

Verkündet

am 6. Juni 1952
Hoffmeister, Justizangest.
als Urkundsbeamt der Ge-
schäftsstelle

2360 048

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

In dem Rechtsstreit

1. des Pelzwarenhändlers Fritz G [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Alma Else Amanda G [REDACTED] geborene
de B [REDACTED],
beide in H [REDACTED]-A [REDACTED], Sch [REDACTED] [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat
Dr. [REDACTED] -

gegen

den Ingenieur und Kaufmann Anton H e [REDACTED] in H [REDACTED]-
P [REDACTED], Al [REDACTED] L [REDACTED]straße "Ho [REDACTED]",

Belagten und Revisionsbelagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 6. Juni 1952 unter Mitwirkung des Se-
natspräsidenten Prof. Dr. Pritsch und der Bundesrichter Dr.
von Lormann, Dr. Heck, Schuster und Dr. Oechßler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das am 9.
Januar 1951 verkündete Urteil des 2. Zivil-
senats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg aufgehoben. Der Rechtsstreit wird
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung
an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem
auch die Entscheidung über die Kosten des Re-
visionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch notariellen Kaufvertrag vom 13. Juni 1940 verkaufte der Beklagte an die Kläger von dem in seinem Eigentum stehenden Anwesen "Schloß Ho[REDACTED]" in H[REDACTED] P[REDACTED], Parzelle Nr 1490 und 1491, einen Teil der Parzelle Nr 1490 im Flächengehalt von etwa 3600 qm mit dem aufstehenden Wirtschaftsgebäude. Von dem 25 000 RM betragenden Kaufpreis waren 15.000 RM bei Vertragsschluß zahlbar, die restlichen 10.000 RM sollten Zug um Zug gegen die Auflassung bezahlt werden, sind aber von den Klägern schon 1941 entrichtet worden. Aus den Bestimmungen des Kaufvertrages ist hervorzuheben:

- " § 4: Die Auflassung soll vorgenommen werden, sobald die erforderlichen Genehmigungen erteilt und die vertraglichen Verpflichtungen bezüglich des Kaufpreises, der Einfriedigung, Mauern auf und unter der Terrasse etc. erfüllt sind.
- § 9: Die Käufer sind verpflichtet, das gekaufte Trennstück sofort einzufriedigen, und zwar von der Straße bis zu der den Hintergarten abschließenden Mauer mindestens mit Eisenpfählen oder Zementpfählen und Maschendraht in Höhe des Straßengitters; von der Mauer über die Terrasse mit einer massiven Mauer etwa ein Stein stark und 1 m hoch und Rückwand wie sie der jetzige Abschluß der Terrasse vorschreibt, von der Terrasse bis zur Alster, wie von der Straße bis zur Mauer, d.h. mit ebenfalls mindestens Eisenpfählen und Maschendraht und in gleicher Höhe. Unter der Terrasse ist die Stützmauer zu errichten.

In den Teich ist als Grenzabschluß ein dauerhafter, wasserfester, mindestens 3 m breiter Fußweg in Höhe des übrigen Geländes und in dessen Mitte zum Durchlaß des Wassers ein Rohr mit Mönch zu legen. Die Mitte des Fußweges ist außerdem mit der bereits erwähnten Einfriedigung zu begrenzen. Diese Erdarbeiten sind gemeinschaftlich zu bewältigen.

§ 15: Die Käufer bestätigen hiermit ausdrücklich, vom Verkäufer darauf hingewiesen zu sein, daß auch die ihm verbliebenen Gebäude etc. an die auf dem gekauften Trennstück befindlichen Wasseranschlüsse und Klärgruben angeschlossen sind und daß dieser Zustand auch weiterhin so bleiben muß und daß er gegen eine Gratismitbenutzung nichts einzuwenden habe noch einwenden werde, da der Verkauf hiervon abhängig gemacht ist. "

Nutzung und Lasten des Grundstücks sollten nach § 5 vom Tage der notariellen Beurkundung an auf die Käufer übergehen.

