

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII_ZR_172/67**URTEIL**

Verkündet am
27. Januar 1969
Horn,
Justizhauptsekretär.

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma I [REDACTED] Gesellschaft für Bungalowbau
und Grundstücksverwertung mbH & Co. KG,
 2. der Firma II [REDACTED] Gesellschaft für Bungalowbau
und Grundstücksverwertung mbH,
beide vertreten durch den Geschäftsführer der Beklag-
ten zu 2 Hans Wolfgang I [REDACTED], H [REDACTED], Lange La [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägerinnen
und Revisionsklägerinnen,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Charlotte V [REDACTED] in Bad O [REDACTED],
Hi [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 25. September 1967 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1), deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2) ist, beabsichtigte, auf dem Grundstück Har- Nr. in Bad N einen Bungalow zu errichten und sodann dieses Grundstück nebst Gebäude zu verkaufen. Am 29. Oktober 1964 schloß sie mit der Klägerin einen Kaufanwärtervertrag ab, der im November 1964 notariell protokolliert wurde.

In dem Vertrag wurde u.a. vereinbart, daß das Gebäude von der Beklagten zu 1) im eigenen Namen und für eigene Rechnung erstellt werden sollte. Der Veräußerungspreis für das gesamte Objekt (Grundstück, Anliegerkosten,

- 3 -

Gebäude gemäß Bauplan und Baubeschreibung) sollte nach der Vorkalkulation 190.000 DM betragen. Dieser Preis sollte sich nur insoweit und nur dann ändern können, wenn nach behördlicher Auflage technische Änderungen notwendig werden oder wenn sich bis zur Fertigstellung die Lohnkosten um mehr als 3 % ändern oder wenn nach Abschluß des Vertrages Änderungen auf Wunsch der Klägerin zusätzliche Kosten verursachen würden. Die Beklagte zu 1) war nicht verpflichtet, bautechnischen Änderungs- und Sonderwünschen der Klägerin nachzukommen. Wenn sie es jedoch tat, dann war die Klägerin verpflichtet, die dadurch entstehenden Mehrkosten im voraus bar zu entrichten.

Nach § 10 Nr. 2 Abs. 1 des Vertrags konnte die Beklagte zu 1) von dem Vertrag zurücktreten, wenn das Gebäude nicht oder nur mit erheblichen Abweichungen von den dem Vertrag zugrunde gelegten bau- und finanzierungstechnischen Plänen errichtet werden konnte. § 10 Nr. 2 Abs. 5 räumte der Beklagten zu 1) ein Rücktrittsrecht ein, wenn sonst ein dringender Grund vorlag, der die Aufrechterhaltung dieses Vertrages als nicht mehr zumutbar erscheinen ließ.

Die Klägerin leistete auf die Baukosten Zahlungen in Höhe von 28.000 DM. Sie erwarb am 20. November 1964 das Grundstück zu einem Kaufpreis von 98.483 DM, den sie an den Grundstücksverkäufer bezahlte.

Schon am 16. November 1964 hatte die Beklagte zu 1) der Klägerin mitgeteilt, daß der Verkäufer entgegen seinen früheren Versprechen statt 65 DM nunmehr 77 DM pro qm verlange und erklärt, daß sie dennoch zu dem im Kaufanwärttervortrag festgelegten Gesamtpreis das Haus samt Grundstück abliefern wolle.



