BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 4/13

Verkündet am:
4. Dezember 2014
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO § 322 Abs. 2

Die Rechtskraft eines die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils erstreckt sich entsprechend § 322 Abs. 2 ZPO auch auf die Aberkennung von Gegenforderungen, mit denen der Kläger gegen die titulierte Forderung aufgerechnet hat (im Anschluss an BGH, Urteil vom 30. März 1994 - VIII ZR 132/92, NJW 1994, 2769, 2770 und Beschluss vom 28. Juni 2006 - XII ZB 9/04, NJW-RR 2006, 1628 Rn. 10).

BGH, Urteil vom 4. Dezember 2014 - VII ZR 4/13 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. November 2014 durch die Richter Dr. Eick, Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Graßnack

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Kläger wird das Teil- und Grundurteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. November 2012 hinsichtlich der Entscheidung über den Klageantrag Nr. 1 (Klage auf Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung) unter Zurückweisung der weitergehenden Revision in dem Umfang aufgehoben, der sich aus der nachstehenden teilweisen Neufassung des Berufungsurteils ergibt:

   Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 28. Juni 2011 hinsichtlich der Entscheidung über den Klageantrag Nr. 1 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

   Die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Mai 2010 - 12 U 59/09 wird unter Abweisung des weitergehenden Klageantrags Nr. 1 für unzulässig erklärt, soweit die Kläger als Gesamtschuldner verurteilt worden sind, an die Beklagte 67.144,88 € nebst Zinsen hieraus seit dem 24. Juli 2010 zu zahlen.

   Die weitergehende, auf den Klageantrag Nr. 1 bezogene Berufung der Kläger wird zurückgewiesen.

2. Auf die Revision der Kläger wird das genannte Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf ferner insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Abweisung des Klageantrags Nr. 2 (Haupt- und Hilfsantrag; Zahlung von 152.525 € nebst Zinsen) bestätigt hat.

   Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 28. Juni 2011 hinsichtlich der Entscheidung über den Klageantrag Nr. 2 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

   Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 152.525 € zu zahlen.

   Im Umfang der Aufhebung der Zinsentscheidung (Zinsen aus 152.525 €) wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

3. Auf die Revision der Kläger wird das genannte Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf außerdem insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht den Widerklageantrag Nr. 3 (entgangener Gewinn) dem Grunde nach für gerechtfertigt erachtet hat.

4. In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um wechselseitige Ansprüche im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben auf einem Grundstück in L.

2 Das Grundstück befand sich ursprünglich im Eigentum der Klägerin zu 1 (nachfolgend nur: Klägerin), die beabsichtigte, es wirtschaftlich durch Errichtung eines Mehrfamilienhauses unter Bildung von Wohnungseigentum zu verwerten. Vom 10. April 2006 datiert ein von der Beklagten unterzeichneter "Bau-Werkvertrag", in dem eine "Bauherrengemeinschaft B.-Straße 36" die Beklagte mit den Rohbauarbeiten für den "Neu-Rohbau des Hauses der Auftraggeber" beauftragte. Die Zahlung des Werklohns sollte nach Baufortschritt gemäß einem dem Vertrag beigefügten Zahlungsplan, in dem der Werklohn mit insgesamt 219.669,88 € beziffert ist, erfolgen.

3 In der Folge einigten sich die Parteien darauf, dass die Beklagte das Grundstück von der Klägerin kaufen, als Bauträgerin auf dem Grundstück das Mehrfamilienhaus errichten und unter Bildung von Wohnungseigentum verwerten sollte. Da die Beklagte Schwierigkeiten mit der Finanzierung hatte, wurde mündlich vereinbart, dass die Klägerin den Rohbau vorfinanziert.

4 In Umsetzung dieser Pläne schloss die Klägerin am 9. Mai 2006 mit der Beklagten einen notariell beurkundeten Kaufvertrag über das Grundstück. Der Kaufpreis in Höhe von 186.000 € wurde der Beklagten längstens bis zum 31. Dezember 2008 gestundet. Zur Absicherung der Kaufpreisforderung ist zu Gunsten der Klägerin eine Sicherungshypothek bestellt. Wegen des Sicherungshypothekenbetrags unterwarf sich die Beklagte in § 3 des Kaufvertrags der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück. In § 4 des Kaufvertrags unterwarf sich die Beklagte zudem in Höhe des Kaufpreises der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde. Am 4. August 2006 wurde die Beklagte als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

5 Auf die nach Maßgabe des Zahlungsplans zum Bauvertrag ab dem 10. Mai 2006 gestellten sechs Abschlagsrechnungen zahlte der Kläger zu 2 (nachfolgend nur: Kläger) insgesamt 152.525 €. Weitere Zahlungen erfolgten nicht, nachdem seitens der Klägerin erfolglos Sicherheiten für die bereits geleisteten Zahlungen verlangt worden waren. Im November 2006 kamen die Bauarbeiten zum Erliegen, wobei die im Zahlungsplan genannten Rohbauarbeiten fertig gestellt sind. Der Grundstückskaufpreis wurde nach Ablauf der vereinbarten Stundungsfrist nicht gezahlt. Die Klägerin hat deswegen die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben. Seit Ende Januar 2009 ist ein Zwangsversteigerungsvermerk im Grundbuch eingetragen.

