

V ZR 216/60

2501 035

Verkündet am
25. Mai 1962
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Witwe Johanna Elfriede F [REDACTED] geb. Sch[REDACTED]-Ra[REDACTED],
2. Fräulein Dipl.rer.pol. Johanna Marie F [REDACTED],
beide wohnhaft in K[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerinnen, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] von
[REDACTED] -

g e g e n

1. die Ehefrau Marie G [REDACTED] geb. R[REDACTED] in S[REDACTED],
Kreis W[REDACTED], Ka[REDACTED] Straße [REDACTED],
2. die Ehefrau Elise B o [REDACTED] geb. R[REDACTED]
in M[REDACTED] Kreis W[REDACTED], Haus Nr. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerinnen und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 25. Mai 1962
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Hückinghaus,
Schuster, Dr. Piepenbrock, Dr. Mattern und Offterdinger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil des
1. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frank-
furt (Main) aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revi-
sionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen!

Tatbestand:

Die Klägerinnen waren in Erbengemeinschaft Alleineigentümer des Hausgrundstücks B[REDACTED]straße [REDACTED] in K[REDACTED] (10,06 a). Das Haus ist 1936 erbaut worden. Lage, Planung, Bauart und umbauter Raum ergeben sich aus den vorgelegten Zeichnungen (Bl. 46) und der Schätzungsurkunde vom 25. September 1946, einschließlich Lagepläne. Durch Feindeinwirkung wurde das Gebäude am 8. März 1945 in Brand gesteckt; es ist bis auf das Kellergeschoß ausgebrannt. Erhalten blieben laut der genannten Schätzungsurkunde das Kellergeschoß (fast unversehrt, einschließlich Heizungskessel), die Außenwände sowie die tragende Innenwand im Erd- und Obergeschoß (ein Dachgeschoßgiebel war eingestürzt).

Auf Grund der erwähnten Schätzung des Schätzungsamts K[REDACTED], durch welche der Wert des Grundstücks, der Nebenanlagen und mittels des umbauten Raums der Sachwert von 1914 (Index 100), von 1946 (Index 150 + 7 %), der Restwert von 1946 und die Kosten des Wiederaufbaus (die beiden letzten Werte unter Zugrundelegung desselben Bauindex) geschätzt worden sind, schlossen die Klägerinnen mit dem Bauunternehmer und Holzhändler R[REDACTED], dem Rechtsvorgänger der Beklagten, am 1. Oktober 1946 einen notariell beurkundeten Wiederaufbauvertrag. In dem Vertrag ist u.a. bestimmt:

I.

"..... Das Grundstück, besonders das Wohnhaus, ist durch Fliegerschäden erheblich zerstört. Der augenblickliche Zustand des Grundstücks ist allen drei Beteiligten bekannt.

Herr R[REDACTED] will das Wohnhaus wieder ausbauen und bewohnbar machen; der alte Zustand soll wieder hergestellt werden. Während er diese Arbeiten auf seine Kosten und Gefahr übernimmt, sollen ihm Frau F[REDACTED] und Fräulein F[REDACTED] die gedachte Hälfte an dem Grundstück zu Eigentum überlassen, so daß er dann zur Hälfte Eigentümer des wiederhergestellten Grundstücks wird.

Im einzelnen wird das Nachstehende vereinbart:

- 3 -

II.

§ 1.

Frau F. und Fräulein F. überlassen hiermit Herrn R. die gedachte Hälfte an dem Grundstück zu Eigentum.

Als Gegenleistung für diese Überlassung, die Herr R. annimmt, verpflichtet er sich, das auf dem Grundstück befindliche, z.Zt. zerstörte Wohnhaus schlüsselfertig nach den Angaben des Bezirksarchitekten wieder aufzubauen. Zum Wiederaufbau gehört auch die Instandsetzung der unbebauten Grundstücksfläche in den früheren Zustand. - Das Dachgeschoß soll als Mansardenwohnung ausgebaut werden. -

§ 2.

