

V. ZR 5/56

Verkündet am 15. Januar 1958
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

2357 096

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Josef K. [REDACTED] in K. [REDACTED],
K. [REDACTED]straße [REDACTED].

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers,
Anschlußberufungsbeklagten und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

den Uhrmachermeister Paul L. [REDACTED] in K. [REDACTED]
F. [REDACTED] W. [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungskläger und Revisionsbe-
klagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 15. Januar 1958 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Hückinghaus, Dr. Augustin, Schuster und Dr. Rothe
für Recht erkannt:

Das Versäumnisurteil des Senats vom
9. Oktober 1957 wird aufgehoben.

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Düsseldorf vom 18. November 1955
aufgehoben und die Sache zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung an das Berufungsge-
richt zurückvorwiesen, dem auch die Entschei-
dung über die Kosten des Revisionsverfahrens
übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer der Hausgrundstücke K[REDACTED]straße [REDACTED] und L[REDACTED]straße [REDACTED] in K[REDACTED]. Die auf diesen Grundstücken befindlichen Häuser haben durch Kriegseinwirkung erhebliche Schäden erlitten. Im Juni 1950 ließen die Parteien durch den Notar H[REDACTED] in K[REDACTED] einen Vertragsentwurf anfertigen. Danach sollte der Beklagte berechtigt sein, auf den genannten Grundstücken aufzubauen; die Kosten sollte der Kläger dem Beklagten im Wege der Verrechnung der Mietzinsen für eine an diesen zu vermietende, im ersten Stock gelegene Wohnung und einen Raum im Erdgeschoß ersetzen. Zu einer Unterzeichnung des Entwurfes durch die Parteien kam es nicht. Inzwischen hatte aber der Beklagte im Einverständnis mit dem Kläger mit den Bauarbeiten begonnen. Er stellte das Haus L[REDACTED]straße [REDACTED] vom ersten Stockwerk an bis zum Dach im Rohbau fertig und richtete die erste Etage ein, während der Kläger die zweite Etage selbst auszubauen begann. Außerdem baute der Beklagte auf dem Dachboden eine Mansarde aus. Auf dem Grundstück K[REDACTED]straße [REDACTED] stattete der Beklagte einen im Rohbau fertigen Raum im Erdgeschoß aus und benutzte ihn zu gewerblichen Zwecken.

Je nach Abschluß der einzelnen Bauabschnitte bezog der Beklagte die fertigen Räume. Am 31. Juli 1951 hatte er im Hause L[REDACTED]straße [REDACTED] einen Lagerraum, einen Büroraum, einen Keller, eine Wohnung mit Mansarde und im Hause K[REDACTED]straße [REDACTED] einen Hof und einen Keller in Besitz genommen.

Mit Schreiben vom 1. August 1951 verbot der Kläger dem Beklagten jede weitere Arbeit an den Grundstücken. Nach diesem Zeitpunkt nahm der Beklagte noch einen Speicher im Hause L[REDACTED]straße [REDACTED] und ein Ladenlokal im Hause K[REDACTED]straße [REDACTED] in Benutzung.

- 3 -

Es kam in der Folgezeit zu weiteren Unstimmigkeiten zwischen den Parteien; sie führten zur Klage.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, die von diesem auf den Grundstücken in K [REDACTED] I [REDACTED] straße [REDACTED] und K [REDACTED] straße [REDACTED] benutzten und mitbenutzten Räume und Grundstücksteile zu räumen und an ihn herauszugeben.

Der Beklagte hat mit der Begründung, zwischen den Parteien sei mündlich ein Mietvertrag geschlossen worden, Abweisung der Klage beantragt und Widerklage erhoben mit dem Antrage, den Kläger zur Zahlung von 15 000 DM zu verurteilen.

Diesen Anspruch hat er damit begründet, daß er für den Aufbau der Gebäude insgesamt 21 413,85 DM aufgewendet habe, wovon er einen Teilbetrag von 15 000 DM zunächst verlange.