Am 28. November 1940 vereinbarten die Parteien schriftlich, den notariellen Kaufvertrag in verschiedenen Punkten zu berichtigen, unter anderm bezüglich der Trennmauer auf der Terrasse, deren Höhe der Höhe der den Hintergarten abschließenden Mauer entsprechen sollte; außerdem sollten die Käufer den Terrassenholzaufbau auf ihre Kosten entfernen lassen und dem Verkäufer übergeben oder, falls ihn der Verkäufer entfernen lasse, den dafür aufzuwendenden Betrag im voraus zur Verfügung stellen. Zu einer förmlichen Berichtigung des Kaufvertrages in notarieller Form kam es nicht;



die Parteien haben am 1. Mai 1941 schriftlich hierauf verzichtet. - Die zur Durchführung des Kaufvertrages erforderlichen behördlichen Genehmigungen sind erteilt worden.

Mit der Behauptung, sie hätten die ihnen vertraglich obliegenden Pflichten erfüllt, haben die Kläger in Mai 1943 Klage auf Auflösung erhoben. Der Beklagte hat zunächst geltend gemacht, daß die Übertragung des Eigentums von der Genehmigung der Alstertal-Terrain-Aktiengesellschaft (Atag) abhängig sei, zu deren Gunsten eine als privatrechtliches Parzellierungsverbot anzusehende Grunddienstbarkeit bestand; nach Ansicht des Beklagten fiel die Genehmigung der Atag unter die nach § 4 des Vertrages vor Auflösung beizubringenden Genehmigungen, so daß ihre Verweigerung den Vertrag unwirksam machte. Außerdem bestritt der Beklagte, daß die Kläger die ihnen nach den §§ 9 und 15 des Kaufvertrages obliegenden Vorleistungen erbracht hätten. Das Landgericht wies die Klage ab; auf Berufung der Kläger verurteilte das Oberlandesgericht den Beklagten antragsgemäß zur Auflösung. Auf Revision hob das Reichsgericht durch Urteil vom 25. September 1944 das Erkenntnis des Oberlandesgerichts auf und verwies den Rechtsstreit an das Oberlandesgericht zurück. Das Reichsgericht ist dem Oberlandesgericht darin beigetreten, daß die Zustimmung der Atag nicht Voraussetzung der Auflösung sei und § 4 des Kaufvertrages sich auf diese Zustimmung nicht beziehe. Dagegen hat das Reichsgericht die Ansicht des Berufungsgerichts nicht gebilligt, daß dem Beklagten wegen Nichterfüllung der von den Klägern in den §§ 9 und 15 übernommenen Verpflichtungen ein Zurückbehaltungsrecht nicht zustehe. Wenn das Oberlandesgericht nach Treu und Glauben den

Schwierigkeiten Rechnung tragen wolle, denen die Ausführung der von den Klägern übernommenen Arbeiten infolge des Krieges begegne, so setze das eine klare Feststellung voraus, in welchem Umfange diese Verpflichtungen unerfüllt geblieben seien. Dazu bedürfe es weiterer Aufklärung. Die Ansicht des Oberlandesgerichts, diese Verpflichtungen seien von untergeordneter Bedeutung, sei rechtlich nicht haltbar, denn in § 4 des Vertrages sei die Auflassung ausdrücklich von der Erfüllung dieser Verpflichtungen abhängig gemacht worden. Die Vorauszahlung des Kaufpreises vermöge daran nichts zu ändern.

Das nunmehr wieder mit der Sache befaßte Oberlandesgericht beschloß am 17. März 1945 auf Grund von § 69 Abs 1 Satz 3 der 2. Kriegsmaßnahmenverordnung, das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen, da mit Rücksicht auf die Notwendigkeit weiteren Beweiseinzugs nicht bis zum 31. März 1945 entschieden werden könne.

In dem nach dem Zusammenbruch bei dem Landgericht fortgesetzten Verfahren machte der Beklagte weiter geltend: Die Hamburger Wasserwerke hätten es abgelehnt, der in § 15 des Vertrages vorgesehenen Beibehaltung des Wasseranschlusses des dem Beklagten verbliebenen Restgrundstücks über das dem Kläger verkaufte Teilgrundstück zuzustimmen. Da in § 15 der Verkauf ausdrücklich davon abhängig gemacht worden sei, daß der Wasseranschluß in der bisherigen Weise bestehen bleiben könne, sei der Vertrag auf eine von vornherein unmögliche Leistung gerichtet gewesen, und daher nichtig. Weiter hat der Beklagte geltend gemacht, die Kläger hätten

ihre Verpflichtung aus § 5 des Kaufvertrages, die Abgaben und Lasten des Grundstücks zu tragen, nicht erfüllt.

