

Ch. 0378_P

015

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

BGB §§ 242 Be, 326 A

Treten bei einem langfristigen Vertrag über die Errichtung eines Bauwerkes im Verantwortungsbereich des Schuldners liegende baurechtliche Hindernisse auf, die es ersthaft in Frage stellen, ob der vereinbarte Bau überhaupt, oder doch jedenfalls rechtzeitig ausführbar ist, so kann der Gläubiger, wenn er ein berechtigtes Interesse an einer alsbaldigen Klärung hat, dem Schuldner eine angemessene Frist zum Nachweis setzen, daß die Hindernisse ausgeräumt sind und er kann damit die Erklärung verbinden, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Hauptleistung ablehne. Nach Ablauf der Frist kann er dann vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Hauptleistung des Schuldners verlangen.

BGH, Urt. v. 29. April 1970 - VIII ZR 120/68 - OLG Frankfurt (Main)
LG Frankfurt (Main)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 120/68

URTEIL

Verkündet am
29. April 1970
[REDACTED],
Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma M [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vertreten durch ihre Geschäftsführer Direktoren Friedel B [REDACTED] und Dr. Alois von R [REDACTED] in F [REDACTED] (M [REDACTED]), M [REDACTED] I [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] --

und der Firma M [REDACTED] & H [REDACTED] - I [REDACTED] -
offene Handelsgesellschaft, vertreten durch ihre persön-
lich haftenden Gesellschafter Kaufmann Wilhelm M [REDACTED]
und Kaufmann Alfred H [REDACTED], F [REDACTED] (M [REDACTED]), K [REDACTED]-
straße [REDACTED]

als Streithelferin der Klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
II. Instanz: F [REDACTED] (M [REDACTED]), F [REDACTED] -
straße [REDACTED] -

gegen

1. die Baugesellschaft G [REDACTED] offene Handelsgesellschaft Gr [REDACTED] & Co., vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter Kaufmann Chaim G [REDACTED], F [REDACTED] (M [REDACTED]), G [REDACTED]straße [REDACTED],

2. die persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten
zu 1., nämlich

a) die Kauffrau Cesia G [REDACTED] geborene C [REDACTED],

b) Kaufmann Chaim G [REDACTED],

beide wohnhaft in F [REDACTED] (M [REDACTED]), F [REDACTED]-
weg [REDACTED],

3. den Kaufmann Ignatz B [REDACTED], F [REDACTED] (M [REDACTED]),
F [REDACTED]-v-S [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -



Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. April 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Messner, Mormann, Dr. Reinhardt und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 15. Februar 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die sich mit der Unterbringung ihrer Verwaltung in F (M) in Raumnot befand, trat durch Vermittlung ihrer Streithelferin im Juni 1964 mit den Beklagten zu 1 und zu 3 (im folgenden die Beklagten) in Verbindung, die auf dem ihnen gehörenden Eckgrundstück U straße bis / K weg bis nach den bereits vorhandenen Bauplänen

ihres Architekten Professor C. [REDACTED] ein größeres Bürogebäude errichten und vermieten wollten. Die Beklagte zu 1, deren persönlich haftende Gesellschafter die Beklagten zu 2 sind, und der Beklagte zu 3 schlossen am 22. Juni 1964 mit der Klägerin einen von dieser entworfenen schriftlichen Mietvorvertrag, der u.a. folgenden Wortlaut hat:

- "1. Er (gemeint ist der Vermieter, das sind die Beklagten) verpflichtet sich, auf diesem Grundstück ein Bürohaus mit einer Gesamt-Mindestnutzfläche von 12 - 15 000 Quadratmetern zu errichten. Die Einzelheiten über den Ausbau und die Raumaufteilung richten sich nach den Bedürfnissen des Mieters (das ist die Klägerin), soweit sie den normalen Rahmen nicht überschreiten, und bleiben weiteren Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien vorbehalten. Schon jetzt sind sich die Parteien jedoch darüber einig, daß das Bürohaus in repräsentativer Weise und unter Berücksichtigung des vorgesehenen Zweckes ausgeführt wird.

Der Vermieter garantiert die kurzfristige Aufnahme der Bauarbeiten nach Abschluß der vorerwähnten Besprechungen und wird auch alles tun, daß das Bauvorhaben alsbald fertiggestellt wird. Auf Vorschläge von M. [REDACTED] (Klägerin), die der Beschleunigung der Durchführung des Bauvorhabens dienen sollen, wird der Vermieter eingehen. Es wird eine Bauzeit von 18 Monaten angestrebt.