Der Kläger hat um Abweisung der Widerklage gebeten. Hilfsweise hat er beantragt, der Widerklage nur Zug um Zug gegen Herausgabe der Grundstücke L [REDACTED] straße [REDACTED] und K [REDACTED] straße [REDACTED] stattzugeben. Nach Auffassung des Klägers hat der Beklagte höchstens 13 868,25 DM aufgewendet. Der Beklagte müsse aber, so führte der Kläger aus, andererseits für die Benutzung der Wohnräume eine Entschädigung zahlen. Mit diesem Betrage werde gegen die Forderung auf Erstattung der Aufwendungen aufgerechnet.



Das Landgericht hat nach Einholung eines Gutachtens eines Bausachverständigen über die Höhe der Aufwendungen des Beklagten diesen verurteilt, die näher bezeichneten, von ihm benutzten oder mitbenutzten Räume und Grundstücksteile Zug um Zug gegen Zahlung von 4 332,25 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. August 1951 zu räumen und an den Kläger herauszugeben. Auf die Widerklage ist der Kläger verurteilt worden, 4 332,25 DM Zug um Zug gegen Räumung und Herausgabe der strittigen Räume an den Beklagten zu zahlen.

Im übrigen wurden Klage und Widerklage abgewiesen.

Den Betrag von 4 332,25 DM hat das Landgericht wie folgt berechnet: Es geht aus von den Aufwendungen des Beklagten in Höhe von 21 413,85 DM. Von den darin enthaltenen allgemeinen Baukosten mit 19 422,40 DM hat es, weil keine vollwertige Arbeit geleistet sei, 25 % abgezogen, so daß dem Beklagten an sich zu erstatten seien 16 558,25 DM. Demgegenüber könne der Kläger aufrechnen mit dem Anspruch auf Herausgabe der vom Beklagten gezogenen Nutzungen und zwar für die Zeit vom 30. September 1951 bis zum 31. Januar 1955 mit insgesamt 12 226 DM, wodurch ein Restbetrag verbleibe von 4 332,25 DM.

Gegen das Urteil des Landgerichts hat der Beklagte Berufung, der Kläger Anschlußberufung eingelegt. Der Beklagte hat seine bisherigen Anträge zu Klage und Widerklage wiederholt, der Kläger hat mit der Anschlußberufung die Verurteilung des Beklagten zur vorbehaltlosen Räumung der strittigen Grundstücksteile und die Abweisung der Widerklage begehrt.

Das Berufungsgericht hat mit Urteil vom 18. November 1955 dahin entschieden:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußberufung des Klägers wird unter Zurückweisung dieses Rechtsmittels im übrigen das Urteil des Landgerichts abgeändert und der Urteilstenor wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, die von ihm benutzten oder mitbenutzten Räume und Grundstücksteile

1. auf dem Grundstück X[REDACTED]straße [REDACTED]: Geschäftsraum, Hof (Lagerplatz), Keller,
2. auf dem Grundstück I[REDACTED]straße [REDACTED]: Lagerraum, Büroraum, Keller, Speicher (Behelfslager), Wohnung mit Mansarde

zu räumen Zug um Zug gegen Zahlung von 12 682,25 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1951 mit der Maßgabe, daß für die Zeit vom 1. Oktober 1951 bis zum Tage der Räumung monatlich 260 DM auf die sich ergebende Schuld des Klägers zu verrechnen sind.

Der Kläger wird verurteilt, Zug um Zug gegen Räumung der vorgenannten Räume und Grundstücksteile an den Beklagten den etwa bei der Räumung auf Grund der vorbezeichneten Verrechnung sich noch ergebenden Betrag zu zahlen.

Im übrigen werden die Klage und die Widerklage abgewiesen.