Am 27. Juli 1965 schrieb die Beklagte zu 1) an die Klägerin, daß in Kürze mit den Bauarbeiten begonnen werden könne. Am 30. August 1965 erklärte jedoch die Beklagte zu 1) den Rücktritt von dem Vertrag. Sie schrieb u.a.:

"Wir beziehen uns dabei auf § 10 Punkt 2 Abs. 1 und 5 des Vertrages. Wie wir jetzt festgestellt haben, läßt sich das Gebäude nur mit erheblichen Abweichungen von den zugrundegelegten bau- und finanzierungstechnischen Plänen errichten. Die Abweichungen bedingen gegenüber der Vorkalkulation Mehrkosten von ca. 50.000 DM. Da wir als Firma außerstande sind, irgendwelchen höheren Mehraufwand von unserer Seite aus zu übernehmen, Sie auf der anderen Seite die verfügbaren Mittel mit DM 190.000.-- bis 200.000.-- max. begrenzt haben, ist die Aufrechterhaltung des Vertrages und die Durchführung des Vorhabens nicht mehr zumutbar"

Die Klägerin antwortete am 1. September 1965 u.a. wie folgt:

"Die Begründung Ihres Rücktritts 10 Monate nach Vertragsschluß, fast ein Vierteljahr nach Erteilung der Baugenehmigung, nach vorangegangenen Vertragsverletzungen und falschen Auskünften Ihrerseits kann ich nur als sehr eigenartig bezeichnen. Ich bitte um sofortige Abwicklung der Rückzahlung auf mein Konto Hierbei muß ich allerdings auf Vergütung aller mir im Zusammenhang mit dem Vertrage entstandenen Unkosten bestehen. Ich bitte mir umgehend zu bestätigen, daß Sie die Forderung anerkennen. Anderenfalls werde ich die Abwicklung nicht selbst mit Ihnen durchführen, sondern meinen Anwalt damit betrauen.....".

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages in Höhe von 37.332,36 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 30. August 1965.

Im Winter 1966/67 hat sie mit der Errichtung eines Hauses begonnen, nachdem Verkaufsverhandlungen bezüglich des Grundstücks gescheitert waren.

Die Beklagten erheben Gegenansprüche in Höhe von 25.003,05 DM, mit denen sie aufrechnen.

Das Landgericht hat die Klage in Höhe eines am 20. September 1965 von der Beklagten zu 1) zurückgezählten Betrages von 2.996,65 DM abgewiesen und den weitergehenden Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision der Beklagten erstrebt die Abweisung der gesamten Klage. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler bejaht, daß die Beklagten dem Grunde nach auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haften.

I.

Es hat trotz wesentlicher Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens gemäß § 540 ZPO von einer Zurückverweisung an das Landgericht abgesehen und selbst entschieden.

Die insoweit erhobenen Rügen der Revision gehen fehl.

1. Das Berufungsgericht war nicht gehalten, vor seiner Entscheidung die Beklagten darauf hinzuweisen, daß es von der Ermessensvorschrift des § 540 ZPO Gebrauch machen wollte. Darauf haben die Parteien sich stets einzurichten. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG) könnte nur vorliegen, wenn das Berufungsgericht die Beklagten mit der Entscheidung nach § 540 ZPO überrascht hätte. Das trifft jedoch nicht zu. Die Berufungsbegründung der Beklagten macht umfangreiche Ausführungen auch für den Fall, daß keine Zurückverweisung erfolgen wird. Die Beklagten waren daher auf eine Entscheidung nach § 540 ZPO eingestellt. Es wäre ihre Sache gewesen, die Rücktrittsgründe eingehend zu substantiieren.

2. Die Beklagten hatten in der Berufungsbegründung vorsorglich um eine gerichtliche Auflage gebeten, die ständigen Abänderungs- und Sonderwünsche der Klägerin näher zu substantiieren, wenn das Berufungsgericht das für erforderlich halten sollte. Wenn diese Auflage nicht erfolgt ist, dann liegt schon deshalb keine Verletzung von § 139 ZPO vor, weil eine solche Auflage nicht erforderlich war. Es kommt für die Frage des Rücktritts auf diese Abänderungs- und Sonderwünsche der Klägerin, die von ihr bestritten werden, nicht an. Mehrkosten für solche Wünsche waren nach § 7 des Vertrages von der Klägerin im voraus bar zu entrichten und gaben daher der Beklagten zu 1) kein Rücktrittsrecht.