Durch Urteil vom 5. Juni 1947 gab das Landgericht der Klage statt. Es hat ausgeführt, die städt. Wasserwerke hätten sich bereit erklärt, noch auf längere Zeit die Wasserzuführung in der bisherigen Weise zu dulden. Damit entfalle dieser Einwand des Beklagten. Sollten später einmal die Wasserwerke eine Änderung verlangen, so müsse der Vertrag dieser neuen Sachlage nach Treu und Glauben angepaßt werden. Jedenfalls mache es den Vertrag nicht nichtig, wenn diese Bestimmung nicht ganz so durchgeführt werden könne wie vorgesehen. Das Landgericht hat sodann teils für erwiesen angesehen, teils unterstellt, daß die Kläger die ihnen obliegenden Leistungen nach § 9 des Vertrages nur teilweise oder nur mangelhaft erbracht hätten. Dem Beklagten könne aber nach Treu und Glauben nicht deswegen das Recht zukommen, die Auflassung zu verweigern. Ein erheblicher Teil der Leistungen sei bewirkt. Zur Zeit lasse die Knappheit an Baumaterialien aller Art eine vollständig ordnungsgemäße Leistung garnicht zu. Es bestehe kein Grund zu der Annahme, daß die Kläger nach Rückkehr geordneter Verhältnisse nicht ihre Verpflichtungen erfüllen werden. Außerdem habe der Beklagte wegen der Dienstbarkeit der Atag noch nach Erlaß des Urteils des Reichsgerichts die Erfüllung verweigert. Damit habe er sich grundlos vom Vertrage losgesagt. Den Klägern könne nicht zugemutet werden, kostspielige Abtrennungsarbeiten vorzunehmen, wenn sie nicht sicher seien, das Eigentum an dem Grundstück erwerben zu können. Die Lichterfüllung der in § 5 des Kaufvertrages übernommenen Pflichten rechtfertige die Verweigerung

der Auflassung nicht, da der Beklagte die von den Klägern ausdrücklich geforderte Spezifikation der von ihnen zu tragenden Lasten nicht mitgeteilt habe.

Auf die Berufung des Beklagten hob das Oberlandesgericht dieses Urteil auf und wies die Klage ab. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihren Auflassungsanspruch weiter. Der Beklagte hat gebeten, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Die Verpflichtungen der Kläger nach den §§ 9, 15 und 16 des Kaufvertrages bildeten, wie auch das Reichsgericht in seinem Urteil vom 25. September 1944 angenommen habe, einen wesentlichen Bestandteil des Kaufvertrages. § 4 mache die Auflassung von der Erfüllung dieser Verpflichtungen ausdrücklich abhängig. Der Beklagte habe nachhaltig auf Erfüllung dieser Verpflichtung bestanden und ebenso hätten die Kläger Erfüllung dieser Verpflichtungen grundsätzlich zugesagt. Diese Verpflichtungen stellten daher Hauptleistungen der Kläger dar, deren Erbringung für die Durchführung des Kaufvertrages von entscheidender Bedeutung sei. Die Kläger hätten trotz ständiger Mahnungen diese Verpflichtungen nicht erfüllt, sie seien daher in Verzug geraten. Sie könnten sich nicht damit entschuldigen, daß der Beklagte die Auflassung verweigert habe, denn nach dem Inhalt des Kaufvertrages wäre es gerade ihre Sache gewesen, durch Vorleistung die Voraussetzung für ihren Auflassungsanspruch zu schaffen. Nachdem durch das Urteil des Reichs-