Das Urteil hat der Beklagte mit der Revision angefochten. Sein Rechtsmittel wurde jedoch, weil der Beklagte in der Revisionsverhandlung nicht vertreten war, durch Versäumnisurteil des Senats vom 9. Oktober 1957 auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen. Der Beklagte hat hiergegen Einspruch eingelegt. Er bittet, unter Aufhebung des Versäumnisurteils seinen in der Berufung gestellten Anträgen stattzugeben. Der Kläger beantragt, das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

Entscheidungsgründe:

Da der Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom 9. Oktober 1957 frist- und formgerecht eingelegt worden ist, ist der Weg zur sachlichen Nachprüfung des Rechtsmittels des Beklagten eröffnet. Sie ergibt folgendes:

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Ein Recht zum Besitz der Räume und Grundstücksteile, deren Herausgabe der Kläger nach § 985 BGB verlange, stehe dem Beklagten nicht zu. Der vom Notar H. [REDACTED] ausgearbeitete Vertragswortlaut sei Entwurf geblieben, da ihn die Parteien nicht unterschrieben und auch nicht ihren Willen kundgetan hätten, den Entwurf als Vertrag anzusehen. Es sei auch nicht dargetan, daß sich die Parteien mündlich über die für einen Mietvertrag erforderlichen Bedingungen einig geworden seien. Über wesentliche Punkte, z.B. über die Höhe des Mietzinses, stritten sie heute noch. Der Beklagte selbst habe erklärt, daß der Wiederaufbauvertrag nicht zustande gekommen und der Wiederaufbau ohne vertrag-

liche Vereinbarung von den Parteien in Angriff genommen worden sei. Es bestehe kein Raum für die Annahme, daß ein Mietvertrag ähnliches Verhältnis bestanden habe. Selbst wenn dies aber der Fall wäre, könne der Beklagte daraus kein Recht zum Besitz ableiten, weil beide Parteien zu erkennen gegeben hätten, daß sie den mit dem Wiederaufbauvertrag verbundenen Mietvertrag nicht mehr schließen wollten. Der Beklagte verlange Erstattung der aufgewendeten Baukosten, die nach dem Vertragsentwurf mit der Miete hätten verrechnet werden sollen. Damit sei der Anspruch auf Herausgabe begründet.

Die Revision macht dagegen geltend: Es hätten sich aus dem schlüssigen Verhalten der Parteien vertragliche Beziehungen ergeben. Der Aufbau eines zerstörten Gebäudes für den Grundstückseigentümer, der wirtschaftlich zum Aufbau nicht in der Lage sei, entspreche einer Übung, die sich bei den durch den Krieg verursachten Zerstörungen allgemein herausgebildet habe. Würden nicht besondere Vereinbarungen getroffen, so müsse als vereinbart angesehen werden, daß die Aufwendungen des Mieters für die Wiederherstellung des Gebäudes durch Verrechnung auf den Mietzins abgewohnt werden sollten.

Diese Einwendung kann keinen Erfolg haben. Wenn das Berufungsgericht auf Grund der gesamten Umstände des gegebenen Falles die Auffassung gewonnen hat, zwischen den Parteien sei kein Vertrag der Art zustande gekommen, daß dem Beklagten ein auf die Dauer berechnetes mietähnliches Recht auf Nutzung bestimmter Räume zustehe, es seien vielmehr nur solche Rechtsbeziehungen begründet worden, die sich aus dem

Ausbau eines Gebäudes auf fremdem Grund und Boden ergäben, so ist nicht ersichtlich, daß sie durch Rechtsirrtum beeinflusst worden ist. Eine solche Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Abmachungen war rechtlich möglich. Das Revisionsgericht ist an diese Feststellungen gebunden. Wenn es auch richtig ist, daß nach dem Kriege nicht selten ein anderer ein Haus für den Eigentümer, der dazu nicht in der Lage war, aufbaute und sich dafür ein langfristiges Mietverhältnis ausbedungen hat, wobei eine Verrechnung des Mietzinses mit den Aufbaukosten vereinbart wurde, so war doch immer Voraussetzung, daß eine Vereinbarung über die Überlassung des Grundstücks zur Nutzung, die im Einzelfalle sehr verschieden sein konnte, getroffen worden ist. Das ist aber gerade hier nicht der Fall gewesen.