Die amtliche Schätzung des in § 1 genannten gesamten Grundstücks im augenblicklichen Zustand beträgt 25 000 RM. - Die Kosten der Instandsetzung betragen nach amtlicher Schätzung ebenfalls 25 000 RM, so daß beide Teile insoweit gleiche Leistungen machen."

Reis erwarb die ideelle Miteigentumshälfte an dem Grundstück oder baute das Haus im wesentlichen bis zur Währungsreform, jedoch ohne Ausbau des Dachgeschosses, wieder auf und aus; er bezog vereinbarungsgemäß den ersten Stock, die Klägerinnen das Erdgeschoß.

Seit Mai 1951 mahnten die Klägerinnen verschiedene rückständige Arbeiten an, u.a. Ausbau des Dachgeschosses (einschließlich Wasserzapfstelle und Bad), Herstellung der Baderäume im Erdgeschoß und im ersten Stock, Ausbesserung der Kachelung und des Bodenbelags in der Küche, Herstellung des Warmwasserboilers, eine Verbindungstüre im Erdgeschoß, Auswechselung der Böden, Balkonabdichtung, Fenstervergitterung, Malerarbeiten und Instandsetzung des unbebauten Grundstücksteils. 1951/52 baute Reis das Dachgeschoß aus, die weiteren Rügen der Klägerinnen, dieses sei "so primitiv wie möglich ausgebaut" (Schreiben vom 21. August 1952 Bl.25 der Korrespondenzmappe), blieben ohne Erfolg. Inhaltlich der



anwaltlichen Mahnschreiben der Klägerinnen und der Erwid-
derungen des Unternehmers R. versprach dieser zwar Abhilfe,
erfüllte jedoch bis zu seinem Tode im Oktober 1957 die er-
hobenen Forderungen nicht. Ende 1956 wiesen die Klägerinnen
erstmalig auf die Reparaturbedürftigkeit des Hausdaches hin,
das vor der Währungsreform mangels Tonziegel mit Zementplat-
ten belegt worden war.

Die Erben des Unternehmers R. stellten sich auf den
Standpunkt, der Erblasser habe alle Arbeiten vorgenommen, die
nach dem Vertrag vorzunehmen gewesen seien. Gleichwohl ließen
sie sich herbei, gemeinsam ein Gutachten über die zur ord-
nungsmäßigen Herstellung des Hauses notwendigen Arbeiten her-
beizuführen. Darauf erstattete der beratende Ingenieur Go-
das Gutachten vom 17. Dezember 1957.

Nach weiteren ergebnislosen Verhandlungen setzten die Klä-
gerinnen am 15. März 1958 unter Androhung des Rücktritts eine
Frist bis 31. Mai 1958 und am 13. Juni 1955 eine Frist bis
30. Juni 1958 mit der Erklärung, daß die Annahme der Lei-
stung nach dem Ablauf dieser Frist abgelehnt und vom Vertrag
zurückgetreten werde. Die Beklagten, die zwischenzeitlich
die Erbanteile übernommen hatten, erklärten zwar mit Schrei-
ben vom 1. Juli 1958 ihre Bereitschaft, die Verpflichtungen
aus dem Vertrag zu erfüllen und das Wohnhaus, soweit das noch
nicht geschehen sei, in dem alten Zustand wiederherzustellen,
ohne jedoch eine Arbeit auszuführen. Nach weiteren Fristver-
längerungen erklärten die Klägerinnen schließlich am 23.
Juli 1958 den Rücktritt vom Vertrag.

Mit vorliegender Klage verlangen sie die Auflassung der
auf den Namen der Beklagten eingetragenen ideellen Grund-
stückshälfte und die Einwilligung in die Umschreibung im
Grundbuch. Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.
Sie berufen sich auf die Geringfügigkeit der noch auszufüh-

renden Arbeiten, die ein Rücktrittsrecht der Klägerinnen ausschließe.

Das Landgericht hat nach Einholung eines Gutachtens des Architekten Si [REDACTED] der Klage stattgegeben.

