

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 67/75

URTEIL

Verkündet am

24. November 1976

Scheibl,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma A [REDACTED] & Sch [REDACTED] Großhandelsgesellschaft mit
beschränkter Haftung in E [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten
durch ihre Geschäftsführer Renate W [REDACTED] geb. A [REDACTED] in
E [REDACTED], Kl [REDACTED]straße und Klaus Sch [REDACTED] in E [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Witwe Gertrud Ni [REDACTED] geb. Ufer in E [REDACTED], Ke [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1976 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Hiddemann, Wolf, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 21. Januar 1975 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Widerklage in Höhe von 3 280 DM abgewiesen hat.

Es haben zu tragen: Von den Kosten der ersten Instanz die Klägerin 2 % und die Beklagte 88 %, von den Kosten des zweiten Rechtszuges die Klägerin 13 % und die Beklagte 82 %, von den Kosten der ersten Revisionsinstanz die Klägerin 25 % und die Beklagte 70 % und von den Kosten des zweiten Revisionsrechtszuges die Beklagte 98 %.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die restlichen Verfahrenskosten, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin war bis zum Jahre 1971 Eigentümerin des Grundstücks E■■■■, Ke■■■■straße ■■■, ■■■, ■■■. In den Jahre 1960 und 1961 errichtete sie auf dem Grundstück Wohn- und Geschäftshäuser. In dem Bauschein vom 28. November 1960 war ihr auch die Genehmigung erteilt, eine Sammelgarage mit 14 Einstellplätzen wiederaufzubauen. Deren Errichtung stellte sie zunächst zurück. Sie plante nämlich damals den Bau einer unter dem Hof liegenden 500 qm großen Tiefgarage mit 22 Boxen, auf der dann 14 ebenerdige Garagen errichtet werden sollten. Im Juni 1961, als die als Tiefgarage geplante Hofunterkellerung bereits in Bau war, sah die Klägerin von der Durchführung dieses Planes ab.

Durch Vertrag vom 27. August 1961 mietete die Beklagte, die bereits je einen Laden in den Häusern Ke■■■■straße ■■■ und ■■■ gemietet hatte, die "Lagerräume" im Hofgelände zu einem monatlichen Mietzins von 1 000 DM. Am 4. Oktober 1961 schlossen die Parteien unter Aufhebung aller vorhergehenden Mietverträge einen neuen Mietvertrag über die beiden Läden und die Hofunterkellerung, die in diesem Vertrag als "Verkaufshalle" bezeichnet wurde, ab. Sie vereinbarten einen monatlichen Mietzins von insgesamt 2 800 DM. Der Mieterin sollte für ihre eigenen Fahrzeuge und die ihrer Kunden als Parkplatz der Raum vor den Läden und der Platz über der Verkaufshalle zur Verfügung gestellt werden, soweit die Einfahrten zu den Garagen nicht behindert würden. Ferner hieß es in dem Vertrag, die Anmietung der aufgeführten drei Mietobjekte durch die Mieterin erfolge unter der Voraussetzung, daß die Vermieterin



die behördliche Genehmigung zur gewerblichen Benutzung aller Räume erwerbe. Die Vermieterin sollte nach dem Vertrag die Geschäftsräume und die Verkaufshalle bis spätestens 20. Oktober 1961 bezugsfertig übergeben. Sie stellte der Beklagten, die am 1. Oktober 1961 eine Zahlung in Höhe von 2 100 DM geleistet hatte, bis zur Fertigstellung der in Aussicht genommenen Büroräume alsbald andere Räume im Hause Ke[REDACTED]straße [REDACTED] zur Verfügung. Bei dem Abschluß beider Verträge wurde die Klägerin durch den bauleitenden Architekten, den Dipl. Ing. B[REDACTED], vertreten.

Die Beklagte, die beabsichtigte, in den Mieträumen einen Selbstbedienungsgroßhandel zu betreiben, wollte einen Laden als Erfrischungsraum und die Hofunterkellerung als Verkaufsstelle einrichten. Sie bestellte hierfür u.a. am 4. Januar 1962 bei der Firma Wilhelm G[REDACTED] & Co. KG 100 Einkaufswagen und am 6. Februar 1962 bei der Firma Gebrüder R[REDACTED] oHG für insgesamt 34 000 DM Regale und Stellagen.