Zu der - von der Revision vermißten - Annahme eines Vorvortrages auf Abschluß eines Aufbau- und Mietvertrages hätte es der Feststellung besonderer Gründe bedurft, aus denen die Parteien ohne das Zustandekommen eines Hauptvortrages schon die Bindung zum Abschluß des künftigen Vertrages gewollt hatten (EGH WM 1956, 1518, 1522). Solche Umstände sind aber nicht festgestellt, auch von den Parteien nicht dargetan worden.

2. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt:

Der mit der Widerklage geltend gemachte Zahlungsanspruch des Beklagten finde seine Grundlage in den §§ 951 Abs. 2, 994 BGB, die dem Beklagten das Recht gäben, für die auf das Grundstück gemachten notwendigen Verwendungen Ersatz zu verlangen. Da ein Dritter, der mit seinen Geldmitteln den Wiederaufbau bewirkt habe, dem Eigentümer die Wiederaufbaukosten

erspart habe, seien diese Aufwendungen als notwendig im Sinne des § 994 BGB anzusehen. Gegen die Ermittlung dieser Aufwendungen durch den Sachverständigen Dr. Schlüter-Padberg auf der Grundlage der wiederhergestellten Raumkubikmeter unter Berücksichtigung des Grades der Zerstörung der früheren Bauten bestünden keine Bedenken, weil die Beloge für die gemachten Aufwendungen nicht vollständig vorhanden seien und deshalb eine Schätzung vorgenommen werden müsse, die in der Art, wie sie der Sachverständige vorgenommen habe, der Wirklichkeit am nächsten käme.

Von dem danach errechneten Aufwendungsbetrag von 21 413,85 DM sei aber mit dem Sachverständigen ein Abzug für die Beseitigung von Fehlkonstruktionen zu machen. Über das Bestehen der als Fehlkonstruktion bezeichneten Mängel bestehe unter den Parteien kein Streit. Der Beklagte halte allerdings einen Abzug für unberechtigt, da der Kläger der Bauherr gewesen sei und deshalb einen Ersatzanspruch gegen die ausführenden Firmen habe. Für die Frage, wer anspruchsberechtigt gegen die Bauhandwerker sei, komme es aber nicht so sehr darauf an, wer Bauherr sei, als in wessen Namen die Verträge mit den Handwerkern abgeschlossen worden seien. Daraus, daß der Beklagte das Bauwerk errichtet habe und die Kosten später von dem Kläger zurückverlangen sollte - der Beklagte habe selbst angegeben, er habe den Wiederaufbau unternommen und habe das Geld zur Bezahlung der Handwerker gegeben -, rechtfertige sich der Schluß, daß der Beklagte in eigenem Namen die Aufträge an die Handwerker erteilt habe. Ihm stünden daher im Falle mangelhaft geleisteter Arbeit Ansprüche gegen die Handwerker zu. Den vom Sachverständigen wegen der Mängel vorgenommenen Abzug müsse sich der Beklagte gefallen lassen, weil er Ersatz nur für not-

wendige Verwendungen beanspruchen könne, Aufwendungen für mangelhafte Arbeiten aber nicht als notwendig bezeichnet werden könnten. Das gelte für die Posten 1 bis 3 der vom Sachverständigen aufgeführten Fehlkonstruktionen, die zusammen einen Betrag von 2 050 DM ausmachten.