gerichts festgestellt worden sei, daß die Grunddienstbarkeit der Atag die Verpflichtung des Beklagten zur Auflassung nicht berühre, könnten die Kläger auch unter diesem Gesichtspunkt einen Grund zur Zurückhaltung ihrer Leistungen nicht mehr geltend machen. Daß der Beklagte die Kläger in den ihnen obliegenden Arbeiten behindert habe, sei nicht genügend dargetan; hierbei handle es sich höchstens um Geringfügigkeiten, über die im Zusammenhange des Gesamtvertrages nach Treu und Glauben hinweggesehen werden müsse. - Der Beklagte habe den Klägern in der Berufungsbegründung (Schriftsatz vom 12.7.1947) eine Nachfrist nach § 326 BGB bis 31. Juli 1947 gesetzt. Bis zu diesem Zeitpunkt hätten die Kläger ihre Verpflichtungen nicht erfüllt, wie das Berufungsurteil des näheren auseinandersetzt. Infolgedessen sei der Beklagte zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt gewesen. Diesen Rücktritt habe er mit Schriftsatz vom 3. Oktober 1947 ausdrücklich erklärt, diese Erklärung habe er am 9. September 1949 wiederholt. Damit sei der Vertrag aufgelöst. Der Auflassungsanspruch der Kläger sei daher nicht begründet.

1. Das Berufungsgericht geht offenbar davon aus, daß für die Verpflichtungen der Kläger nicht nur der Kaufvertrag selbst, sondern auch die "Berichtigungen" dieses Vertrages vom 28. November 1940 maßgebend sind. Durch diese "Berichtigungen" wurden die Anforderungen an die Höhe der Trennmauer auf der Terrasse gesteigert und die Pflicht zur Entfernung des Holzaufbaus auf der Terrasse neu begründet. Es wurden also die Pflichten der Kläger aus §§ 9 und 16 des Kaufvertrages erheblich erweitert.

In Übereinstimmung mit dem Reichsgericht legt das Berufungsgericht den Kaufvertrag dahin aus, daß die Verpflichtungen der Kläger aus den erwähnten Vertragsbestimmungen wesentliche Bestandteile des Vertrages und Hauptleistungen der Kläger darstellen. Eine Abänderung wesentlicher Bestandteile eines nach § 313 BGB formbedürftigen, in notarieller Form geschlossenen Kaufvertrages hätte ebenfalls dieser Form bedurft (RGKR § 313 Anm 2 a.E.). Hieron hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts aber Ausnahmen für den Fall zugelassen, daß die Abänderungen ausschließlich die dem Grundstücksverkäufer zustehenden Rechte erweitern, und eine Vermehrung der ihm auferlegten Verpflichtungen nicht damit verbunden wird (RGZ 109, 22; 148, 105 108 f). Dem ist auch im vorliegenden Falle zu folgen. Zudem sind die Parteien darüber einig, daß die Pflichten der Kläger sich aus dem Kaufvertrag und aus der Berichtigung vom 28. November 1940 zusammen ergeben; die Kläger haben dies nicht bestritten und stets Erfüllung in diesem Umfange in Aussicht gestellt. Sie würden sich mit ihrem früheren Verhalten in einen gegen Treu und Glauben verstoßenden Widerspruch setzen, wenn sie sich jetzt auf den Standpunkt stellen wollten, daß die "Berichtigungen" wegen Formmangels für sie nicht verbindlich seien. Dem Berufungsurteil, welches diese Frage nicht erörtert, ist daher im Ergebnis zuzustimmen.

Daß die Kläger ihre so zu bemessenden Verpflichtungen weder vor der Nachfristsetzung vom 12. Juli 1947, noch in der damals gesetzten Nachfrist, noch auch bis zu dem am 16. September 1949 von dem Berufungsgericht durchgeführten richterlichen Augenschein erfüllt haben, stellt das Berufungsgericht fest. Diese Feststellung

liegt auf tatsächlichem Gebiet und wird von der Revision nicht angegriffen. Da es sich um Hauptverpflichtungen der Kläger handelt, wie das Reichsgericht mit für das Berufungsgericht bindender Wirkung ausgesprochen hat, war der Beklagte an sich befugt, nach § 326 DGB eine angemessene Nachfrist für die Erfüllung zu setzen (RGZ 101, 439) und nach erfolglosem Fristablauf vom Vertrage zurückzutreten.