Nachdem das Dach der Hofunterkellerung fertiggestellt war, wurde auf ihm mit dem Bau der 14 Garagen und mit der Anlage einer Grünfläche und eines Kinderspielfeldes begonnen. Die Beklagte erwirkte darauf am 21. Februar 1962 eine einstweilige Verfügung gegen die Klägerin (12 G 12/62 AG Essen), durch die der Klägerin aufgegeben wurde, den Bau von mehr als drei Garagen und die Anlage der Grünfläche und des Kinderspielfeldes über der Hofunterkellerung zu unterlassen. Durch Urteil vom 13. März 1962 wurde auf den Widerspruch der Klägerin die einstweilige Verfügung wieder aufgehoben, weil das Gericht die tatsächlichen Behauptungen der Beklagten nicht als hinreichend glaubhaft gemacht ansah.

Mit Schreiben vom 21. Februar 1962 bat B. [REDACTED] namens der Klägerin das Bauaufsichtsamt der Stadt E. [REDACTED] um die bauaufsichtliche Genehmigung der Hofunterkellerung. In diesem Antrag gab er an, daß eine Nutzung für Lagerzwecke vorgesehen sei. Er trug vor, es ständen Verhandlungen vor dem Abschluß, die Hofunterkellerung in Gemeinschaft mit zwei Läden des Hauptgebäudes zu vermieten. Durch Nachtragsbauschein vom 26. März 1962 wurde darauf der Klägerin die baurechtliche Genehmigung erteilt, eine befahrbare Hofunterkellerung als Auslieferungslager zu bauen. In dem Bauschein wurde die Klägerin ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die angehefteten Bedingungen des Gewerbeaufsichtsamtes zu beachten seien, in denen es hieß, in den Lagerräumen dürften nur kurzzeitige, mit dem Ein- und Auslagern zusammenhängende Arbeiten ausgeführt werden und die Verwendung der Halle als Arbeits- und Aufenthaltsraum für Menschen sei unzulässig.

Mitte April 1962 sprachen die Geschäftsführer der Beklagten beim Bauaufsichtsamt der Stadt E. [REDACTED] vor und teilten dort mit, daß in der Halle ein Selbstbedienungsladen für Wiederverkäufer eingerichtet werden solle; zu diesem Zweck sei die Aufstellung einiger Kassen notwendig, die von dauernd anwesenden Angestellten bedient werden müßten. Der Sachbearbeiter M. [REDACTED] erklärte ihnen, die Halle dürfe für diesen Zweck nicht benutzt werden.

Mit Schreiben vom 30. April 1962 wandte sich B. [REDACTED] erneut an das Bauaufsichtsamt und bat, von den gewerbeaufsichtlichen Beschränkungen abzusehen und die Benutzung der inzwischen fertiggestellten Halle zu den von der Beklagten beabsichtigten Zwecken zu gestatten. Das Bauaufsichtsamt teilte dem Architekten B. [REDACTED] mit Schreiben vom 20. Juni 1962 mit, dem Antrag auf Nutzung der Hofunterkellerung als Verkaufsraum eines Großhandelsbetriebes

mit ständigen Arbeitsplätzen könne nicht stattgegeben werden. Die Beklagte erhielt vom Bauaufsichtsamt am selben Tage einen entsprechenden Bescheid. Die Parteien griffen diese Bescheide des Bauaufsichtsamtes nicht an. Die Beklagte nahm die Hofunterkellerung nicht in Benutzung und zahlte keine weiteren Beträge an die Klägerin.

Die Klägerin hat Feststellung dahin beantragt, daß der Vertrag vom 4. Oktober 1961 unwirksam ist. Durch Teilurteil vom 30. November 1962, das in Rechtskraft erwachsen ist, hat das Landgericht der Klage stattgegeben.

Die Beklagte hat Widerklage erhoben. Mit dieser macht sie Schadensersatzansprüche geltend, die sie mit dem Vorbringen rechtfertigt, der Architekt B. habe das Scheitern des Vertrages verschuldet und die Klägerin müsse für B. als ihren Erfüllungsgehilfen einstehen. Sie verlangt die Freistellung von den Ansprüchen, welche die Lieferanten der Einrichtungen für die Mietsache nach ihrem Vorbringen gegen sie erheben und Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden sei, daß die Klägerin ihr das Mietobjekt nicht zur Verfügung gestellt habe. Hilfsweise begehrt sie die Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin für den durch die Unwirksamkeit des Mietvertrages verursachten Schaden.

