen Voraussetzungen des § 272 a ZPO gefehlt hat, wie die Revisionsbeant-

wortung meint. Die Berufung auf eine etwaige Ungesetzlichkeit des der Beklagten gewährten Rechts zur Nachreichung eines Schriftsatzes ist ihr jedenfalls deshalb versagt, weil sie hierdurch nicht beschwert worden ist.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhang behauptet, das Berufungsgericht habe Verteidigungsvorbringen der Beklagten insofern übergangen, als es den Rücktritt der Klägerin für berechtigt erachtet und Verzug der Beklagten angenommen hat, ist zu bemerken, daß der Berufungsrichter den Vortrag der Beklagten hierzu berücksichtigt hat.

Insbesondere läßt entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht die Annahme des Berufungsrichters keinen Verfahrensverstoß erkennen, Abschnitt I § 8 des Kaufvertrags stelle einen Vorvertrag dar, die Gesamtvereinbarungen seien im Ergebnis wie ein Tauschvertrag zu beurteilen. Diese Würdigung beruht auf der durch Auslegung gewonnenen Überzeugung des Tatrichters, daß die Parteien als Gegenleistung für die Hingabe des Grund und Bodens im D[REDACTED]weg "überhaupt" keine Zahlungsverbindlichkeit begründen wollten. Der dafür ausgeworfene Teil des "Kaufpreises" habe nur eine Rechnungsgröße dargestellt. Beide Parteien hätten einen annehmbaren Ausgleich der beiderseitigen Interessen darin gesehen, daß der Klägerin als Gegenwert für ihr Grundstück im D[REDACTED]weg ein bebaubares anderes Grundstück überlassen wurde. Die Angriffe der Revision gegen diese bindende Vertragsauslegung des Tatrichters sind in der Revisionsinstanz unbeachtlich.

Entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht hat der Tatrichter ferner nicht übersehen, daß nach dem Kaufvertrag zum Bau des Ersatzhauses öffentliche Mittel zur Verfügung gestellt und von der Klägerin zur Finanzierung verwendet werden sollten. Der Berufsrichter hat sich Seite 17 des Berufungsurteils hiermit befaßt. Er hat ferner nicht verkannt, daß die Klägerin in Abweichung von der vertraglich abgesprochenen Finanzierung die Fertigstellung des Anwesens in der P[REDACTED]straße durch Zurückhaltung ihrer Eigenleistungen verzögert haben könnte. Die Behauptung der Revision, die Klägerin habe die Fertigstellung des Baues "verhindert", findet im festgestellten Sachverhalt keine Stütze.

Da das Oberlandesgericht hiernach das Vorbringen der Beklagten im nachgereichten Schriftsatz beachtet hat, ist nicht, wie die Revision meint, Art. 103 Abs. 1 GG verletzt oder sonst gegen Verfahrensvorschriften, insbesondere §§ 128, 156, 286 ZPO, verstoßen worden.

B) Die Revision bringt weiterhin vor, auf Rechtsirrtum beruhe die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei für den Ersatzbau verantwortlich gewesen und dadurch, daß er nicht in Ordnung-gewesen sei, in Verzug geraten.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Wie die Revisionsbeantwortung mit Recht bemerkt, kommt es vom Standpunkt des Oberlandesgerichts aus nicht darauf an, ob sich die Beklagte im Zeitpunkt ihrer Er-