2. Die Revision vermißt nähere Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, worin es die Mahnungen des Beklagten sieht, die der Nachfristsetzung nach dem Berufungsurteil vorangegangen sein sollen. Diese Rüge ist nicht begründet. Nach dem Kaufvertrage hatten die Kläger das erworbene Trennstück sofort einzufriedigen; ihre Leistung war also fällig. Das Berufungsgericht hat nicht erörtert, wie weit diese Leistungen in dem der Klageerhebung vorangegangenen Schriftwechsel angemahnt worden sind; es hätte insoweit z.B. auf die Briefe des Beklagten vom 24. November 1941, vom 21. April und 13. Oktober 1942 (Bl 29, 38, 35/36 GA), auch auf den Brief des Beklagten vom 5. Mai 1941 (Bl 196 GA) verweisen können. Dabei hätte freilich der ganze Schriftwechsel im Zusammenhang gewürdigt werden müssen. Der Beklagte weist in diesem Zusammenhange mit Recht darauf hin, daß bereits in dem Urteil des Reichsgerichts vom 25. September 1944 davon ausgegangen sei, daß der Beklagte wiederholt die Erfüllung der von den Klägern übernommenen Verpflichtungen als Voraussetzung der Auflassung gefordert habe. Doch kommt es darauf nicht an. Es ist anerkannt, daß die Mahnung mit der Nachfristsetzung verbunden werden kann. Die in der Berufungsbeurteilung vom 12. Juli 1947 (S 20, Bl 164) ausgesproche-

ne Nachfristsetzung setzte eine vorgängige Mahnung nicht notwendig voraus.

3. Mit Recht rügt die Revision aber, daß das Berufungsgericht die Kläger als in Verzug befindlich angesehen habe, ohne sich mit ihrem Einwand genügend auseinanderzusetzen, daß der Beklagte seinerseits zur Erfüllung der ihm obliegenden Leistungen nicht bereit und selbst nicht vertragstreu gewesen sei. Die Revision macht insoweit in erster Linie einen Verfahrensmangel geltend: Das Berufungsurteil habe zu dieser Rechtsverteidigung der Kläger keine Stellung genommen, es entbehre insoweit einer Begründung und verstoße damit gegen § 551 Ziff 7 ZPO. Diese formale Rüge ist unbegründet. Denn das Berufungsgericht führt aus, die Kläger könnten sich nicht damit entschuldigen, daß ihnen die Ausführung der Einfriedigungsarbeiten mit Rücksicht auf die Auflassungsverweigerung nicht zuzumuten gewesen sei. Allein, wenn auch die Begründung, die das Berufungsgericht hierfür gibt -nach dem Kaufvertrag habe es gerade bei den Klägern gelegen, durch Erfüllung ihrer Verpflichtungen die Voraussetzungen ihres Auflassungsanspruches zu schaffen-, die formale Rüge der Revision ausschaltet, so erschöpft sie doch den Vortrag der Kläger nicht. Sie geht nicht darauf ein, ob den Klägern bei dem ganzen Verhalten des Beklagten überhaupt zuzumuten war, zu leisten. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Kläger seien in Verzug gewesen, ist daher nicht unbedenklich (vgl hierzu RGZ 75, 333; 149, 406).

4. Doch kommt es darauf nicht entscheidend an. Denn rechtsirrtümlich ist schon der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß in der Berufungsbegründung des Be-

klagten vom 12. Juli 1947 eine Nachfrist nach § 326 BGB wirksam gesetzt worden sei.

Eine Nachfristsetzung nach § 326 BGB setzt voraus, daß der die Nachfristsetzung setzende Teil vertrags-treu ist. Wer selbst vertragsuntreu ist, kann, solange dieser Zustand währt, aus der Vertragsuntreue des Gegners keine Rechte herleiten (RGZ 152, 119 [123]; vgl auch die nicht veröffentlichte Entscheidung des Senats vom 18. Januar 1952 V ZR 123/50). Dazu gehört, daß er nicht nur in der Lage, sondern auch bereit ist, wenn der Gegner in der gesetzten Frist erfüllt, seinerseits die ihm obliegende Gegenleistung zu bewirken. Wer eine Nachfrist setzt, muß sich also selbst vorbehaltlos auf den Boden des Vertrages stellen. Dies hat der Beklagte in der Berufungsbegründung vom 12. Juli 1947 nicht getan. Er hat dort in erster Linie geltend gemacht, der Kaufvertrag sei nichtig. Dies hat er in eingehenden Ausführungen (S 5 bis 10 der Berufungsbegründung, Bl 149 - 154 GA) damit begründet, daß die Bestimmungen des § 15 des Kaufvertrages über die Wasserzuleitung infolge der ablehnenden Haltung der Hamburger Wasserwerke undurchführbar seien. Die dort vereinbarte Beibehaltung des bisherigen Zustandes sei daher unmöglich. Diese anfängliche Unmöglichkeit führe zur Nichtigkeit des § 15 und damit nach § 139 BGB zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages, den der Beklagte entgegen der Ansicht des Landgerichts ohne diese Bestimmung nicht geschlossen haben würde. In dem erwähnten Schriftsatz wird sodann ausgeführt, daß die Kläger mit ihrer Behauptung, die ihnen nach den §§ 9 und 15 obliegenden Leistungen bewirkt zu haben, ihre Verpflichtung zur Erfüllung geleugnet hätten; in ihrem Verhalten liege eine "beharr-