Die Klägerin hält die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche für nicht begründet. Vorsorglich hat sie die Aufrechnung mit Gegenansprüchen in Höhe von insgesamt 55 370 DM erklärt. Sie begründet diese u.a. mit dem Vorbringen, die Erwirkung der einstweiligen Verfügung vom

21. Februar 1962 sei nicht gerechtfertigt gewesen und deren Vollzug habe ihr Schaden zugefügt.

Das Landgericht hat den Freistellungsansprüchen der Beklagten im wesentlichen entsprochen und im übrigen die Widerklage abgewiesen. Diese Entscheidung haben beide Parteien angefochten. Das Oberlandesgericht hat durch Urteil vom 11. September 1964 die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung der Klägerin die Widerklage abgewiesen. Auf die Revision der Beklagten hat der Senat mit Urteil vom 7. Juni 1967 (VIII ZR 259/64) das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Dieses hat nunmehr die Klägerin verurteilt, an die Firma Gebrüder R. 25 520 DM und 8 % Zinsen seit 1. Mai 1962 zu zahlen. Im übrigen hat es die Widerklage abgewiesen. Es nimmt an, die Kaufpreisforderung der Firma R. bestehe noch in Höhe von 28 800 DM, die Beklagte könne von der Klägerin die Freistellung von diesem Anspruch aber nur in Höhe des Betrages von 25 520 DM verlangen, weil die Aufrechnung der Klägerin mit dem Gegenanspruch wegen ungerechtfertigter Erwirkung der einstweiligen Verfügung vom 21. Februar 1962 in Höhe des Teilbetrages von 3 280 DM gerechtfertigt sei. Das Bestehen weiterer Schadensersatzansprüche der Beklagten verneint das Berufungsgericht.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihre vor dem Oberlandesgericht gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe

I. Wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 7. Juni 1967 ausgeführt hat, ist durch das rechtskräftige Teilurteil des Landgerichts vom 30. November 1962 zwischen den Parteien bindend festgestellt, daß der von ihnen abgeschlossene Mietvertrag nicht wirksam zustande gekommen ist, weil er unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wurde, daß die Nutzung der Hofunterkellerung als Verkaufshalle behördlich genehmigt wird und diese Bedingung nicht eingetreten ist.

II. Das Berufungsgericht nimmt an, die Klägerin sei der Beklagten wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß zum Schadensersatz verpflichtet, weil der Architekt B. als Erfüllungsgehilfe der Klägerin den Antrag, die Benutzung der Unterkellerung als Verkaufshalle zu genehmigen, bei der Baubehörde fahrlässig nicht rechtzeitig gestellt habe. Es hält die Klägerin für verpflichtet, die Beklagte von den im Vertrauen auf die Erteilung der behördlichen Genehmigung eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien. Einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, nämlich auf Ersatz der Schäden, die der Beklagten nach ihrem Vorbringen dadurch entstanden sind, daß ihr das Mietobjekt nicht als Verkaufshalle zur Verfügung stand, verneint das Oberlandesgericht. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Welchen Umfang der Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß hat, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles.

a) Da Verschulden bei Vertragsabschluß andere Folgen als die haben kann, daß der Geschädigte um die Erfüllung eines Vertrages gebracht wird, erschöpft sich

der Schadensersatzanspruch aus einem solchen Rechtsgrund nicht im Erfüllungsinteresse (RGZ 151, 357, 359). Hiervon geht entgegen der Annahme der Revision auch das Berufungsgericht aus (BU S. 18).

b) Ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse besteht jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Vertrag ohne das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten des anderen Teils zustandegekommen wäre.

Das Berufungsgericht stellt fest, der Vertrag wäre auch ohne das Verhalten des Architekten B■■■■, aus dem es die Ersatzpflicht der Klägerin herleitet, nicht zustandegekommen. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

aa) Soweit sie der Klägerin anlastet, gegen den Bescheid des Bauaufsichtsamtes vom 20. Juni 1962 kein Rechtsmittel eingelegt zu haben, ist ihr entgegenzuhalten, daß das Berufungsgericht festgestellt hat, die Beklagte mache nicht geltend, ein Rechtsmittel der Klägerin hätte zur Erteilung der Baugenehmigung geführt. Eine Tatbestandsberichtigung ist nicht beantragt worden. Das Vorbringen der Revision, ein Rechtsmittel habe Aussicht auf Erfolg versprochen, ist nach § 561 ZPO unbeachtlich.