Nach Berufung der Beklagten, die mit der Berufung hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht wegen 50 000 DM geltend machen, haben die Klägerinnen im Wege der Anschlußberufung den Hilfsantrag gestellt,

1. die Beklagten zu verurteilen, an die Klägerinnen
 - a) einen nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrag für die nicht reparablen Mängel an dem Bau des Hauses B [REDACTED]straße [REDACTED], mindestens jedoch 15.800 DM nebst 4 % Zinsen seit Klagerhebung zu zahlen;
 - b) die nach den Gutachten der Sachverständigen Go [REDACTED] und Si [REDACTED] festgestellten reparablen Mängel an dem Hause B [REDACTED]straße [REDACTED] auf ihre Kosten beseitigen zu lassen;
2. festzustellen, daß die Beklagten verpflichtet sind, bei der Umdeckung des Daches auf dem Hause B [REDACTED]straße [REDACTED] mit Tonziegeln die Kosten dieser Tonziegel und der Umdeckung des Daches zu 3/4 zu tragen.

Das Berufungsgericht hat auf die Berufung hin die Klage abgewiesen und die Anschlußberufung der Klägerinnen wegen unzulässiger Klagänderung zurückgewiesen.

Mit der Revision erstreben die Klägerinnen die Zurückweisung der Berufung, hilfsweise die Verurteilung der Beklagten entsprechend dem Hilfsantrag. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht erachtet den Vertrag vom 1. Oktober 1946 zutreffend als einen modifizierten Werkvertrag, bei welchem die Leistung des Bestellers nicht in Gold, sondern in der Übereignung der Miteigentumshälfte bestand. Die Anwendung der in § 326 BGB niedergelegten allgemeinen schuldrechtlichen Vorschrift auf einen solchen Werkvertrag begognet keinen Bedenken.

Der Tatrichter stellt weiter fest, daß der Rechtsvorgänger der Beklagten die ihm obliegenden, fälligen Vertragspflichten, insbesondere hinsichtlich des Dachgeschosses schuldhaft nicht ganz erfüllt hat, er wegen dieser Verpflichtungen gemahnt worden und damit in Verzug geraten sei. Es lägen auch die übrigen Voraussetzungen des § 326 BGB vor (Fristsetzung mit Androhung). Gleichwohl sei der Rücktritt vom Vertrag und der daraus abgeleitete Anspruch nicht begründet. Ob Reis auch wegen der Einbauwanne im Erdgeschoß, der Einregulierung der Heizungsanlage, der Balkondecke, Basaltinplatten und der Fensterbank in Verzug geraten sei, sei noch nicht im einzelnen geklärt. Von den vom Sachverständigen in Rechnung gestellten Forderungen in Höhe von 7 090 DM entfielen jedenfalls die Kosten für den Warmwasserboiler (530 DM) und für den Linoleumbelag im Obergeschoß (78 DM), sowie der Ausgleich einer Wertminderung infolge Buchen- statt Eichenparkett (264 DM) und Zementziegel statt Tonziegel (2 465 DM), so daß sich der Verzug allenfalls auf Forderungen in Höhe von insgesamt 3 000 DM erstrecken könne. Wegen einer so geringfügigen Restleistung könnten die Klägerinnen - zumal bei der Unklarheit der vertraglichen Abrede - kein Rücktrittsrecht in Anspruch nehmen; vielmehr sei es billig, sie jetzt allein auf einen Erfüllungsanspruch zu verweisen. Der im Gutachten

Go [REDACTED] errechnete Minderwert der R [REDACTED]'schen Leistung in Höhe von 15 880 DM stelle keine ausstehende Leistung des Unternehmers dar. In Anbetracht der oberflächlichen Schätzungen im Jahre 1946 könnten zur Feststellung der beiderseitigen Leistungen nicht reine Rechnungsfaktoren gegenübergestellt werden. Entscheidend sei, ob das Haus in dem früheren Zustand, so wie es vom Unternehmer verlangt werden könne, wiederhergestellt sei.