6. Kommt der Mieter nicht oder nicht unverzüglich nach Fertigstellung des Mietobjektes in dessen uneingeschränkten und unmittelbaren Besitz, verpflichtet sich der Vermieter als Gesamtschuldner zur Zahlung einer Vertragsstrafe von DM 1 250 000. Von

der Zahlung der Vertragsstrafe bleiben Schadensersatzansprüche unberührt. Dasselbe gilt bei einer überwiegend vom Vermieter verursachten Überschreitung der angestrebten Bauzeit um mehr als 6 Monate jedoch mit der Maßgabe, daß für den 7. und jeden weiteren Monat jeweils ein Sechstel der Vertragsstrafe fällig wird."

Spätestens bei Bezugsfertigkeit sollte ein zehnjähriger Mietvertrag abgeschlossen werden. Als Mietzins waren 9 DM/qm für die Büronutzfläche, 12 DM/qm für die im Erdgeschoß geplanten Ausstellungsräume, 5 DM/qm für die Kellergaragen und für nicht überdachte PKW-Einstellplätze ein Preis von je 30 DM vorgesehen.

Die vorgesehenen Besprechungen begannen am 6. Juli 1964. Am 22. September 1964 schrieb die Klägerin an die Beklagten:

"Wir beziehen uns auf die Besprechung vom 9.9.1964 in unserem Hause und dürfen der guten Ordnung halber folgendes festhalten:

Sie liessen uns wissen, daß sich die Stadt F[REIBURG]/M[ÜNCHEN] an die Ihnen mündlich gegebenen Auskünfte über die Möglichkeit der Durchführung des Projektes nicht hält und nur eine Ausnutzungsziffer von 2,7 zugestehen will. Die genannte Ausnutzungsmöglichkeit läßt die Errichtung eines Verwaltungsgebäudes in dem vereinbarten Umfang nicht zu. Deshalb wollten Sie sich nochmals nachdrücklich für die Erteilung der Genehmigung durch die Stadt F[REIBURG]/M[ÜNCHEN] einsetzen. Es wurde vereinbart, daß Sie uns innerhalb von vier Wochen verbindlich erklären, ob es Ihnen möglich ist, das Verwaltungsgebäude in der beabsichtigten

Größe zu errichten. Es wurde auch keine Unklarheit darüber gelassen, daß wir nach Ablauf der vereinbarten Frist, die uns aus dem Verträge zustehenden Rechte geltend machen werden."

In einem weiteren Schreiben vom 12. Oktober 1964 führte die Klägerin aus:

"Der guten Ordnung halber bestätigen wir Ihnen das Ergebnis der Unterredung zwischen Herrn B. (das ist der Beklagte zu 3) und den Unterzeichnern am vergangenen Freitag-nachmittag wie folgt:

.....

Im Hinblick auf die in der Besprechung vom 9. v. Mts. gesetzte und mit Schreiben vom 22. v. Mts. bestätigte Vierwochenfrist, die am 7. ds. Mts. abgelaufen war, hat sich die M. GmbH auf Drängen von Herrn B. trotz erheblicher Bedenken bereit erklärt, eine Nachfrist bis zum 15. November 1964 zu geben. Spätestens zu diesem Zeitpunkt muß von den Bauherren nachgewiesen werden, daß es ihnen möglich ist, das Verwaltungsgebäude in der abgesprochenen, im Vormietvertrag zugesicherten und bereits mit Plänen belegten Größe zu errichten; eine solche verbindliche Erklärung muß durch eine nachzuweisende verbindliche Zusage der zuständigen Stelle des Magistrats der Stadt Frankfurt am Main gesichert sein. Bis zum gleichen Zeitpunkt ist auch die Ausstattung anhand der uns in Bälde zu übermittelnden Baubeschreibung, evtl. mit Einzelplänen, abzusprechen.

Die Vertreter der M. GmbH haben Herrn B., der dafür Verständnis hatte, wiederholt dargelegt, daß ihre Gesellschaft die von den Bauherren zugesicherten und zu vertretenden Voraussetzungen für den Vormietvertrag als nicht gegeben ansehe, wenn nicht bis zum 15. November ds. Js. der obige Nachweis erbracht werden könne und eine Einigung über die Bauausstattung erreicht sei.

Mehrfach wurde herausgestellt, daß Geschäftsgrundlage für den Abschluß des Miet-Vorvertrages vom 22. Juni 1964 gewesen sei einmal die Bezugsfertigkeit des Bürogebäudes mit einer Gesamtnutzfläche von 12 bis 15 000 Qadratmetern bis Ende 1965, zum anderen die Einigung über die Bauausstattung (Baubeschreibung)....."