liche Erfüllungsverweigerung und positive Vertragsverletzung", die den Bellagten zum Rücktritt berechtige, "sofern überhaupt ein gültiger Vertrag vorliegen sollte". Deswegen trete der Kläger "ohne Präjudiz für den Prozeßstandpunkt bezüglich der Nichtigkeit des Vertrages" vorsorglich vom Vertrage zurück. Der genannte Schriftsatz fährt fort: "Unter gleichem Vorbehalt wird ferner vorsorglich wegen des Verzugs der Kläger gemäß § 326 BGB eine Nachfrist zur restlosen Erfüllung aller Verpflichtungen. . . . bis zum 31. Juli 1947 gesetzt"; diese Fristsetzung erscheine "ausreichend, angemessen und sekundär relevant, falls die primären Einwendungen und insbesondere die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht bereits zur Abweisung der Klage führen"(S 20, Bl 164 GA).

Wie diese Ausführungen ergeben, hat der Beklagte in erster Linie daran festgehalten, daß der Vertrag nichtig sei. Er hat die Nachfrist nur vorsorglich gesetzt und "ohne Präjudiz" für den Einwand der Nichtigkeit. Er hat sich also nicht auf den Standpunkt der Geltung des Vertrages begeben und sich nicht bereit erklärt, seinerseits zu erfüllen, wenn die Kläger die von ihnen geforderten Leistungen erbringen würden. Es mag dahinstehen, ob entgegen der Annahme des ersten Richters die von dem Bellagten behauptete Unmöglichkeit der Durchführung des § 15 des Kaufvertrages die von ihm behauptete Folge gehabt haben würde, daß der ganze Vertrag von dieser Nichtigkeit ergriffen würde. Aber solange der Beklagte an diesem Einwand festhielt, konnte er nicht von den Klägern umfangreiche Abtrennungsarbeiten fordern, deren Kosten in dem von ihm vorgelegten Gutachten Arpert (Bl 303 ff GA) auf rund

30.000 DM veranschlagt worden sind; die Klüger wären Gefahr gelaufen, erhebliche Mittel aufzuwenden, ohne die Gewähr zu haben, nach Bewirkung der ihnen obliegenden Leistungen wirklich Eigentümer zu werden. Die Nachfristsetzung nach § 326 BGB soll dazu dienen, klare Verhältnisse zu schaffen. Dieses Ziel kann nicht erreicht werden, wenn die Nachfrist unter dem Vorbehalt der Wichtigkeit des Vertrages gesetzt wird. Eine Nachfristsetzung nach § 326 BGB muß bestimmt, eindeutig und unbedingt sein; diesen Erfordernissen genügt eine Erklärung nicht, die unter der Bedingung abgegeben wird, daß nicht die in erster Linie geltend gemachte Wichtigkeit des Vertrages zugunsten des Beklagten durchgreife,

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist daher die Erklärung des Beklagten vom 12. Juli 1947, eine Nachfrist nach § 326 BGB setzen zu wollen, unwirksam. Fehlt es aber an einer wirksamen Nachfristsetzung, so ist auch der auf den erfolglosen Fristablauf gestützte Rücktritt unbegründet und wirkungslos.

