

Verkündet
am 15. Mai 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2212 002

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

In dem Rechtsstreit

des Hoteliers Hermann S [REDACTED], M [REDACTED], D [REDACTED]straße [REDACTED],
Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Lorenz B [REDACTED], M [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED]
Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. Mai 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München
vom 29. Oktober 1959 aufgehoben und die Sache zur
neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an den 7. Zivilsenat des Ober-
landesgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hatte im Jahre 1953 auf dem ihm damals gehörenden Grundstück D[REDACTED]straße [REDACTED] in M[REDACTED] das Vordergebäude neu erstellen lassen. Er wollte auf diesem Grundstück auch im Hof ein Gebäude errichten lassen, das 10 Garagen enthalten sollte. Hierfür lag bereits ein genehmigter Bauplan vor. Die Lokalbaukommission (LBK) verlangte jedoch die Erweiterung der Durchfahrt durch das Vordergebäude von 2,75 m auf 3,30 m. Um mehr Garagen zu gewinnen, entschloß sich der Kläger, das Rückgebäude zu unterkellern und dorthin die Garagen zu verlegen. Am 16. März 1954 übertrug er dem Beklagten die Ausführung der beabsichtigten Errichtung des Rückgebäudes. Nach dem an diesem Tage abgeschlossenen "Bauwerkvertrag" sollte der Beklagte die statischen Pläne einschließlich der Bewehrungspläne anfertigen und sie zur Prüfung der LBK vorlegen. Der Arbeitsbeginn war auf den 17. März 1954 festgelegt.

Der Beklagte begann am 17. März 1954 mit den Ausschachtungsarbeiten und führte anschließend die Betonarbeiten für die Umfassungsmauern und für die Träger der unterirdischen Garagen aus. Er erhielt vom Kläger für die Ausschachtungsarbeiten vereinbarungsgemäß 1.500 DM und für die weiteren Arbeiten auf Grund einer Teilrechnung 6.000 DM. Mit Schreiben vom 6. April 1954 ordnete die LBK die Einstellung des Baues an, weil Pläne für die Unterkellerung nicht eingereicht worden waren. In der Folgezeit war der Beklagte für den Kläger nicht mehr tätig. Vielmehr beauftragte dieser nunmehr den Architekten Sz[REDACTED] mit der Fertigung und Einreichung der Pläne. Durch Bescheid vom 25. Juni 1954 lehnte die LBK die Genehmigung der Pläne ab, weil die von ihr geforderte Verbreiterung der Durchfahrt im

Vorderhaus nicht berücksichtigt war. Der Kläger nahm hierauf vom Bau des Rückgebäudes ganz Abstand, da er aus wirtschaftlichen Gründen die Durchfahrt keinesfalls verbreitern lassen wollte. Er ließ deshalb die Ausschachtungen zuschütten und verkaufte das Grundstück, auf dem das Rückgebäude errichtet werden sollte.

Im Juli 1954 trat der Kläger eine ihm nach seiner Behauptung gegen den Beklagten zustehende Forderung von 10.000 DM an die Volksbank R [REDACTED] ab. Diese klagte hiervon 7.500 DM beim Landgericht München I ein. Die Klage wurde in allen drei Rechtszügen abgewiesen (Urteil des BGH vom 27. Oktober 1958 - VII ZR 35/58 -).

Der Kläger hat Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zur Zahlung von 7.500 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Er hat vorgetragen, der Beklagte habe sich ihm gegenüber anheischig gemacht, die erforderliche Baugenehmigung der LBK ohne die Auflage der Erweiterung der Durchfahrt zu erwirken und ihm gegenüber auch versichert, es sei alles geregelt und die Garagen dürften gebaut werden. Tatsächlich sei dies aber nicht der Fall gewesen; der Beklagte habe sich nicht einmal um die Genehmigung bemüht. Trotzdem habe er mit den Bauarbeiten begonnen. Der Kläger sieht seinen Schaden in dem verminderten Veräußerungswert des Grundstücks und auch darin, daß er für die von dem Beklagten durchgeführten Arbeiten im Hinblick auf das Fehlen der Baugenehmigung umsonst 7.500 DM aufgewendet habe. Die an die Volksbank R [REDACTED] abgetretene Forderung sei ihm zurückabgetreten worden.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er bestreitet die von dem Kläger behauptete Rückabtretung.



tung der Forderung. Ferner bestreitet er, sich dem Kläger gegenüber verpflichtet zu haben, die Baugenehmigung ohne die Auflage der Torerweiterung zu beschaffen, sowie, dem Kläger vorgespiegelt zu haben, es sei alles geregelt und die Garagen dürften gebaut werden. Außerdem hat der Beklagte den Einwand der Rechtskraft erhoben.