Die Beklagten wandten sich durch Rechtsanwaltschreiben vom 11. November 1964 gegen diese Fristsetzungen, erklärten, daß sie nach wie vor zum Vertrag stünden und ihn erfüllen würden, bestritten aber, daß der Termin der Bezugsfertigkeit Geschäftsgrundlage des Mietvorvertrages gewesen sei. Am 9. Dezember 1964 schrieb die Klägerin an die Beklagten:

"Ihr Anwalt hat uns mit seinem Schreiben vom 11 v.Mts. wissen lassen, daß Sie sich nicht an die - vollends nicht in der vereinbarten Frist - Verpflichtung zur Sicherung des erforderlichen Bauvolumens gebunden fühlen, die u.a. die Voraussetzung schon für den Abschluß des Miet-Vorvertrages vom 22. Juni ds. Js. gewesen ist. Da Sie uns das Vorliegen dieser wesentlichen Voraussetzung nicht nachgewiesen haben, aber trotzdem die Angelegenheit in der Schwebe halten wollen, ist eine Situation geschaffen, durch die, unbeschadet weiterer rechtlicher Folgen, uns erheblicher Schaden entsteht. Dieser Schaden wird um so größer sein, wenn Sie uns auf unser Schreiben vom 24. v.Mts., mit dem wir uns unter Wahrung unserer Rechte aus der zum 15./16. November ds.Js. sich ergebenden Situation Sie um Auskunft gebeten haben, bis wann Sie uns die Erteilung der fraglichen "verbindlichen Zusage" der zuständigen Magistratsstelle mitteilen wollten, nun nicht antworten.

Wir fragen uns, ob Sie uns die Schlüsselfrage wohl bis zum 31. Dezember 1964 positiv

beantwortet werden, übrigens einem Zeitpunkt, der von Herrn B. selbst in der Besprechung vom 9. Oktober ds. Js. als verbindlicher Termin vorgeschlagen worden ist, zu dem von Ihnen die amtliche Zusage wegen des benötigten Bauvolumens beigebracht werden könnte. Falls Sie bis zu diesem Termin Ihrer Verpflichtung nicht nachkommen, ist es für jedermann offensichtlich, daß Sie Ihre vertragliche Leistung nicht erfüllen können. Unbeschadet der jetzt schon gegebenen Rechte wollen Sie dieses Schreiben als eine Nachfristsetzung im Sinne von § 326 BGB ansehen mit der Folge, daß wir nach dem 31. Dezember 1964 die Annahme Ihrer Leistung ablehnen."

An einer am 29. Januar 1965 bei der Stadtverwaltung unter Beteiligung der Parteien bzw. ihrer Vertreter abgehaltenen Besprechung stellte sich heraus, daß eine Genehmigung über die Ausnutzungsziffer 2,6 hinaus nicht zu erwarten war, und daß danach zur Erstellung eines den Raumbedürfnissen der Klägerin genügenden Gebäudes der Zukauf weiterer Grundstücke durch die Beklagten erforderlich war. Der Beklagte zu 3 erklärte, die erforderlichen Grundstücke könnten umgehend erworben und der Bau bis Ende 1966 fertiggestellt werden. Mit Rechtsanwaltschreiben vom 14. Mai 1965 teilten die Beklagten der Klägerin mit, das Planungsamt der Stadt Frankfurt habe zugesagt, daß das Gebäude an der beabsichtigten Stelle in der vorvertraglichen festgelegten Form errichtet werden könne. Die am 24. Mai 1965 der Klägerin zugeleiteten Pläne des inzwischen von den Beklagten mit der Planung beauftragten Architekten H. sandte die Klägerin ohne Stellungnahme zurück. Mit Schreiben des Rechtsanwalts W. vom 22. Juni 1965 verlangte sie

innerhalb von zwei Wochen die Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe von 1 250 000 DM. Die Beklagten setzten nunmehr mit Rechtsanwaltschreiben vom 22. Dezember 1965 ihrerseits der Klägerin eine Frist zur Stellungnahme zu den ihr vorgelegten Bauplänen und verlangten schließlich mit Schreiben vom 14. April 1966 Schadensersatz in Höhe von 1,7 Millionen DM.

Mit der Begründung, sie habe an die Streithelferin nach Abschluß des Mietvorvertrages eine Provision von 50 000 DM zahlen müssen, verlangt die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit Zahlung dieses Betrages als Schadensersatz. Hilfsweise hat sie ihren Anspruch als Teilbetrag der verwirkten Vertragsstrafe gefordert.