Die Hilfsanträge haben nach Ansicht des Berufungsgericht eine abgeänderte Klage zum Inhalt, ihre Zulassung sei nicht sachdienlich.

II.

Die Revision rügt die Auslegung, die der Tatrichter dem Vertrag zuteil werden läßt: Das Berufungsgericht habe wesentlichen Prozeßstoff außer acht gelassen und daher die von Reis übernommenen Pflichten zu gering bemessen. Verzug läge überdies auch wegen der Ansprüche auf Ausgleichung des Minderwerts vor, so daß der Rücktritt nicht wegen Geringsfügigkeit ausgeschlossen werden könne. Er werde überdies auch auf positive Vertragsverletzung gestützt.

III.

Die Revision ist begründet.

1. Wird die geschuldete Leistung bis zu dem Ablauf der vom Gläubiger gesetzten Frist teilweise nicht bewirkt, so ist § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechend anzuwenden (§ 326 Abs. 1 Satz 3 BGB). Dies bedeutet, daß der Gläubiger von dem ganzen Vertrag zurücktreten kann, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für ihn kein Interesse mehr hat. Dies ist insbesondere - wie hier

dann der Fall, wenn der Verzug eine für das Gläubigerinteresse unerträgliche Ungewißheit über das Maß und den Zeitpunkt der Resterfüllung schafft (Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearb. § 55, III b). Die Zurückweisung der Restleistung führt im vorliegenden Fall auch deshalb zum Rücktritt vom ganzen Vertrag, weil die Leistung der Klägerinnen (Übereignung der ideellen Miteigentumshälfte) nicht ohne wesentliche Beeinträchtigung aufgeteilt werden könnte. Die tatsächlichen Voraussetzungen des Rücktritts hat der Tatrichter ohne Rechtsverstoß im einzelnen festgestellt.

Das Recht auf Rücktritt wäre allerdings dann ausgeschlossen, wenn seine Ausübung, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde (vgl. die Ausprägung dieses Rechtsgedankens in § 320 Abs. 2 BGB; RGZ 76, 150; JW 1933, 2274; 1935, 2041).

Das Oberlandesgericht hat das Rücktrittsrecht aus diesem Grund und auch unter Berücksichtigung der Unklarheit der vertraglichen Abrede abgelehnt, weil die rückständigen Leistungen zusammen nicht mehr als einen Wert von 3 000 DM darstellten und dieser Wert nur 1/14 der vom Unternehmer nach dem Gutachten Si [REDACTED] erbrachten Gesamtleistung (41 300 DM Index 360 für 1959) ausmachte (Bl. 18, 19 unten BU). Die Verweisung allein auf den Erfüllungsanspruch sei auch billig, weil den Klägerinnen nunmehr fast 12 Jahre lang die Vorteile des größten Teiles der Leistung zugeflossen seien, der unter schwierigen Verhältnissen vollzogen worden sei.

Allenfalls der letzte Gesichtspunkt hat für die Verhältnismäßigkeit des Rückstandes zu der erfüllten Teilleistung Bedeutung; es wird darauf zurückzukommen sein. Dagegen kann der Umstand, daß die Klägerinnen trotz voller Erfüllung ihrer eigenen Leistung sich bisher mit einer Teil-

leistung beschieden haben, nicht zu ihrem Nachteil gereichen. Die von ihnen auf Grund der Teilleistung genossenen Vorteile werden bei der Rückabwicklung zu berücksichtigen sein. Ebensowenig ist eine Unklarheit der vertraglichen Abrede für die vorliegende Frage von Bedeutung, da der Rücktritt eine schuldhafte Verzögerung voraussetzt, ohne daß das Ausmaß des Verschuldens abzuwägen wäre. Abgesehen davon kann das Verschulden des Unternehmers und seiner Rechtsnachfolger bei den hier maßgebenden Versäumnissen nicht gering erachtet werden.