Gegen den Einwand der Rechtskraft hat der Kläger noch vorgetragen, seine Klage stütze sich auf einen Sachverhalt, der nicht Gegenstand des Vorprozesses gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist begründet.

1) Der Kläger beansprucht den Klagebetrag einmal als Ersatz für die nach seiner Auffassung von dem Beklagten verschuldete Minderung des Veräußerungswerts des Grundstücks. Das kann nur dahin verstanden werden, daß er den durch die Nichtdurchführung des Bauvorhabens entgangenen Mehrwert ersetzt haben will, denn er hat niemals behauptet, daß das Grundstück durch das Scheitern des Bauvorhabens gegenüber dem Wert, den es vor dessen Beginn hatte, an Wert verloren habe. Er verlangt also Schadensersatz wegen Nichterfüllung und gründet diesen auf die Behauptung, daß der Beklagte seiner Verpflichtung, die Baugenehmigung der LBK ohne die Auflage der Torerweiterung einzuholen, schuldhaft nicht nachgekommen sei.

Das Berufungsgericht hat diesen Anspruch schon deshalb für unbegründet erklärt, weil der Kläger den Beklagten nicht gemäß § 326 BGB in Verzug gesetzt habe.

Die hiergegen erhobenen Revisionsrügen des Klägers sind im Ergebnis nicht begründet. Der Einwand der Rechtskraft steht diesem Klageanspruch allerdings nicht entgegen, da er, wie sich aus dem Urteil des Senats vom 27. Oktober 1958 ergibt (S. 6), nicht Gegenstand des Vorprozesses war. Der Vortrag des Klägers ist aber nicht schlüssig, da, selbst wenn der Beklagte die von ihm behauptete Verpflichtung übernommen und sich trotzdem um die Genehmigung nicht bemüht hätte, dies für die Nichtdurchführbarkeit des Bauvorhabens nicht ursächlich gewesen wäre. Es steht zwischen den Parteien unbestritten fest, daß die LBK die Genehmigung ohne die Auflage der Erweiterung der Toreinfahrt nicht erteilt hat und daran auch etwaige Bemühungen des Beklagten nichts geändert hätten. Dann könnte das Ausbleiben des Erfolgs dem Beklagten aber auch nicht zum Verschulden angerechnet werden, da er einen Verwaltungsakt, hier die gewünschte Baugenehmigung, nicht hätte erzwingen können. Die Erfüllung des Vertrags ist somit ohne Verschulden des Beklagten unmöglich geworden. Für einen Schadensersatzanspruch aus Verzug ist kein Raum, so daß es nicht darauf ankommt, ob der Kläger den Beklagten in Verzug gesetzt hat.

Ein Ersatz des Erfüllungsschadens hätte also nur aus dem Gesichtspunkt eines "Garantievertrages" hergeleitet werden können. Der Kläger hat in der Berufungsbegründung auch versucht, der angeblichen Verpflichtung des Beklagten, die Baugenehmigung zu erwirken, diese Auslegung zu geben. Das steht im Widerspruch zu den Ausführungen des Klägers in der Klageschrift (Seite 3), wo er ursprünglich selbst

nicht von einem solchen Garantierversprechen ausgeht. Denn dort führt er aus, der Beklagte habe sich verpflichtet, vor Beginn der Erdarbeiten bei der LBK vorzusprechen und alle Unklarheiten zu klären. Er fährt dann fort: "Sollte sich die Ausführung des Auftrags sonach als undurchführbar erweisen, so soll der Auftrag (gemeint sein kann nur der Bauauftrag) automatisch nicht gelten." Das spricht gegen die Annahme einer Garantie.