Die Beklagten haben Widerklage auf Zahlung von 100 000 DM erhoben.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage abgewiesen. Die Berufung blieb ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den abgewiesenen Anspruch weiter. Die Beklagten haben beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat Zweifel, ob der Mietvorvertrag vom 22. Juni 1964 wirksam ist, weil in ihm Vereinbarungen über Ausbau und Einteilung des geplanten Bürogebäudes vorbehalten worden seien, insoweit al-

so eine abschließende Einigung fehle. Es unterstellt aber, daß der Vertrag wirksam geschlossen wurde.

Da die Parteien übereinstimmend bis zuletzt davon ausgegangen sind, daß eine wirksame beiderseits bindende Vereinbarung getroffen wurde, sind diese Zweifel nicht berechtigt. Das Berufungsgericht, an das die Sache, wie noch auszuführen sein wird, zurückverwiesen werden muß, wird erneut Gelegenheit haben, sich mit dieser Frage abschließend auseinanderzusetzen. Mit dem Oberlandesgericht ist jedenfalls in der Revisionsinstanz zu unterstellen, daß der Vertrag vom 22. Juni 1964 wirksam ist.

II. 1. Die Klägerin trägt vor, die Parteien seien sich darüber einig gewesen, daß das Gebäude zum 31. Dezember 1965 bezugsfertig sein solle. Jedenfalls sei das Geschäftsgrundlage gewesen. Im Herbst 1964 sei aber höchst zweifelhaft gewesen, ob das Bürohaus überhaupt werde errichtet werden können. Jedenfalls habe festgestanden, daß der verabredete Termin der Bezugsfertigkeit nicht eingehalten werden konnte. Nach Treu und Glauben habe die Klägerin bei dieser Sachlage nicht bis zum 31. Dezember 1965 zuzuwarten brauchen, um ihre Rechte aus § 326 BGB geltend zu machen. Vielmehr habe sie den Beklagten eine Frist setzen dürfen, innerhalb deren verbindlich zu klären war, ob die Baubehörden der Errichtung des geplanten Gebäudes doch noch zustimmten. Da diese Frist fruchtlos verstrichen sei, könne sie die Beklagten auf Er-

satz der ihr entstandenen Schäden in Anspruch nehmen.

2. Das Berufungsgericht führt dazu aus, ein fester Termin für die Bezugsfertigkeit sei nicht vereinbart worden und auch nicht Geschäftsgrundlage gewesen. Das greift die Revision ohne Erfolg an.

a) Mit Recht begründet das Berufungsgericht seine Auffassung mit dem Wortlaut des Mietvorvertrages, der einen bestimmten Kalendertermin für die Fertigstellung des Gebäudes nicht enthält. Der Vertrag bestimmt in Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 lediglich, daß eine Bauzeit von 18 Monaten angestrebt wird. Darin liegt, was keiner weiteren Erörterung bedarf, keine Festlegung auf eine bestimmte Höchstdauer der Bauarbeiten. Diese ergibt sich vielmehr aus Nr. 6 Satz 2 des Vertrages. Die dort vereinbarte Vertragsstrafe war erst bei einer Überschreitung der angestrebten Bauzeit um mehr als 6 Monate verwirkt. Die Feststellung des Berufungsgerichts, den Beklagten sei eine Bauzeit von 2 Jahren eingeräumt worden, ist demnach rechtlich einwandfrei. Erkennbar ist das Berufungsgericht der Ansicht, daß es sich dabei um die reine Bauzeit, d.h. um den Zeitraum vom Beginn der Bauarbeiten bis zur Bezugsfertigkeit des Gebäudes handelt. Auch das ist angesichts des Wortlautes der Nr. 1 Abs. 2 des Vertrages bedenkenfrei.

Da der Mietvorvertrag am 22. Juni 1964 abgeschlossen worden ist, konnten die Beklagten schon an-

gesichts der vereinbarten Bauzeit mit der Fertigstellung des Mietobjekts vor dem 22. Juni 1966 keinesfalls in Verzug geraten. Es kommt hinzu, daß nach Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 des Mietvorvertrages über den Ausbau und die Raumaufteilung des geplanten Bürohauses noch weitere Vereinbarungen der Parteien vorbehalten waren. Für die Dauer der dazu notwendigen Besprechungen wurde eine Frist nicht festgelegt. Jedoch garantierten die Beklagten nach Nr. 1 Abs. 2 Satz 1 des Vertrages "die kurzfristige Aufnahme der Bauarbeiten nach Abschluß der vorerwähnten Besprechungen". Daraus ergibt sich zwingend, daß der Baubeginn ebenfalls nicht nach dem Kalender festgelegt war, sondern je nach der Dauer der den Innenausbau betreffenden Besprechungen sich verzögern konnte, wenn auch beide Teile davon ausgegangen sein mögen, daß diese Besprechungen zügig vorankommen würden. Damit verschob sich aber zwangsläufig der sich nach der reinen Bauzeit ergebende Fertigstellungstermin weiter über den 30. Juni 1966 hinaus.

b) Die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe nicht den unter Beweis gestellten Vortrag berücksichtigt, wonach die Beklagten mündlich eine Fertigstellung zum 31. Dezember 1965 zugesichert hätten oder dieser Termin zumindest Geschäftsgrundlage gewesen sei.

Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag als richtig unterstellt, ihm jedoch angesichts des Vertragswortlauts keine rechtliche Bedeutung beigemessen. Das ist nicht zu beanstanden.

Schriftliche Verträge haben grundsätzlich die Vermutung für sich, daß ihr Inhalt das Vereinbarte zutreffend und vollständig wiedergibt. Wer etwas Abweichendes geltend macht, ist dafür beweispflichtig. Handelt es sich dabei, wie hier, um den Inhalt eines von dem Beweispflichtigen selbst entworfenen Vertrages, so genügt indessen die bloße Behauptung einer anderweitigen Vereinbarung nicht. Vielmehr muß dann dargetan werden, worauf es beruht, daß der Inhalt von dem angeblich Besprochenen abweicht. Das gilt vor allem dann, wenn es sich um eine Abweichung von erheblicher rechtlicher und wirtschaftlicher Tragweite handelt, und wenn der Beweispflichtige, von dem der Vertragstext stammt, über große wirtschaftliche Erfahrung und Gewandtheit verfügt und überdies beim Vertragsschluß rechtlich beraten ist, wie das von der Klägerin, einem bedeutenden wirtschaftlichen Unternehmen gilt.

Die Klägerin behauptet, der Fertigstellungstermin vom 31. Dezember 1965 sei für sie von ausschlaggebender Bedeutung gewesen. Dann aber ist es unverständlich, daß sie diesen Termin in den von ihr entworfenen Vertragstext nicht aufgenommen, sondern ihm einen mit dem angeblich Verabredeten widersprechenden Wortlaut gegeben hat (vgl. die Ausführungen III 2 a). Zur Begründung dieses auffallenden Verhaltens kann sich die Klägerin auf den bei den Vertragsverhandlungen von der Beklagten vorgelegten "Zeitplan" schon deshalb nicht berufen, weil dieser Mitte September 1965 endende Plan bereits im April 1964 mit der

Einreichung des Baugesuchs begann. Bei Vertragschluß (22. Juni 1964) stand aber fest, daß das Baugesuch frühestens eingereicht werden konnte, wenn aufgrund der vorgesehenen Besprechungen über den Innenausbau die Baupläne fertiggestellt waren.

Nach allem ist es deshalb kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht bei Unterstellung des Vortrags der Klägerin annimmt, die Beklagten hätten hinsichtlich der Bezugsfertigkeit des Gebäudes weder eine feste Terminusage gegeben, noch sich auf einen Fertigstellungstermin zum 31. Dezember 1965 als Geschäftsgrundlage eingelassen.

Die Klägerin kann danach keine Rechtsfolgen daraus herleiten, daß sich Ende 1964 mit Sicherheit herausgestellt hatte, das Bürohaus werde zum 31. Dezember 1965 nicht bezugsfertig sein.

III. Gleichwohl hat die Revision Erfolg.

1. Wie die Vereinbarung einer "angestrebten" Bauzeit und einer Vertragsstrafe bei deren Überschreitung um mehr als 6 Monate zeigt, stand es den Beklagten nicht völlig frei, wann sie durch Erstellung des geplanten Gebäudes die Voraussetzung für den Beginn des vorgesehenen Mietverhältnisses schufen. Wenn auch kein bestimmter Fertigstellungstermin, so war doch eine Befristung der Bauzeit vereinbart. In diesem Zusammenhang beachtet das Berufungsgericht, was die Revision mit