Einen weiteren Abzug von 4 835,60 DM habe der Sachverständige für nicht vollwertige Ausführung der Arbeiten gemacht. Dazu habe er auch die Arbeiten in Selbsthilfe und Schwarzarbeit gerechnet. Damit sei zum Ausdruck gebracht, daß die Arbeiten als nicht ganz fachgerecht einen Minderwert darstellten und daß insoweit die Aufwendungen nicht notwendig gewesen und daher nicht erstattungsfähig seien. Der Abzug in Höhe von 25 % erscheine angemessen. Insgesamt seien danach von dem errechneten Aufwendungsbeitrag von 21 413,85 DM Abzüge in Höhe von 6 905,60 DM zu machen.

Der Beklagte vermisste in dem Gutachten die Berücksichtigung seiner Mühewaltung. Der Sachverständige habe aber die Aufwendungen nach dem Kubikmeterpreis des umbauten Raumes errechnet und darin seien die Eigenleistungen mitenthalten, die nicht noch besonders berechnet werden könnten.

Gegen den somit auf 14 508,25 DM (= 21 413,85 - 6 905,60 DM) festzustellenden Anspruch des Beklagten auf Ersatz seiner Aufwendungen stelle der Kläger seinen Anspruch aus der Benutzung der Räume und der Grundstücksteile durch den Beklagten zur Aufrechnung. Der Kläger habe die Nutzungsentschädigung für die Zeit bis zum 30. September 1951 mit insgesamt 1 826 DM berechnet; der Beklagte habe dagegen keine Einwendungen erhoben. Der Berechnung

der Nutzungsentschädigungen für die anschließende Zeit könne das Gutachten der Preisbehörde der Stadtverwaltung Krefeld zugrunde gelegt werden, das sowohl der Beklagte wie der Kläger zu Unrecht angriffen. Wenn der Beklagte früher die Mietberechnung der Preisbehörde als angemessen bezeichnet habe, so könne er später nicht mehr mit der Behauptung gehört werden, die Miethöhe entspreche nicht den tatsächlichen Verhältnissen und sei erheblich übersetzt. Es sei nicht ersichtlich, daß die Preisbehörde Fehlschlüsse aus den die Miethöhe beeinflussenden Faktoren gezogen hätte. Der Kläger andererseits könne die Auffassung, der ermittelte Mietssatz sei zu niedrig, nicht damit begründen, daß Mietinteressenten ihm eine höhere Miete geboten hätten. Der Mietsatz von monatlich 260 DM sei nach alledem eine angemessene Nutzungsentschädigung für die Benutzung der Räume und Grundstücksteile durch den Beklagten.

Nach Abzug der für die Zeit bis 1. Oktober 1951 zu zahlenden Entschädigung von 1.826 DM ergebe sich der Betrag von 12.682,25 DM. Davon sei weiter abzuziehen, was der Beklagte für die Zeit vom 1. Oktober 1951 an mit monatlich 260 DM bis zu dem Zeitpunkt schulde, zu dem er die Räume und Grundstücksteile an den Kläger herausgebe. Da dieser Zeitpunkt nicht feststehe, habe der Urteilstenor eine allgemeine Fassung erhalten müssen, die zulässig sei, da sich nach ihm die Schuldsomme ohne weiteres errechnen lasse und auch die Vollstreckung möglich sei.

Die Revision ist der Auffassung, das Berufungsgericht habe die Vorschriften des sachlichen Rechts, insbesondere den § 242 BGB verletzt. Außerdem habe es bei seinen Erör-

terungen ein Beweisangebot des Beklagten sowie die Aussagen eines Zeugen nicht beachtet.

Hierzu ist zu bemerken:

a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, Aufbauleistungen eines Besitzers seien als notwendige Verwendungen im Sinne des § 994 BGB anzusehen, wird im Schrifttum von Palandt BGB 16. Aufl. Vorbem. 2 a vor § 994 und von Achilles/Greifff BGB 20. Aufl. § 994 II b geteilt. Westermann, Sachenrecht 3. Aufl. S. 161 II 1 a a.F., vertritt eine gegenteilige Meinung; er billigt jedoch Kostenersatz zu, soweit der Aufbau als nützliche Verwendung gewertet werden kann (aaO S. 163 II 2). Der Senat hat unter Bezugnahme auf seine Entscheidungen BGHZ 10, 171, 177 und NJW 1954, 265 ausgesprochen, daß in allgemeinen auch die Wiedererrichtung zerstörter Bauwerke durch den Besitzer des Grundstücks keine Verwendung für das Grundstück im Sinne der bezeichneten gesetzlichen Bestimmung darstelle, daß aber besondere Umstände eines einzelnen Falles für den Wiederaufbau im Kriege zerstörter Gebäude die Anwendung des § 994 BGB rechtfertigen könnten (LM § 1004 Nr. 14 Bl. 2 R, 3 oben). Ob eine solche Wertung ihre Begründung in der Besonderheit des vorliegenden Falles - Einverständnis des Eigentümers mit dem Wiederaufbau und dessen Ausgestaltung, Grad des Kriegsschadens nach dem Sachverständigengutachten nur wenig über 50 % - finden könnte, mag dahinstehen. Mit der Zubilligung eines solchen Anspruches war jedenfalls die rechtliche Würdigung des Sachverhalts noch nicht abgeschlossen. Das Widerklagebegehren hatte nach dem Vortrag des Beklagten eine weitere Stütze in § 951 Abs. 1 BGB. Der Beklagte hatte in seinem Schriftsatz vom 1. April 1954 (GA Bl. 104) darauf hingewiesen, daß die Berechnung seines Anspruches

sich nach dem Werte des Hauses richten müsse, um den der Kläger nach Einstellung der Bauarbeiten bereichert gewesen sei. Im Auftrag des Beklagten wurden für seine Rechnung die Bauhandwerker tätig und nahmen die Verbindung beweglicher Sachen mit dem Grundstück vor, wodurch der Grundstückseigentümer auch das Eigentum an diesen Sachen und damit an den gesamten Wiederaufbauwerk erlangte. In einem solchen Falle kann der Besteller des Bauwerkes - hier der Beklagte - gemäß §§ 93, 94, 946, 951 BGB Ansprüche auf Wertersatz stellen. Er ist nicht auf den Ersatz seiner Aufwendungen beschränkt, die er für die Ausführung des Baues tatsächlich gemacht hat (RGZ 130, 310, 313). Der Anspruch aus § 951 Abs. 1 BGB ist auch nach oben nicht etwa durch die tatsächlichen Ausgaben begrenzt (BGHZ 17, 241, ebenso Dres. Reinicke IHR 1955, 540; a.A. Hipperdey, IHR 1955, 663 f und Klauser NJW 1958, 47, 49 VI 3). Er geht auf Wertersatz (§§ 951, 818 Abs. 2 BGB). Es kommt demnach darauf an, um wieviel sich der Ertragswert des Grundstücks (über die Berechnung des Ertragswertes vgl. Graff, Zeitgemäße Grundstücksbewertung 1956 S. 34 ff) durch den Auf- und Ausbau des Grundstücks erhöht hat. Zu vergleichen war demnach der Ertragswert des Ruinengrundstücks mit demjenigen des vom Beklagten ausgebauten Grundstücks zum Zeitpunkt des 1. August 1951, nämlich dem Tage, da der Beklagte den Ausbau des Hauses eingestellt hat. Der Unterschied zwischen beiden Werten ist der Wertersatz, den der Beklagte in Anspruch nehmen kann. Er braucht dem tatsächlichen Aufwand des Beklagten nicht zu entsprechen; er kann, wie bemerkt, auch darüber liegen. Insoweit nimmt der Beklagte teil an der Steigerung des Grundstückswertes. Darin, daß das Berufungsgericht lediglich auf die Aufwendungen des Beklagten, und zwar nach Abzügen für Minderleistungen und Fehlkonstruk-