Einer Nachfristsetzung nach § 326 Abs 1 BGB würde es nicht bedürfen, wenn infolge des Verzugs der Klüger die Erfüllung des Vertrages für den Beklagten kein Interesse mehr haben würde (§ 326 Abs 2 BGB). Eine solche Feststellung trifft das Berufungsgericht jedoch nicht, und das Vorbringen des Beklagten gab zu einer Erörterung des von ihm erklärten Rücktritts unter diesem Gesichtspunkt keinen Anlaß. Der Beklagte hat seinen Rücktritt aber auch auf positive Vertragsverletzung gestützt. Liegt eine solche vor, so besteht allerdings die Möglichkeit, ohne die besonderen Voraussetzungen des § 326 BGB vom Vertrage zurückzutreten (RGZ 100, 41).

Die bloße Lichterfüllung der den Klägern obliegenden Verpflichtungen kann aber noch nicht als positive Vertragsverletzung angesehen werden. Eine solche würde voraussetzen, daß die Verletzung der den Klägern obliegenden Vertragspflichten dem Beklagten einen über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden verursacht oder die Erreichung des Vertragszwecks derart gefährdet, daß dem Beklagten nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, an dem Verträge festzuhalten (RGZ 65, 286; 106, 225; 161, 338). Ein zureichender Anhaltspunkt hierfür ist dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Kläger den vereinbarten Kaufpreis schon in den Jahren 1940/41 voll entrichtet haben; der Beklagte hat allerdings aus § 18 Abs 1 Nr 2 UmstG eine Nachforderung von 22.250 DM abzuleiten versucht, es ist aber nicht ersichtlich, warum die Zahlungen der Kläger die Kaufpreisforderung des Beklagten nicht getilgt haben sollten. Im übrigen kann nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts auch wegen positiver Vertragsverletzungen ein Rücktritt nur erklärt werden, wenn der Verletzte selbst vertragstreu ist (RGZ 67, 313; 109, 54; 149, 401; 152, 123). Daran fehlt es im vorliegenden Fall.

In der Revisionsverhandlung hat der Beklagte dem Einwand der Kläger, er selbst sei nicht vertragstreu gewesen, damit zu begegnen versucht, daß er ihn als verspätet bezeichnet hat. Er hat darauf hingewiesen, daß er mit Schriftsatz vom 12. Juli 1947 die Nachfrist gesetzt und mit Schriftsätzen vom 3. Oktober 1947 und 9. September 1949 den Rücktritt erklärt habe; die Kläger hätten erstmals mit Schriftsatz vom 19. Dezember

1950 (Bl 333) seine Vertragstreue beanstandet. Nach § 529 ZPO hätte das Berufungsgericht diesen Einwand als verspätet zurückweisen müssen. Dieser Gegeneinwand ist nicht stichhaltig. Der Beklagte hat erst in der Berufungsinstanz die Nachfrist gesetzt und den Rücktritt erklärt, die Kläger konnten daher nicht schon in ersten Rechtszuge dazu Stellung nehmen; eine Zurückweisung nach § 529 Abs 2 ZPO kam nicht in Betracht. Dasselbe gilt von § 529 Abs 3 ZPO schon deswegen, weil nicht die Kläger Berufung eingelegt haben, sondern der Beklagte. Es bewendet daher bei der allgemeinen Vorschrift des § 529 Abs 1 ZPO, daß die Parteien auch in der Berufungsinstanz neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen können. Eine Zurückweisung des Einwands der mangelnden Vertragstreue des Beklagten hätte nur nach den -auch in der Berufungsinstanz anwendbaren- § 279 ZPO erfolgen können. Daß das Berufungsgericht diese Bestimmung nicht angewandt hat, ist kein Verfahrensverstoß; die Zurückweisung neuen Vorbringens als verspätet steht im freien Ermessen des Gerichts, und es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht die Grenzen dieses Ermessens verkannt oder überschritten hätte. Abgesehen davon, daß weder für eine Verschleppungsabsicht noch für eine grobe Nachlässigkeit der Kläger genügende Anhaltspunkte vorliegen, ist auch nicht ersichtlich, daß durch die Zulassung dieses Einwands die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden wäre.

5. Die Begründung des Berufungsurteils trägt daher die klagabweisende Entscheidung nicht. Damit ist aber der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif.