2. Zweifelhaft ist im vorliegenden Falle vorweg die Auslegung, die das Berufungsgericht der Wendung "der alte Zustand" zuteil werden läßt. Das Berufungsgericht meint, in Anbetracht der 1946 gegebenen Umstände, könne man geneigt sein, die Aufbauverpflichtung dahin zu bestimmen, daß Reis das Haus unter Berücksichtigung der früheren baulichen Gestaltung nur mit den Materialien wieder aufzubauen brauchte, die damals zur Verfügung standen. Man müsse aber im Hinblick auf seine Möglichkeit, Holz zu kompensieren, seine Verpflichtungen etwas weiter fassen, ohne sich aber von der erwähnten Inhaltsbestimmung zu weit zu entfernen, um eine der Billigkeit entsprechende Vertragsauslegung zu finden. Letztlich müsse man jede einzelne Leistung gesondert unter diesem Gesichtspunkt betrachten und dabei das Verhalten der Klägerinnen zu den erbrachten Leistungen in Betracht ziehen.

Man wird zwar nicht mit der Revision sagen können, die Auslegung des Berufungsgerichts sei schon nach dem Wortlaut unmöglich. Sie vernachlässigt aber in der Tat nicht nur den Wortlaut, sondern zieht vor allem nicht alle Umstände bei der Würdigung des Wortlauts in Betracht. Die Berücksichtigung der Verhältnisse zwischen 1945 und 1948 gebietet, den Grund des vorliegenden ungewöhnlichen Vertrages näher ins Auge zu fassen.

Es war damals im allgemeinen nicht möglich, daß ein Privathaus ohne Kompensation von Sachgütern, also ohne Verstoß gegen die Wirtschaftsstrafgesetze hat neu errichtet werden können. Es wäre daher vorweg Anlaß zur Prüfung gewesen, ob der Vertrag nicht etwa schon wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nichtig war. Diese Frage bedarf jedoch nach dem Rücktritt der Klägerinnen keiner weiteren Prüfung mehr, da jedenfalls der Rücktritt begründet ist und der Klaganspruch nicht nur im Fall der Nichtigkeit des Vertrags, sondern auch nach dem Rücktritt vom Vertrag besteht; in beiden Fällen besteht auch gleichermaßen ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten wegen der Leistungen, die diese bei dem Aufbau des Hauses erbracht haben. Andererseits stellte die Übereignung des Miteigentumsanteils seitens der Klägerinnen keinen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten dar. Das Berufungsgericht hat im Zusammenhang mit der Auslegung des Vertrags unter Würdigung der Aussagen des Zeugen Kae [REDACTED] nicht verkannt, daß R [REDACTED] angesonnen und er gewillt war, ohne Rücksicht auf die damaligen strafrechtlichen Bestimmungen die ihm zur Verfügung stehenden Sachgüter voll auszunutzen, und zwar, wie zu ergänzen ist, in seinem Interesse, da er gegenüber den Klägerinnen keine Sachleistung ohne Sachgegenleistung zu erbringen bereit war. Um die Hälfte des Grundstückswerts sich zu sichern, wurde sogar zusätzlich der Dachausbau vorgesehen. Ist dies der Fall, so hängt die Auslegung des Vertrags aber nicht davon ab, welche Baustoffe seinerzeit objektiv mehr oder weniger schwer für den Normalverbraucher zu erhalten waren, sondern davon, was sich die Parteien von der Geschäftstüchtigkeit des R [REDACTED] in der nutzbringenden Verwertung seiner Sachwerte versprochen. In dieser Hinsicht hat der Zeuge Kae [REDACTED] eindeutig ausgesagt, daß er, wie erst recht R [REDACTED] selbst, die von den Klägerinnen geäußerten Zweifel beschwichtigten, also gerade die Grundlage dafür schufen,

daß die Klägerinnen sich überzeugten, "der alte Zustand" könne wieder geschaffen werden. Für diese Auslegung spricht ferner, daß die Klägerinnen ihrerseits einen damals streng gehegten Sachwert, nämlich Grund und Boden mit einer wieder-aufbaufähigen Ruine zur Hälfte aus der Hand gaben. Die Umstände sprechen dagegen wenig dafür, daß sie nicht, dem Vertragspartner klar erkennbar, entsprechende beständige Gegenwerte erwartet hätten.