füllungsverweigerung, dem 10. November 1965, mit ihrer Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrags über die Veräußerung des Ersatzgeländes in Verzug befand. Die Erklärung der Beklagten vom 10. November 1965 stellte tatrichterlicher Feststellung zufolge klar, daß die Beklagte ihre Verpflichtung gemäß Abschnitt I § 8 des Kaufvertrags endgültig nicht mehr erfüllen wollte. Dazu war sie, wie der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum angenommen hat, nicht berechtigt. Da es sich nach der Würdigung des Berufungsrichters insoweit um eine Hauptpflicht der Beklagten handelte, war die Klägerin, sofern ihrem Vorgehen nicht, wie unten noch zu erörtern ist, eigene Vertragsuntreue entgegenstand, berechtigt, ohne Fristsetzung den Rücktritt vom Kaufvertrag zu erklären (vgl. BGH NJW 1958, 177 Nr. 2). Im übrigen ist der Revisionsrüge entgegenzuhalten, daß der Berufungsrichter die von der Beklagten bejahte Frage, ob die Klägerin hinsichtlich des Ersatzbaus als Werkunternehmerin anzusehen sei, offen gelassen und in Auslegung von Abschnitt I § 7 des Kaufvertrags festgestellt hat, die Tauglichkeit des Balkons habe den Verantwortungsbereich (Bauaufsicht) des von der Beklagten beauftragten, gegenüber der Klägerin weisungsberechtigten Architekten berührt und damit sei die Beseitigung des von der Klägerin beanstandeten Mangels am Balkon (auch) in den Verantwortungsbereich der Beklagten selbst gefallen. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht Abschnitt I § 7 des Kaufvertrags hinsichtlich der Mängelbeseitigungspflicht für unklar und auslegungsbedürftig erachtet. Der Revision kann nicht zugegeben werden, daß

diese Bestimmung insoweit eindeutig ist. Im Hinblick auf den Zweck des Vertrags, der Klägerin austauschhalber ein bewohnbares Ersatzhaus zu verschaffen, hat der Tatrichter schließlich die genannte Vertragsabrede dahin ausgelegt, daß die Klägerin (auch) ihre Bereitschaft, den Erwerbsvertrag über das Ersatzgrundstück abzuschließen, von einer solchen Mängelbeseitigung abhängig machen dürfe. Die Auslegung verstößt nicht gegen das Recht. Sie ist entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung möglich und bindet das Revisionsgericht. Alles, was die Revision gegen die Auslegung sonst noch ins Feld führt, stellt sich als unzulässiger Versuch dar, den Sachverhalt insoweit anders zu würdigen als der Tatrichter ihn gewürdigt hat. Soweit die Revision behauptet, die Klägerin habe für die Durchführung ihres Baus den Architekten Pioch beauftragen sollen, setzt sie sich in klaren Widerspruch zum Wortlaut des Abschnitts I § 7 des Kaufvertrags. Im übrigen bleibt die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe in diesem Zusammenhang nicht den Architekten Pi[REDACTED] als Zeugen vernommen, schon deshalb erfolglos, weil der Beweisantritt im Berufungsrechtzug nicht wiederholt worden ist (vgl. BGH Urteil vom 28. Juni 1971 - III ZR 111/68 S. 13 f).

C) Die Revision rügt weiterhin, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die Beklagte einen Mangel des Balkons bestritten hat und die Klägerin keinen Grund hatte, den Erwerb des Ersatzgrundstücks abzulehnen.

Der Angriff führt im Ergebnis zum Erfolg.

Dem Berufungsgericht ist bei der Würdigung des eigenen Verhaltens der Klägerin darin beizutreten, daß die Rechtsbehelfe des § 326 BGB grundsätzlich die eigene Vertragstreue des Gläubigers voraussetzen, herrschender Rechtsprechung zufolge eine Ausnahme aber dann gilt, wenn der Vertragsgegner kundgegeben hat, auf seiner Erfüllungsverweigerung selbst für den Fall zu beharren, daß der andere Teil die ihm noch mögliche Beseitigung seiner Vertragswidrigkeit vornehmen würde. Die Anwendung dieser Ausnahme auf den vorliegenden Fall zu Lasten der Beklagten als des die Erfüllung verweigernden Vertragspartners begegnet jedoch Bedenken. Wie der Senat in seiner JZ 1965, 452 veröffentlichten Entscheidung ausgeführt hat, wird jene Rechtsprechung damit begründet, daß es zwecklos wäre, dem einen Vertragspartner die Erfüllung seiner Leistung auch dann noch zur Pflicht zu machen, wenn schon feststeht, daß sich der andere Teil auch nach einer solchen Erfüllung unberechtigt weigern würde, den Vertrag zu erfüllen, und der eine Partner deshalb sofort die Rückgabe seiner Leistung verlangen könnte (vgl. RGZ 149, 401, 404). Demzufolge setzt die vorstehend wiedergegebene Rechtsprechung voraus, daß der Vertragsteil, der trotz seiner eigenen Vertragsverletzung Rechte für sich herleiten will, zu der ihm obliegenden Leistung überhaupt in der Lage ist. Ähnliches hat für einen Fall zu gelten, in dem die Leistung des einen Partners (nur) in der Entgegennahme der Leistung des anderen Teils liegt, er aber schon vorher die Entgegennahme verweigert hat und seinerseits zur Erfüllung nicht bereit war. Der Berufsrichter unter-