Recht rügt, zu wenig, daß dem Mietvorvertrag ein ausgearbeiteter Bauplan des Architekten der Beklagten, Professor C■■■■■, zugrunde lag, der, so muß in der Revisionsinstanz unterstellt werden, den Bedürfnissen und Ansprüchen der Klägerin genügte, und der für die Grundstücke angefertigt worden war, die damals bereits den Beklagten gehörten. Die Klägerin hat es nicht etwa abgelehnt, diesen Plan zum Gegenstand des Vertrages zu machen, wie die Beklagten behaupten. Im Schreiben der Klägerin vom 30. Juni 1964 heißt es lediglich, daß die vorliegende Baubeschreibung nicht verbindlich sei. Das verstand sich angesichts der im Mietvorvertrag vorgesehenen weiteren Besprechungen über Innenausbau und Ausstattung ohnehin von selbst. Auch die Aktennotiz, die Professor C■■■■■ über die am 6. Juli 1964 im Verwaltungsgebäude der Firma N■■■■■ in V■■■■■ abgehaltene Besprechung anfertigte, zeigt, daß der vorhandene Plan Grundlage für das zu errichtende Bürohaus blieb, und daß es bei den vertraglich vorgesehenen Besprechungen nur um den Innenausbau und vor allem um die Ausstattung ging. Nicht nur die Klägerin, sondern auch die Beklagten gingen demnach bei Abschluß des Vertrages vom 22. Juni 1964 davon aus, daß auf den den Beklagten gehörenden Grundstücken nach Abschluß dieser Besprechungen ein Verwaltungsgebäude nach den bereits vorhandenen Plänen Professor C■■■■■s in einer Bauzeit von höchstens zwei Jahren errichtet werden konnte.

2. Hierin trat eine Änderung ein, als sich herausstellte, daß die zuständigen Stellen der Stadt Frankfurt eine höhere Bauausnutzungsziffer als 2,6 nicht ge-

nehmigen würden. Das hatte nicht nur zur Folge, daß die Beklagten, um ein den Raumerfordernissen der Klägerin entsprechendes Gebäude erstellen zu können, weitere Grundstücke hinzuerwerben mußten. Darüber hinaus war auch die Anfertigung eines völlig neuen Bauplanes erforderlich.

Das Berufungsgericht hätte sich deshalb mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die Klägerin unter diesen Umständen sich am Vertrag festhalten lassen mußte, obgleich jedenfalls zunächst völlig unsicher war, ob die Beklagten überhaupt in der Lage sein würden, ein dem Mietvorvertrag entsprechendes Gebäude zu errichten, und obgleich eine nicht unerhebliche Verzögerung zumindest des Baubeginns unvermeidlich geworden war. Bei der wirtschaftlichen Bedeutung des vorgesehenen Mietverhältnisses konnte es durchaus gerechtfertigt sein, daß die Klägerin es bei der entstandenen Unsicherheit nicht einfach bewenden und darauf ankommen ließ, die Beklagten würden irgendwann in der Lage sein, ein vertragsmäßiges Verwaltungsgebäude zu errichten. Ob und wann es dazu kommen würde, hing in erster Linie davon ab, ob die Beklagten bei den zuständigen städtischen Stellen doch noch eine höhere Ausnutzungsziffer als 2,6 durchsetzten, oder ob es ihnen gelang, weitere Grundstücke hinzuzuerwerben, und schließlich, ob die dann anzufertigenden neuen Pläne im Rahmen der zulässigen Bauausnutzungsziffer den Raumansprüchen der Klägerin genügten. Das von Professor C. [REDACTED] geplante Gebäude jedenfalls konnte, wenn die Genehmigung der Überschreitung der an sich nur zulässigen Bauausnut-

zungsziffer versagt wurde, nicht erstellt werden. Es bestand also insoweit ein möglicherweise unüberwindliches Hindernis für die Erbringung der von der Beklagten vorvertraglich versprochenen Leistung. Zumindest drohte eine erhebliche Leistungsverzögerung.

Beides - Unmöglichkeit und Verzug - war von den Beklagten jedenfalls dann zu vertreten, wenn, was das Berufungsgericht noch nicht geprüft hat, dem Mietvorvertrag zu entnehmen sein sollte, daß die Beklagten die unbedingte Verpflichtung zur Schaffung des zu vermietenden Gebäudes übernommen hatten. Im allgemeinen wird bei Verträgen des hier vorliegenden Inhalts der künftige Mieter mangels eines entgegenstehenden Vorbehalts seines Vertragspartners davon ausgehen dürfen, daß alle etwaigen baurechtlichen Hindernisse vom Gegner, dem künftigen Vermieter, in dessen Risikobereich sie fallen, beseitigt sind oder doch beseitigt werden, so daß die Durchführbarkeit des Vertrages nicht an der Versagung einer etwa notwendigen behördlichen Genehmigung scheitert. Für eine derartige Garantie könnte hier der eigene Vortrag der Beklagten sprechen, sie hätten bei den Vertragsverhandlungen zum Ausdruck gebracht, die Klägerin brauche sich um die baurechtlichen Fragen nicht zu kümmern, das sei ihre, der Beklagten, Sache (Schriftsatz vom 1. November 1966 GA Bl. 56, 62). Sollte es an einer Garantie des bezeichneten Inhalts fehlen, so könnten die Beklagten ein Verschulden an der Unmöglichkeit oder Verzögerung der Durchführung des Bauvorhabens dann treffen, wenn sie die Vermietung des erst noch zu errich-