Die Rüge nach § 139 ZPO ist zudem nicht ordnungsgemäß erhoben worden. Sie müßte darlegen, welche Ausführungen die Beklagten gemacht hätten, wenn die als unterlassen beanstandete Auflage erfolgt wäre. Daran läßt es die Revisionsbegründung jedoch fehlen.

II.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Erlass eines Grundurteils zulässig, wenn der geltend gemachte Anspruch mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe besteht (BGHZ 11, 63; LM Nr. 16 und Nr. 19 zu § 304 ZPO). Das ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Fall. Das Revisionsgericht muß sich auf die Prüfung beschränken, ob dem Berufungsrichter ein Rechtsfehler unterlaufen ist (BGH VII ZR 238/63 vom 22. April 1965). Ein solcher liegt jedoch nicht vor.

1. Das Berufungsgericht hält einen wirksamen Rücktritt durch das Schreiben der Beklagten zu 1) vom 30. August 1965 nicht für gegeben. Diese Auffassung läßt entgegen den Ausführungen der Revision Rechtsfehler nicht erkennen.

a) Das Berufungsgericht führt zu Recht aus, die Beklagte zu 1) habe nicht dargelegt, inwiefern sich die Verhältnisse so geändert haben sollten, daß das Gebäude nur mit erheblichen Abweichungen von den dem Vertrag zugrundegelegten bau- und finanzierungstechnischen Plänen errichtet werden konnte, oder inwiefern ein dringender Grund vorlag, der für die Beklagte zu 1) die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht mehr als zumutbar erscheinen ließ. Die Beklagte zu 1) hatte sich am 16. November 1964 ausdrücklich bereit erklärt, trotz des erhöhten Grundstückspreises an dem Vertrag festzuhalten. Noch am 27. Juli 1965 hatte sie den bevorstehenden Baubeginn angekündigt. Wenn die Revision vorträgt, aus der Korrespondenz ergebe sich nicht, daß dies zum alten Preis geschehen sollte, dann setzt sie damit in unzulässiger Weise ihre eigene an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung.

b) Die Revision meint, daß das Entstehen von Mehrkosten in Höhe von 50.000 DM der Bereitschaft der Beklagten, den Bau alsbald zu beginnen, nicht entgegenstehe. Damit setzt sie sich in Widerspruch zu den Ausführungen der Beklagten zu 1) in dem Schreiben vom 30. August 1965. In diesem Schreiben ist die Beklagte zu 1) vom Vertrag zurückgetreten. Sie wollte den Bau zu den Vertragsbedingungen nicht mehr ausführen. Die Beklagte zu 1) macht in dem Schreiben dann Vorschläge für eine wesentliche Änderung der Bauausführung, die dahin gingen, daß sie nur noch als Baubetreuer auftreten wollte. Darauf brauchte sich die Klägerin nicht einzulassen. Das verkennt die Revision.

c) Es ist nichts dafür ersichtlich, daß die behaupteten Mehrkosten von 50.000 DM zu Lasten der Beklagten zu gehen hatten. Die Ausführung von Sonderwünschen der Klägerin konnte die Beklagte zu 1) nach § 7 des Vertrags ablehnen oder, wenn sie darauf einging, sich gesondert im voraus bezahlen lassen. Wenn die Revision geltend macht, daß die Klägerin zu deren Bezahlung nicht bereit war, dann ist das ein neuer Sachvortrag, der in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden kann. Für eine Rüge nach § 139 ZPO ist daher kein Raum.

d) Die Revision weist darauf hin, daß wegen der gestiegenen Lohnkosten eine höhere Kalkulation erforderlich wurde und daß das Berufungsgericht nach § 139 ZPO insoweit sein Fragerecht hätte ausüben müssen. Diese Rüge geht ebenfalls fehl. Die Beklagte zu 1) hat in dem Rücktrittsschreiben vom 30. August 1965 auf eine Erhöhung der Lohnkosten nicht hingewiesen. Zur Begleichung höherer Lohnkosten war die Klägerin ohnehin nach § 2 Abs. 3 c

des Vertrages verpflichtet. Diese Lohnsteigerungskosten konnten also mit den von der Beklagten zu 1) geltend gemachten Mehrkosten, die nach ihrem Schreiben die Folge erheblicher Abweichungen von den zugrundegelegten bau- und finanzierungstechnischen Plänen sind, nichts zu tun haben.