Das angefochtene Urteil ist darauf nicht eingegangen; der Kläger ist in seiner Revisionsbegründung auf diesen Gesichtspunkt auch nicht mehr zurückgekommen.

2) Der Kläger verlangt den geltend gemachten Betrag von 7.500 DM auch noch unter dem Gesichtspunkt, daß er diesen umsonst - durch seine Zahlungen an den Kläger - aufgewendet habe. Dazu hat er vorgetragen, der Beklagte habe sich nicht nur verpflichtet, die Baugenehmigung der LBK einzuholen, sondern auch wider besseres Wissen versichert, er habe der LBK den Baubeginn angezeigt, es sei alles geklärt und die Garagen dürften gebaut werden (Klageschrift Seite 3; Berufungsbegründung Seite 5). Durch diese Täuschung sei der Kläger zum Abschluß des Bauvertrags veranlaßt und dieser auch von dem Beklagten teilweise durchgeführt worden.

Das Berufungsgericht hat auch diesen Klageanspruch nicht gelten lassen. Es hat ausgeführt, der Kläger habe nicht dargelegt und es sei auch sonst nicht ersichtlich, aus welchen Gründen der Beklagte zur Erfüllung des Vertrages nicht in der Lage gewesen sein sollte, wenn die Baugenehmigung der LBK erteilt worden wäre; im übrigen sei der Beklagte von dem Kläger auch nicht in Verzug gesetzt worden.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe des Klägers sind begründet. Das Berufungsgericht übersieht, daß der Kläger mit dem auf diesen Sachvortrag gestützten Klageanspruch keinen Erfüllungsschaden geltend macht, sondern einen Vertrauensschaden, den er auf ein Verschulden des Beklagten bei Vertragsschluß zurückführt. Deshalb liegen die Ausführungen des Berufungsgerichts insoweit neben der Sache.

Das Berufungsgericht erwägt zwar auch, daß der Beklagte den Kläger durch arglistige Täuschung zum Vertragsschluß und zur Durchführung der Arbeiten veranlaßt haben könnte, meint aber, daraus würde sich höchstens ein Anfechtungsrecht des Klägers, aber kein Schadensersatzanspruch ergeben.

Das geht jedoch fehl. Der von dem Kläger geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsschluß ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kläger möglicherweise auch den Vertrag hätte anfechten können (RGZ 63, 110). Es ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - auch nicht von der Hand zu weisen, daß der Kläger, wenn er von dem Beklagten wirklich arglistig getäuscht worden wäre, gegen diesen einen Schadensersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB hätte. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus Verschulden bei Vertragsschluß könnte überdies auch schon dann begründet sein, wenn der Beklagte den Kläger nur fahrlässig in den Glauben versetzt hat, die von ihm gewünschte Baugenehmigung ohne die Auflage der Verbreiterung der Toreinfahrt sei sichergestellt.

Das Berufungsgericht hätte unter diesen Umständen die von dem Kläger in seinem Klage- und in seinem Berufungsbegründungsschriftsatz angebotenen Beweise erheben müssen. Daß es das unterlassen hat, wird von dem Kläger mit Recht gerügt.

Auch diesem Anspruch steht der Einwand der Rechtskraft nicht entgegen, da er ebenfalls nicht Gegenstand des Vorprozesses war.

3) Unrichtig ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger könne, falls der Werkvertrag nach dem Parteiwillen bei Undurchführbarkeit (gemeint: fehlender Baugenehmigung) "automatisch" nicht gelten sollte, diesen Einwand nur einem Werklohnanspruch des Beklagten entgegensetzen. Denn da der Werklohn bereits in Höhe von 7.500 DM bezahlt worden ist, könnte dem Kläger ein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB zustehen.

4) -Das angefochtene Urteil ist deshalb - ohne daß es noch auf die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts und die weiteren Revisionsrügen ankommt - aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird, da der Beklagte die Rückabtretung der Forderung bestreitet, gegebenenfalls auch noch die Sachbefugnis des Klägers zu prüfen haben.

Der Senat hat von der Möglichkeit der Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts Gebrauch gemacht (§ 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Erbel Finke