stellt, daß sich die Klägerin anfangs durch ihre Weigerung, das Ersatzgrundstück zu erwerben, vertragsuntreu verhalten hat, meint jedoch, die Klägerin sei mit ihrer Bereitschaftserklärung vom 23. Dezember 1960 auf den Boden des Kaufvertrags zurückgekehrt. Die mit der Bereitschaftserklärung verknüpfte Bedingung der Mängelbeseitigung hält der Berufungsrichter für rechtmäßig. Er geht dabei davon aus, daß das Wohnhaus Prinzenstraße Nr. 22 mit einem wesentlichen Mangel behaftet war, der seine Bewohnbarkeit beeinträchtigte. Die dahingehende Behauptung der Klägerin hatte die Beklagte aber bestritten. Zwar hat das Amtsgericht Ludwigshafen/Rhein im Räumungsprozeß in den Entscheidungsgründen seines Urteils vom 30. Mai 1962 festgestellt, daß ein solcher Mangel (damals) vorhanden sei, und die Räumungsklage der (jetzigen) Beklagten abgewiesen. Der Revision ist einzuräumen, daß die tatsächlichen Feststellungen in jenem Urteil aber von der Rechtskraft nicht ergriffen werden und somit im vorliegenden Rechtsstreit offen ist, ob der von der Klägerin behauptete Mangel vorlag. War er nicht vorhanden und hatte die Klägerin keinen Grund, das Angebot auf Erwerb des Ersatzgrundstücks abzulehnen, hielt sie sich selbst nicht an den Vertrag und das Gesetz (Senatsurteil vom 16. Januar 1970 - V ZR 4/69 S. 11). Dadurch, daß sie auf einem möglicherweise unberechtigten Verlangen beharrte, das Haus [REDACTED]straße Nr. [REDACTED] in einen mangelfreien Zustand zu bringen, weigerte sie sich ihrerseits, die ihr obliegende Pflicht zur (bedingungslosen) Annahme des Erwerbsangebots zu erfüllen (vgl. Staudinger, BGB 10./11. Aufl. § 326 Rdn. 188). Da

sie selbst nicht erfüllungsbereit war und blieb, vermochte sie infolge der eigenen Vertragsuntreue nicht wirksam vom Kaufvertrag zurückzutreten. Darauf zielt auch das Anliegen der Revision ab. Sie weist im übrigen zu Recht darauf hin, daß der aus § 326 BGB vorgehende Gläubiger seine Erfüllungsbereitschaft beweisen muß (BGH LM § 326 (H) Nr. 8). Dieses Beweises ist die Klägerin nicht dadurch enthoben, daß das Amtsgericht im Räumungsprozeß die Mangelhaftigkeit des Ersatzhauses festgestellt hat. Der Tatrichter durfte die "neuerliche" Prüfung der Frage, ob ein Mangel vorlag, nicht mit dem Hinweis ablehnen, die Beklagte habe durch ihre Erfüllungsverweigerung vom 10. November 1965 die Möglichkeit einer solchen Klärung "vereitelt". Da das Oberlandesgericht gerade der "fehlenden Bewohnbarkeit" des Ersatzhauses ausschlaggebende Bedeutung bei Beurteilung der Frage beigemessen hat, ob der Klägerin die Rechte aus § 326 BGB zu versagen sind, und dieser Punkt infolge eines Rechtsirrtums des Berufungsgerichts ungeklärt geblieben ist, trägt die Begründung des Oberlandesgerichts das Urteil nicht.

III.

Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Erwägungen als richtig (§ 563 BGB). Es muß deshalb aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen zu II C an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Der Beklagten steht es frei, die weiteren Bedenken, die sie gegen die Begründung des Berufungsurteils noch vorgebracht hat, dem Berufungsgericht vorzutragen.

Dem Oberlandesgericht wird auch die Entscheidung
über die Kosten der Revision übertragen.

Dr. Augustin

Rothe

Hill

Offterdinger

Dr. Grell