2. Das Berufungsgericht führt aus, daß in dem Schreiben der Klägerin vom 1. September 1965 kein eigener Rücktritt der Klägerin vom Vertrag und auch keine Einverständniserklärung mit dem Rücktritt der Beklagten zu 1) zu sehen sei. Mit dem Inhalt des Schreibens habe sich die Klägerin gerade gegen die Beendigung des Vertrages gewandt.

Gegen diese Auslegung wehrt sich die Revision ohne Erfolg. Es war die Sache des Tatrichters, die Erklärungen der Klägerin in dem Schreiben auszulegen. Seine Auslegung ist frei von Rechtsfehlern, insbesondere auch mit dem Wortlaut des Schreibens vereinbar. Sie bindet daher das Revisionsgericht. Die Klägerin wollte auf die neuen Bedingungen der Beklagten zu 1) nicht eingehen. Dazu war sie auch nicht verpflichtet. Sie verlangt Ersatz aller ihr im Zusammenhang mit dem Vertrag entstandenen Unkosten, also Schadensersatz. Darin liegt weder ein eigener Rücktritt der Klägerin noch eine Zustimmung zu der Kündigung der Beklagten zu 1), die auf die Forderungen der Klägerin nicht einzugehen bereit war.

3. Das Berufungsgericht hält einen Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen Nichterfüllung des Vertrages gemäß § 326 BGB für begründet. Die Voraussetzungen dieses Anspruchs legt es rechtsfehlerfrei dar.

a) Die Beklagte zu 1) war mit ihrer Bauleistung in Verzug. Einer Mahnung der Klägerin bedurfte es nicht, denn die Beklagte zu 1) hatte in dem Rücktrittsschreiben eindeutig erklärt, daß sie den Bau zu den Vertragsbedingungen nicht ausführen wollte. Sie handelte schuldhaft vertragswidrig, da sie keinen Grund zum Rücktritt hatte.

b) Es bedurfte auch keiner Fristsetzung durch die Klägerin. Entgegen den Ausführungen der Revision, hatte die Beklagte zu 1) nicht nur erklärt, daß sie für die Mehrkosten nicht aufkommen wolle. Sie hatte sich vielmehr von ihren Vertragspflichten losgesagt, indem sie die Vertragserfüllung endgültig verweigerte. Die Setzung einer Nachfrist wäre daher zwecklos gewesen und hätte nur eine leere und überflüssige Form dargestellt. Das Berufungsgericht konnte sie deshalb ohne Rechtsirrtum für entbehrlich halten (vgl. dazu BGH LM Nr. 2 zu § 326 (Dc); VII ZR 178/60 vom 11. Januar 1962; VII ZR 238/63 vom 22. April 1965). Die Tatsache, daß das Grundstück zu einem höheren Preis als ursprünglich vorgesehen erworben war und die Beklagte zu 1) das nicht zum Anlaß eines Rücktritts vom Vertrag genommen hatte, hat entgegen der Meinung der Revision mit dieser Frage nichts zu tun.

c) Die Klägerin verlangt ausdrücklich Schadensersatz wegen Nichterfüllung und macht nicht etwa Ansprüche aus Rücktritt geltend. Das Berufungsgericht sieht entgegen den Ausführungen der Revision den Vertrag nicht durch das Schreiben der Klägerin vom 1. September 1965 als aufgelöst an. Es stellt vielmehr gerade fest, daß der Vertrag nach dem 1. September 1965 noch weiterbestand.