tionen, und nicht auch auf die Wertsteigerung des Grundstückes durch den Ausbau abgestellt hat, liegt ein sachlich-rechtlicher Mangel des Urteils, der, auch wenn er nicht ausdrücklich gerügt wurde, zu beachten ist. Durch ihn kann der Beklagte auch benachteiligt sein. Errechnet sich nämlich für den Beklagten ein höherer Ertragswert, als seine vom Berufungsgericht anerkannten Aufwendungen ausmachen, so stünde dem Beklagten über den Zusppruch der Widerklage hinaus unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 951 Abs. 1 BGB ein weiterer Betrag zu. Diese Prüfung wird das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung unter Hinzuziehung des Sachverständigen noch vorzunehmen haben. Das Gutachten des Sachverständigen reicht nicht aus, um dem Senat eine genügende Grundlage für die Nachholung der Ertragswertberechnung abzugeben.

Das Berufungsurteil muß daher aufgehoben werden und zwar in seinem gesamten Umfange. Da noch nicht feststeht, wie hoch die Forderung des Beklagten ist, kann auch nicht über die Räumungsklage (Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung der Forderung des Beklagten) entschieden werden. Das Berufungsgericht wird einheitlich über Berufung und Anschlußberufung erneut erkennen müssen. Ergibt die Prüfung des Anspruches des Beklagten nach Maßgabe des § 951 Abs. 1 BGB einen geringeren Betrag, als er dem Beklagten bereits zugesprochen wurde, so behält es, abgesehen von der noch zu erörternden Dachtraufe, bei dem Berufungsurteil sein Bewenden, jedenfalls aus dem Grunde, weil nur der Beklagte das Berufungsurteil angefochten hat.

b) Zu den Prozeßrügen der Revision ist noch zu bemerken:

Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe Abzüge an den Aufwendungen des Beklagten gemacht, die in zwei Punkten nicht gerechtfertigt seien. Das treffe zu für die Ausführung der Traufe in der I. Straße und für die Mehrkosten der Treppe. In beiden Punkten sei die Arbeit gemäß dem ausdrücklichen Willen des Klägers ausgeführt worden. Es könne daher nicht geltend gemacht werden, die Arbeiten seien minderwertig. Zum ersten Punkt seien die angebotenen Zeugen nicht gehört und zum zweiten sei die Aussage des Zeugen Kr. nicht gewürdigt worden.

Was die Traufe anlangt, so wird in dem weiteren Verfahren zu prüfen sein, ob etwa diese Kosten im Auftrag des Klägers gemacht wurden und deshalb zu vergüten sind. Der Kläger kann, wenn er den Auftrag zum Ausbau der Traufe gegeben hat, nicht mehr einwenden, die Arbeit sei unzweckmäßig vorgenommen worden.

Zu der Frage der Kosten der Treppe sei nur darauf hingewiesen, daß der Sachverständige in seinen Nachtragsgutachten vom 3. März 1954 (Bl. 86 GA) ausdrücklich hervorgehoben hat, er habe die Treppe nicht als Leistung des Beklagten angeführt, weil diese Treppe durch den Kläger beschafft und bezahlt worden sei.

Inwiefern die Mangelhaftigkeit der Leistungen des Beklagten dadurch verschuldet worden sei, daß der Kläger dem Beklagten das Weiterbauen verboten habe, ist nicht ersichtlich. Die Revision hat hierzu auch nichts ausgeführt.

Die Revision rügt schließlich, daß das Berufungsgericht keine Ortsbesichtigung vorgenommen habe, obwohl das

Gutachten der Preisbehörde nicht auf Einzelheiten der Örtlichkeiten eingegangen sei. Das Berufungsgericht brauchte sich jedoch mit diesem Antrage nicht zu beschäftigen, weil es sich eine bessere Sachkunde, als sie die Preisbehörde hatte, nicht zutrauen konnte. Es ist aber nicht erkennbar, aus welchen Gründen das Berufungsgericht durch eine Ortsbesichtigung zu einer anderen Auffassung insoweit hätte kommen müssen.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus
Schuster

Dr. Augustin
Rothe