Nach § 4 des Kaufvertrages soll die Auflassung vorgenommen werden, sobald die Kläger ihre vertraglichen Verpflichtungen bezüglich der Einfriedigungen, der Mauern auf und unter der Terrasse etc. erfüllt haben. Die Kläger sind also vorleistungspflichtig. Ob sie ihren Vorleistungen wenigstens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nachgekommen waren, ist streitig. Das Berufungsgericht stellt allerdings fest, daß sie im Zeitpunkt des richterlichen Augenscheins (16. September 1949) noch nicht voll erfüllt hatten. Die Kläger hatten aber behauptet, daß sie nach diesem Zeitpunkt weitere Arbeiten hätten vornehmen lassen, sodaß sie jetzt ihren Verpflichtungen genügt hätten. Dafür war Beweis angetreten, die Kläger hatten hiezu auch das Sachverständigengutachten des Architekten Hermen vorgelegt (Schriftsatz vom 25. Juli 1950 Bl 513 a). Diese Frage bedarf daher noch weiterer Aufklärung.

In diesem Zusammenhang könnte von Bedeutung werden, daß nach dem Schlußsatz des § 9 des Kaufvertrages der Beklagte verpflichtet war, bei den dort vorgesehenen Erdarbeiten mitzuwirken. Nach den Behauptungen der Kläger hat er seine Mitwirkung verweigert; es war unter Beweis gestellt, daß er die Arbeiter "weggejagt" habe. Ein solches Verhalten könnte ihn in Annahmeverzug versetzt haben (§ 295 BGB). Das Berufungsgericht führt dazu aus, die Kläger hätten nicht darzutun vermocht, den Beklagten zur Mitarbeit unzweideutig aufgefordert zu haben. Die Revision rügt mit Recht, daß diese Begründung nicht ausreichen würde, einen Annahmeverzug des Beklagten zu verneinen, wenn er seine Mitwirkung allgemein und endgültig verweigert haben sollte. Würde das Berufungsgericht bei weiterer Aufklärung des Sachverhalts

zu dem Ergebnis gelangen, daß der Beklagte insoweit in Annahmeverzug war, so könnten die Kläger u.U. auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen (§ 322 Abs 2 BGB).

Andererseits hat der Beklagte noch eine Reihe von weiteren Einwendungen erhoben, mit denen das Berufungsgericht sich nicht auseinandergesetzt hat. Hierbei handelt es sich einmal um den Einwand der Nichtigkeit des Vertrages, den der Beklagte nicht nur aus der Undurchführbarkeit des § 15 des Kaufvertrages herleitet, sondern auch auf Wucher stützt. Sodann wird das Berufungsgericht sich mit dem Einwand befassen müssen, daß der Kaufvertrag vom 13. Juni 1940 nur unter dem Zwang einer gegen den Bellagten gerichteten politischen Verfolgung geschlossen worden sei und der Klage daher ein auf Aufhebung des Kaufvertrages abzielender Rückerstattungsanspruch entgegenstehe. Weiter wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob dem Beklagten nach § 18 Abs 1 Ziff 2 UmstG ein Anspruch auf eine Nachzahlung auf den Kaufpreis in Höhe von 23.375 DM zusteht, dessen er sich in seinem Schriftsatz vom 9. August 1950 (S 2, Bl 317 GA) unter erneuter Nachfristsetzung nach § 326 BGB berührt.

In all diesen Richtungen bedarf der Sachverhalt weiterer Aufklärung und Prüfung. Unter diesen Umständen kann dahinstehen, ob nicht schon die weitere Rüge der Revision zur Aufhebung des Berufungsurteils hätte führen müssen, daß der Tatbestand des Berufungsurteils zur Darstellung des Parteivorbringens auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze in ihrer Gesamtheit Bezug nimmt, obwohl bei der langen Dauer des Rechtsstreits, bei der großen Zahl der von beiden Teilen eingereichten Schriftsätze, vor allem aber bei dem wiederholten Wech-

sel in der Verteidigung des Beklagten eine solche Bezugnahme nicht ausreichen konnte, ein klares Bild davon zu geben, wie das Vorbringen der Parteien am Schluß der letzten mündlichen Verhandlung sich gestaltete.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem wurde auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits übertragen.

Dr. Pritsch

Dr. von Normann

Dr. Heck

Schuster

Dr. Oechßler