III.

1. Das Berufungsgericht führt aus, daß die Klägerin im Rahmen ihres Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung jedenfalls die Beträge von den Beklagten zurückverlangen könne, die sie in teilweiser Erfüllung des Vertrages an diese gezahlt habe, ohne daß im übrigen auf die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche eingegangen werden müsse. Das ist entgegen der Meinung der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Es handelt sich nicht um verschiedene selbständige Ansprüche, über die bei Erlaß des Grundurteils im einzelnen hätte befunden werden müssen, sondern um unselbständige Rechnungsposten für den einheitlichen Schadensersatzanspruch. Bei dieser Sachlage brauchte das Berufungsgericht nicht zu prüfen, ob jeder einzelne Posten dem Grunde nach gerechtfertigt ist (BGH VII ZR 193/60 vom 29. März 1962; VII ZR 238/63 vom 22. April 1965).

2. Das Berufungsgericht prüft die Gegenforderungen der Beklagten und kommt rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis, daß die Klägerin einen Schaden erlitten hat, der in jedem Fall höher ist als die den Beklagten zustehenden Gegenansprüche. Es beschränkt sich bei dieser Prüfung auf den Provisionsanspruch wegen der Grundstücksbeschaffung und auf die von den Beklagten geltend gemachten Beträge für den Architekten K[REDACTED]. Die Revision meint, daß damit das Gegebensein der übrigen Gegenforderungen zu unterstellen sei. Sie verkennt damit die Darlegungen des Berufungsgerichts. Dieses ist nur deshalb auf die weiteren Gegenforderungen nicht eingegangen, weil seine Feststellung schon durch die Prüfung von zwei Gegenforderungen gerechtfertigt war.

3. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht einen Provisionssatz von 4 % für die Beschaffung des unbebauten Grundstücks für gerichtsbekannt hält, ohne die Beklagten hierauf hingewiesen zu haben. Diese würden sich dann auf ein Sachverständigengutachten dafür bezogen haben, daß der übliche Provisionssatz 5 % betrage.

Die Rüge ist unbegründet. Wenn das Berufungsgericht aus eigener Sachkunde zu dem Ergebnis gekommen ist, daß der Provisionssatz 4 % bei unbebauten Grundstücken beträgt, dann ist das nicht zu beanstanden. Es bedurfte hier keines Hinweises an die Beklagten. Diese tragen selbst vor, ihnen sei durch das Nichtzustandekommen eines weiteren Verkaufs dieses nicht bebauten Grundstücks eine Provision von 4 % entgangen.

4. Die Revision meint, daß sich durch die Verpflichtung der Klägerin zur Vorteilsausgleichung noch weit höhere Beträge ergeben würden, als die von den Beklagten in Rechnung gestellten. Sie rügt, daß das Berufungsgericht das nicht berücksichtigt habe. Diese Rüge ist nicht ordnungsgemäß erhoben worden, denn es fehlt an der Bezeichnung von Tatsachen, die den Mangel ergeben sollen (§ 554 Abs. 3 Ziff. 2 b ZPO).

5. Das Berufungsgericht führt aus, daß die Beklagten als Gegenforderung nicht 5.850 DM für den Architekten Koch ansetzen könnten, da sie nur 5.100 DM an ihn gezahlt und daher in Höhe von 750 DM höchstens einen Freistellungsanspruch hätten. Das ist nicht zu beanstanden. Die Revision setzt sich in Widerspruch zu dem eigenen Sachvortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung, wenn sie ausführt, daß die Beklagten Ersatz eigener

Leistungen verlangen. Sie verlangen vielmehr Ersatz ihrer Zahlungen an Koch.

IV.

Auch im übrigen läßt das angefochtene Urteil keine Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen.

Nach §§ 97, 100 ZPO haben die Beklagten die Kosten der Revision zu tragen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Schmidt