bb) Die Revision meint, bei Einrichtung einer Klimaanlage und Bereitstellung der erforderlichen Anzahl von Plätzen für das Abstellen von Kraftfahrzeugen hätte das Bauaufsichtsamt die Verwendung der Hofunterkellerung als Verkaufshalle genehmigen müssen. Auch mit dieser Erwägung kann die Revision keinen Erfolg haben.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei nicht verpflichtet gewesen, auf ihre Kosten eine Klimaanlage einzurichten, ist nämlich nicht zu beanstanden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gingen die Parteien bei Abschluß des Mietvertrages davon aus, daß die als Tiefgarage geplante Unterkellerung sich für die Einrichtung einer Verkaufshalle eignete und daß durch die Änderung des Verwendungszweckes für die Klägerin keine Mehrkosten entstanden. Diese für den Senat bindenden Feststellungen rechtfertigen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei nicht verpflichtet gewesen, auf ihre Kosten eine Klimaanlage zu schaffen. Daß sie selbst bereit gewesen sei, die Kosten für eine solche Anlage zu tragen, macht die Beklagte nicht geltend. Das Unterlassen der Einrichtung einer Klimaanlage kann der Klägerin deshalb nicht angelastet werden.

Da, wie das Berufungsgericht annimmt, bereits wegen des von der Klägerin nicht zu vertretenden Fehlens einer Klimaanlage die baubehördliche Genehmigung für die Nutzung der Unterkellerung als Verkaufshalle nicht erteilt werden konnte, kommt es nicht mehr darauf an, ob der Vertrag auch mangels Bereitstellung der erforderlichen Anzahl von Abstellplätzen für Kraftfahrzeuge gescheitert wäre.

2. Demnach braucht die Klägerin der Beklagten nur den Schaden zu ersetzen, den diese erlitten hat, weil sie auf die Gültigkeit des Mietvertrages vertraute. Im Revisionsrechtszug ist von den Freistellungsansprüchen, welche die Beklagte geltend macht, nur noch die Forderung auf Freistellung von dem Kaufpreisanspruch der Firma G [REDACTED] und Co. streitig. Diese besteht jedenfalls

deshalb nicht mehr, weil, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, ein etwaiger Freistellungsanspruch verjährt ist. Die Revision macht lediglich geltend, die Beklagte habe der Firma G[REDACTED] gegenüber ein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis abgegeben, sie trägt aber nicht vor, wann das geschehen sein soll.

III. Die Revision hat aber Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Aufrechnung der Klägerin für begründet erachtet.

Das Oberlandesgericht nimmt an, die Beklagte sei der Klägerin nach § 945 ZPO zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den die Klägerin aus der Vollziehung der einstweiligen Verfügung vom 21. Februar 1962 erlitten habe. Es sieht als bewiesen an, daß nach Zustellung der einstweiligen Verfügung die Bauarbeiten an den Garagen vorübergehend eingestellt wurden. Das Berufungsgericht stellt fest, der Klägerin seien hierdurch zusätzliche Baukosten in Höhe von 2 650 DM und Mietausfall in Höhe von 630 DM entstanden.

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht seine Feststellungen getroffen hat, ohne darzulegen, weshalb es die Eheleute D[REDACTED] und den Verkaufsleiter Horst Schr[REDACTED] nicht als Zeugen vernommen hat, die von der Beklagten für die Richtigkeit ihrer Behauptung, die Bauarbeiten seien nach Zustellung der einstweiligen Verfügung gar nicht unterbrochen worden, benannt worden waren.

IV. Nach allem war die Aufhebung des Berufungsurteils nur insoweit geboten, als das Berufungsgericht dem

Widerklageantrag auf Zahlung von 28 800 DM an die Firma Gebrüder R [REDACTED] in Höhe von 3 280 DM nebst Zinsen aus diesem Betrag nicht stattgegeben hat. Da das Berufungsgericht insoweit den Prozeßstoff in tatsächlicher Hinsicht nicht erschöpft hat (§ 286 ZPO), war in diesem Umfang die Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung geboten. Im übrigen mußte die Revision der Beklagten erfolglos bleiben.

V. Über die Kosten konnte schon jetzt entschieden werden, soweit das Unterliegen der Parteien feststeht. Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91, 92, 97 ZPO. Der Senat hat dabei den Feststellungsantrag der Klage mit 12 x 2 800 DM, den ursprünglichen Widerklageantrag (Feststellungsantrag) mit 100 000 DM und den im Berufungsrechtszug zuletzt gestellten Widerklageantrag zu II (BU S. 11/12) entsprechend dem verlangten Mindestbetrag mit 200 000 DM bewertet. Für das zweite Revisionsverfahren hat der Senat den Wert des Streitgegenstandes auf

214 260 DM festgesetzt. Die Kostenentscheidung erfaßt nicht die später zurückgenommene Berufung gegen das Teilurteil des Landgerichts vom 30. November 1962.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Wolf

Treier

Dr. Brunotte