Wollte man aber andererseits das Verhalten der Klägerinnen nach der Errichtung des Hauses berücksichtigen, so hat der Tatrichter den Vortrag der Klägerinnen übergangen, daß sie wohl daran interessiert waren, recht bald wieder in das eigene Haus einzuziehen und vor der Währungsreform einer primitiveren Bauweise oder der Verwendung von Ersatzbaustoffen nicht widersprachen; deshalb aber gleichwohl ihre vertraglichen Rechte nicht aufgeben wollten und R. ständig, wenn auch vergeblich, zu den vertraglichen Leistungen anhielten, die von diesem nach ihrem Vortrag auch bis zu seinem Tode anerkannt worden seien. Bei der Würdigung des Verhaltens der Klägerinnen könnte vor allem nicht außer acht gelassen werden, daß R. die Bauleitung des Aufbaues allein übernommen hatte (vgl. Aussage Kn.) und ein Laie in Baufragen gar nicht in der Lage ist, die technische Ausführung, die Baustoffe oder gar die Bauabrechnung zu überprüfen. Letzteres war den Klägerinnen schon deshalb verwehrt, weil R. ihnen gar keine Abrechnung zukommen ließ und damit eine einwandfreie Überprüfung seiner vertraglichen Leistungen von vornherein unmöglich machte.

3. Einer Zurückverweisung der Rechtssache zur erneuten Überprüfung, ob die allgemeine Formulierung "der alte Zustand" nicht einen Aufbau (nach Baustoff und Ausführung) zum Inhalt hatte, wie er den abgebrannten Bauteilen entsprach, bedarf es jedoch nicht. Der Rücktritt nach § 326 BGB ist selbst dann gerechtfertigt, wenn man von den verschiedenen vom Berufungs-

gerichtet im einzelnen ausgeschiedenen Bauleistungsansprüchen absieht.

Der Vertrag vom 1. Oktober 1946 hat nicht nur den Austausch von Leistung und Gegenleistung zum Inhalt. Er ist wesentlich dadurch weiter gekennzeichnet, daß sich die Vertragspartner, bestimmt durch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Jahres 1946, durch ihre beiderseitigen Leistungen in eine Gemeinschaft begeben haben, die für die Zukunft ein fortwährendes und vertrauensvolles Zusammenwirken erfordert. Dazu kommt, daß dieses Zusammenwirken sich nicht allein auf irgend einen wirtschaftlich austauschbaren Gegenstand bezieht, sondern auf die eigene Wohnung der Klägerinnen, so daß dieses Verhältnis nachdrücklich und fortwährend auf einen umfassenden persönlichen Lebenskreis der Klägerinnen einwirkt. Diese Umstände müssen bei der Beantwortung der Frage, ob das Beharren auf dem vom Gesetz gewährten Anspruch nach den gesamten Umständen nicht gegen Treu und Glauben verstößt, berücksichtigt werden, ihm gegenüber tritt insbesondere das Wertverhältnis von Gesamtleistung und verzögerter Leistung in den Hintergrund.

Abgesehen davon gefährdeten R. und die Beklagten mit ihrem Verhalten den dargelegten Vertragszweck und verletzen dergestalt schuldhaft ihre Vertragspflichten, daß den Vertragspartnern ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht das Klagbegehren nur unter dem Gesichtspunkt des Verzugs geprüft und den Klagvortrag daneben nicht auch unter dem hervorgehobenen Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung, auf den sich die Klägerinnen unter Angabe der für sie bestimmenden Gründe, im Schreiben vom 13. Juni 1958 berufen haben, gewürdigt hat. Das vertragsgefährdende Verhalten ergibt sich schon aus den Verletzungen der Pflichten, die dem Unternehmer hinsichtlich des Dachgeschosses