tenden Gebäudes in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zweifelhaftigkeit der baurechtlichen Zulässigkeit des Projekts zugesagt hatten. Im Rahmen der §§ 275, 285, 325, 326 BGB muß auch eine nicht unmittelbar verschuldete Unmöglichkeit oder Verzögerung der Leistung als vom Schuldner zu vertreten angesehen werden, wenn er bei Vertragschluß bei gehöriger Überlegung mit einem solchen Ausgang rechnen mußte; denn damit hat er, von Ausnahmefällen abgesehen, diese Gefahr auf sich genommen und kann sich deshalb schon nach Treu und Glauben seinem Vertragsgegner gegenüber nicht auf Unvermögen oder unverschuldete Leistungsverzögerung berufen (Senatsurteil vom 12. Januar 1960 - VIII ZR 34/59 = MDR 1960, 304 = BB 1960, 303 = Betrieb 1960, 261 mit Nachweisen).

3. Hätten sich die Beklagten danach im Falle des Verzugs oder der Unmöglichkeit einer Haftung nicht entziehen können, so muß die Klägerin, obwohl weder das eine noch das andere schon eingetreten war, als berechtigt angesehen werden, in rechtsähnlicher Anwendung des § 326 BGB den Beklagten eine Frist zu setzen, innerhalb deren diese zu klären hatten, ob die Vertragserfüllung überhaupt und gegebenenfalls wann möglich wurde. Das gebietet die Rücksicht auf Treu und Glauben. Der Klägerin konnte nicht zugemutet werden, noch viele Monate zuzuwarten, um etwaige Rechte aus §§ 325, 326 BGB geltend zu machen. Vielmehr mußte es ihr gestattet sein, alsbald eine Klärung herbeizuführen, um gegebenenfalls sich anderweitig wegen der Befriedigung ihres Raumbedarfs entscheiden zu können.

Auch das Berufungsgericht verkennt das nicht. Es meint indessen, die Klägerin sei zur Fristsetzung deshalb nicht berechtigt gewesen, weil der die Fälligkeit der Leistung bestimmende Beginn der Bauzeit nicht eingetreten sei. Die Parteien hätten nämlich nicht die im Mietvorvertrag vorgesehene Vereinbarung über den Innenausbau geschlossen, weil die Klägerin nicht auf die ihr vorgelegten Pläne eingegangen sei.

Dem kann nicht gefolgt werden. Ob der Bau des geplanten Gebäudes überhaupt oder in absehbarer Zeit in Angriff genommen werden konnte, hing, wie den Parteien seit September 1964 bekannt war, zunächst allein davon ab, ob der Raumbedarf der Klägerin auf den vorhandenen Grundstücken der Beklagten mit der Bauausnutzungsziffer von 2,6 in Einklang zu bringen war. Wurde das, wovon hier auszugehen ist, völlig ungewiß, so brauchte die Klägerin zu den Plänen Professor C. nicht Stellung zu nehmen. Die Zustimmung der Klägerin zu der ihr Ende November 1964 von Professor C. vorgelegten Baubeschreibung konnte, wenn die zuständigen Behörden der Errichtung des Gebäudes in der geplanten Größe nichts mehr in den Weg legten, kurzfristig nachgeholt werden. Jedenfalls brauchte die Klägerin, nachdem die Durchführung des Projektes überhaupt zweifelhaft geworden war, zunächst nicht an dem Zustandekommen der dann möglicherweise nutzlosen Vereinbarung über den Innenausbau des Bürohauses als Voraussetzung einer Fristsetzung mitzuwirken.

4. Der entsprechenden Anwendung der Vorschrift des § 326 BGB steht nicht im Wege, daß der Nachweis der Erteilung der Genehmigung der für den Bau des geplanten Gebäudes erforderlichen Ausnutzungsziffer nicht Gegenstand der im Mietvorvertrag versprochenen Leistung der Beklagten, jedenfalls keine Hauptleistung war. Ist die Erfüllung oder jedenfalls die rechtzeitige Erfüllung eines Vertrages wegen des Fehlens einer tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzung fraglich, so kann es, wenn wie hier dem Gläubiger ein weiteres Zuwarten nicht zugemutet werden kann, zulässig sein, dem Schuldner eine angemessene Frist zum Nachweis der Beibringung oder Schaffung dieser Voraussetzung in entsprechender Anwendung des § 326 BGB auch dann zu setzen, wenn es sich insoweit nicht um eine Hauptleistung des Schuldners handelt.