oblagen und welche in erster Linie in den Vertrag aufgenommen worden sind, um seine Leistung zu erhöhen und damit derjenigen der Klägerinnen wertgleich zu machen. Der umbaute Raum des neu zu erstellenden Hauses wurde aus diesem Grunde um 195,94 cbm höher berechnet (Schätzurkunde S. 9) - Akten des Architekten Be[REDACTED] Bl. 26: 183,60 cbm - und auch dieser Ausbau mit 34,60 DM (Bauindex rund 160) - Architekt Be[REDACTED] (obenda): 28,50 DM - in Rechnung gestellt. Es war somit eine gute Ausführung und ein ordentlicher Ausbau vorgesehen, wie sie dem übrigen Bau entsprochen hätte. Die Dachräume, die erst verspätet (vgl. Korrespondenzmappe Bl. 10-15) ausgebaut worden sind, sind jedoch nur mangelhaft isoliert und entsprechen nicht den Normen für bewohnte Räume, obwohl im Zeitpunkt ihrer Erstellung hinreichend geeignete Baustoffe zur Verfügung gestanden haben. Da R[REDACTED] im Gegensatz zu den Klägerinnen Baufachmann war, ihm im Gegensatz zu diesen daher die Mangelhaftigkeit dieser Leistung von Anfang an nicht verborgen geblieben sein konnte, konnten die Klägerinnen aus diesem Verhalten nur schließen, daß er gar nicht mehr gewillt war, diesen Teil des Vertrags ordnungsgemäß zu erfüllen. Auch die Beklagten weigerten sich, diese offenkundigen und für eine Dachwohnung entscheidenden Mängel zu beheben; im Schreiben vom 23. Juli 1958 (Korrespondenzmappe Bl. 123) ließen sie dazu vortragen, 1946 könne naturgemäß zwischen den Parteien nur ein Ausbau in sehr einfacher Form gemeint gewesen sein, jedenfalls sei die derzeitige Mieterin mit ihrem Raum zufrieden. Die Unschlüssigkeit dieser Begründung liegt auf der Hand. Wenn auch ganz erhebliche Zweifel bestehen, daß mit den vom Sachverständigen Si[REDACTED] geschätzten Kosten die gebotene Isolierung, wie übrigens auch der Innenausbau, im Jahre 1959 hätte durchgeführt werden können, so handelte es sich doch um erträgliche Aufwendungen. Demgegenüber brachten die Beklagten in den genannten Schreiben weiter vor, es sei ihnen nicht zuzumuten, aus eigenen Mitteln Geld für das Haus zu verwenden. Selbst Leistungen, die die Beklagten zu erbringen

geneigt waren, beabsichtigten sie nach diesem Schreiben nur im Rahmen der Mieteingänge auszuführen. Bei dieser geoffenbarten Einstellung über die Erfüllung von Vertragspflichten war der oben dargelegte Vertragszweck insgesamt gefährdet. Auch ist anzuerkennen, daß die Klägerinnen an der Erfüllung eines Vertrags, nach dessen Durchführung sie im Hinblick auf die Gemeinschaft für die Zukunft laufend auf die Loyalität des Partners angewiesen gewesen wären, kein Interesse mehr haben können.