5. Die Fristsetzungen, die mit den Schreiben der Klägerin vom 22. September und vom 12. Oktober 1964 erfolgten, waren nicht geeignet, die Rechtsfolgen des § 326 BGB auszulösen, weil es an der erforderlichen klaren Androhung der Ablehnung der Annahme der Leistung nach fruchtlosem Fristablauf fehlte. Dagegen hat die Klägerin im Schreiben vom 9. Dezember 1964, in dem sie erneut eine Frist, diesmal bis zum 31. Dezember 1964 setzte, angekündigt, daß sie nach diesem Zeitpunkt die Annahme der Leistung ablehnen werde. Eine Fristsetzung ohne eine der Vorschrift des § 326 BGB entsprechende Androhung ist wirkungslos. Die Nachholung am 9. Dezember 1964 bewirkte keine Heilung, sondern hatte nur zur Folge, daß nunmehr erst eine nach § 326 BGB wirksame Frist in Lauf gesetzt war (RGZ 120, 193).

6. Ob diese Frist den Umständen nach angemessen war, obgleich ein erheblicher Teil in die Weihnachtszeit fiel, wird das Berufungsgericht, an das der Rechtsstreit zurückzuverweisen ist, zu prüfen haben. Gegebenenfalls setzte das Schreiben vom 9. Dezember 1964 zumindest eine angemessene Frist in Lauf. Auch darüber, wie lange diese zu bemessen ist, wird das Berufungsgericht zu befinden haben. Dabei wird einerseits zu berücksichtigen sein, zu welchem Zeitpunkt aufgrund der im Mietvorvertrag vereinbarten Bauzeit und der mutmaßlichen Dauer der vor Beginn notwendigen Besprechungen die Fertigstellung des Bürogebäudes in etwa zu erwarten war. Die Ausdehnung der Frist über einen Zeitpunkt hinaus, von dem an die Bezugsfertigkeit innerhalb der nach dem Inhalt des Vertrags zu erwartenden Zeit keinesfalls mehr möglich war, könnte nicht gebilligt werden. Auch darf nicht außer acht gelassen werden, daß die Klägerin etwa notwendige anderweitige Entschlüsse zur Behebung ihres Raumbedarfs nicht mit Rücksicht auf die Interessen der Beklagten auf unzumutbare Zeit zu verschieben brauchte.

Das Berufungsgericht wird aber auch zu untersuchen haben, ob die Beklagten, wie sie meinen, nicht schon durch den von ihnen behaupteten Zukauf weiterer Grundstücke bereits im November 1964 die Voraussetzungen dafür geschaffen hatten, daß auch bei einer Bauausnutzungsziffer von nur 2,6 ein dem Mietvorvertrag entsprechendes Gebäude erstellt werden konnte.

IV. Die Klägerin begründet bisher den von ihr geltend gemachten Zahlungsanspruch in erster Linie mit der Maklerprovision, die sie ihrer Streithelferin nach Abschluß des Mietvorvertrages habe zahlen müssen. Ob es sich insoweit wirklich um einen Teil des sog. Erfüllungsinteresses handelt (vgl. dazu RG Recht 1912 Nr. 1594), könnte zweifelhaft sein, wäre aber jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Klägerin zur Erlangung anderer Räume für ihre Verwaltung entsprechende Beträge aufwenden mußte, die sie nicht hätte zahlen müssen, wenn der mit den Beklagten geschlossene Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Im übrigen wäre, wenn die Beklagten bei Vertragsschluß sich schuldhaft über die baurechtlichen Schwierigkeiten hinweggesetzt haben sollten (s.o. Nr. III 2), ein Anspruch auf Ersatz dieser Vertragskosten auch nach den Grundsätzen über die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß begründet. Dieser - grundsätz- lich nur auf Ersatz des sog. Vertrauensinteresses gerichtete - Anspruch wäre durch das Vorgehen der Klägerin nach § 326 BGB nicht beseitigt worden. Denn ausgeschlossen ist es nur, daß positives und negatives Interesse nebeneinander geltend gemacht werden.

V. Da das angefochtene Urteil aus den dargelegten Gründen nicht bestehen bleiben kann, war der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entschei-

dung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das
ja nach dem Ausgang der Hauptsache auch über die Ko-
sten der Revision zu entscheiden haben wird.

Dr. Haidinger

Dr. Messner

Mormann

Dr. Reinhardt

Braxmaier