Bei dieser Rechtslage ist für die Frage des Rücktritts nicht erheblich, ob die Beklagten nicht abgesehen von den Arbeiten, die nach den Feststellungen des Tatrichters zur Erfüllung des Vertrags noch erforderlich gewesen wären (von den im Gutachten erwähnten Fehlleistungen sind ausgeschieden worden nach S. 18 BU: Warmwasserboiler, Eichenparkett im Erdgeschoß, Fichtendielen im Obergeschoß, Betondachplatten, Einregulieren der Heizung, Balkondecke, eine Fensterbank und Basaltinplatten), es nicht auch an der Erfüllung weiterer Teile haben fehlen lassen. Es kann insbesondere auch dahinstehen, ob die Berechnungsweise der von R. erbrachten Aufbauleistung, wie sie der Sachverständige Si. vorgenommen hat (Gutachten S. 14/15 Bl. 39/41 GA) und wie sie vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang übernommen worden ist, hinreichend sichere Werte abgibt und nicht etwa daran krankt, daß die Schätzung des "heutigen Gebäudewerts" (1959) einheitlich für das gesamte Haus (1248,71 cbm) nach einem einheitlichen Preis pro cbm vorgenommen worden ist (Gutachten S. 16 oben). Nach der dem Vertrag zugrunde liegenden Schätzung sind der Leistung der Klägerinnen 40 % von 1 030,32 = 412 cbm (vgl. auch den Beschrieb über die erhaltenen verwertbaren Teile bei Be. Bl. 27) zugerechnet worden. Demnach wären die restlichen (1248,71 - 412 =) 836,71 cbm als Aufbauleistung zu Grunde gelegt worden. Davon entfallen mehr als 1/4 (215 cbm) auf das dürftig ausgebaute Dachgeschoß. Es ist

aber zweifelhaft, ob dieser Teil der Aufbauleistung auch mit 65 DM pro cbm (abzüglich 10 % für Wert 1959) angesetzt werden kann. Nachdem R. und seine Rechtsnachfolger keine zuverlässigen Aufschriebe über seine Leistungen vorgelegt haben, wäre eine verwertbare Schätzung der Aufbauleistung allenfalls durch Aufmessung der einzelnen handwerklichen Leistungen zu erlangen gewesen (vgl. Gutachten Sirrenberg Bl. 15).

Das angefochtene Urteil war sonach aufzuheben, weil der Rücktritt der Klägerinnen vom Vertrag und damit ihr Anspruch auf Rückübereignung der auf R. übertragenen Eigentumshälfte gemäß §§ 327 Satz 1, 346 BGB begründet ist und sich damit die Berufung der Beklagten insoweit als unbegründet erweist.

IV.

Gleichwohl konnte über die Berufung der Beklagten nicht entschieden werden, da sie gleichzeitig mit dem Berufungsantrag hilfsweise für den Fall ihrer Verpflichtung zur Rückauflassung ein Zurückbehaltungsrecht wegen der vertraglichen Leistungen ihres Rechtsvorgängers geltend gemacht haben. Ihre Verurteilung kann daher nur Zug um Zug gegen Leistung der sich aus dem Rücktritt für die Klägerinnen ergebenden Verpflichtungen (§§ 327, 348, 322 BGB)

erfolgen. Zur Feststellung der Höhe dieser Geldleistung fehlt es an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen, so daß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über die Höhe dieser Leistung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden mußte, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits zu übertragen war.

Dr. Hückinghaus

Schuster

Dr. Piepenbrock

Dr. Mattern

Offterdinger

B e s c h l u ß

In Sachen

1. der Witwe Johanna Elfricde F l a c h geb. Schulte-Rahde,
 2. Fräulein Dipl.rer.pol. Johanna Marie F l a c h ,
beide wohnhaft in Kassel, Baunsbergstraße 17,
- Klägerinnen, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerinnen,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
Stackelberg -

gegen

1. die Ehefrau Marie G i e s e geb. Reis in Sand,
Kreis Wolfhagen, Kasseler Straße 73,
 2. die Ehefrau Elise B o t t h o f geb. Reis
in Martinshagen Kreis Wolfhagen, Haus Nr. 115,
- Beklagte, Berufungsklägerinnen und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Keil -

wird das Urteil vom 25. Mai 1962 gemäß § 319 ZPO dahin berichtigt, daß im ersten Satz hinter "Frankfurt (Main)" eingesetzt wird: "vom 11. Oktober 1960".

Karlsruhe, den 1. Juni 1962

Bundesgerichtshof
V. Zivilsenat

Dr. Hückinghaus

Dr. Mattern

Schuster

Offterdinger

Dr. Piepenbrock