6 In einem vorangegangenen Rechtsstreit (nachfolgend nur: Vorprozess 12 U 59/09) hatte die Klägerin die Beklagte - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - auf Rückzahlung der für den Rohbau geleisteten sechs Raten in Höhe von 152.525 € in Anspruch genommen. Die Beklagte hatte widerklagend von beiden Klägern die Zahlung des noch ausstehenden Vorfinanzierungsbetrags in Höhe von 67.144,88 € nebst Zinsen begehrt und gegen die Klägerin Vollstreckungsgegenklage gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der dinglichen Unterwerfungserklärung in § 3 des Grundstückskaufvertrags erhoben. Mit am 6. Mai 2010 auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 2010 verkündetem Urteil wurde die Klage auf Rückzahlung der 152.525 € vom Berufungsgericht als zurzeit unbegründet abgewiesen. Unter Abweisung der Widerklage im Übrigen wurden die Kläger ferner zur Zahlung von 67.144,88 € nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit verurteilt. Die dagegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger blieb erfolglos.

7 In einem weiteren vorangegangenen Rechtsstreit (nachfolgend nur: Vorprozess 12 U 60/09) hatte sich die Beklagte im Wege der Vollstreckungsgegenklage auch gegen die Zwangsvollstreckung aus der persönlichen Unterwerfungserklärung in § 4 des Grundstückskaufvertrags gewandt. Die Klage wies das Berufungsgericht durch Urteil vom 6. Mai 2010 rechtskräftig ab.

8 Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 23. Juli 2010 verkaufte die Beklagte das mit dem Rohbau bebaute Grundstück zu einem Kaufpreis von 400.000 € an B. und bewilligte zu seinen Gunsten eine Auflassungsvormerkung, die nachfolgend in das Grundbuch eingetragen wurde.

9 Im hiesigen Rechtsstreit verfolgen die Kläger das Ziel, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vom 6. Mai 2010 im Vorprozess 12 U 59/09 für unzulässig erklären zu lassen. Ferner begehren sie die Rückzahlung der sechs zur Vorfinanzierung des Rohbaus geleisteten Raten in Höhe von 152.525 € nebst Zinsen. Die Beklagte macht - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - widerklagend gegenüber beiden Klägern Schadensersatz geltend, den sie zuletzt auf 244.050,80 € beziffert hat.

10 Das Landgericht hat sowohl die Klage als auch die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist erfolglos geblieben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts teilweise abgeändert und die Widerklage auf Schadensersatz dem Grunde nach insoweit für gerechtfertigt erklärt, als die Beklagte von den Klägern entgangenen Gewinn wegen des nicht erfolgten Verkaufs der Eigentumswohnungen in Höhe von 198.907,17 € verlangt. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre abgewiesenen Klageanträge sowie ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage - soweit ihr durch das angefochtene Urteil stattgegeben worden ist - weiter.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision der Kläger führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit das Berufungsgericht die Abweisung des Klageantrags Nr. 2 bestätigt hat, und

insoweit unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils zur Verurteilung der Beklagten zur Zahlung in Höhe von 152.525 € und im Übrigen - wegen der Entscheidung über die Zinsen - zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

12 Die Revision der Kläger führt ferner zur Aufhebung des Berufungsurteils, als das Berufungsgericht die Abweisung des Klageantrags Nr. 1, soweit er sich gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Oberlandesgerichts D. vom 6. Mai 2010 - 12 U 59/09 in Höhe der zugesprochenen Hauptforderung von 67.144,88 € nebst Zinsen ab dem 24. Juli 2010 richtet, bestätigt hat, und insoweit unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils zur Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung. Die weitergehende Revision, soweit sie sich auf die Entscheidung über den Klageantrag Nr. 1 bezieht, ist unbegründet.

13 Die Revision der Kläger führt zuletzt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit das Berufungsgericht den Widerklageantrag Nr. 3 auf Zahlung von Schadensersatz dem Grunde für gerechtfertigt erachtet hat, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Klage auf Zahlung von 152.525 €

I.

14 Das Berufungsgericht begründet seine Entscheidung über den Klageantrag Nr. 2 auf Zahlung von 152.525 € nebst Zinsen im Wesentlichen wie folgt:

15 Auch nach dem Verkauf des Grundstücks samt Rohbau an B. stehe den Klägern kein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten 152.525 € zu, sowohl

der Haupt- als auch der Hilfsantrag seien unbegründet. Wie das Berufungsgericht in seinem rechtskräftigen Urteil aus dem Vorprozess 12 U 59/09 ausgeführt habe, sei nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien zwischen diesen vereinbart gewesen, dass die Kläger den Rohbau vorfinanzieren, weil die Beklagte sich zu dessen Finanzierung nicht in der Lage gesehen habe. Dabei habe sich nach dem Zahlungsplan zum Bauvertrag vom 10. April 2006 bestimmen sollen, wann die Kläger die Raten in welcher Höhe leisten sollten. Die Rückzahlung der von den Klägern an die Beklagte gezahlten Beträge sei nach dem Vortrag der Beklagten aus dem Verkauf der Eigentumswohnungen, nach dem Vortrag der Kläger durch Verrechnung mit dem Kaufpreis für eine von der Klägerin zu erwerbende Eigentumswohnung vorzunehmen gewesen. Keine dieser Voraussetzungen für eine Rückzahlungsverpflichtung sei im ersten Vorprozess erfüllt gewesen. Die Beklagte könne sich weiterhin darauf berufen, dass die Bedingungen, unter denen sie den Klägern die zur Errichtung des Rohbaus vorgestreckten Beträge zurückzahlen müsse, nicht eingetreten seien. Durch den Verkauf des Grundstücks habe sie den Bedingungseintritt nicht treuwidrig vereitelt und den Klägern erwachse hieraus auch kein Recht zur fristlosen Kündigung des Darlehensvertrags. Im Übrigen sei der Beklagten die Fertigstellung der Eigentumswohnungen und deren Verkauf trotz des Kaufvertrags mit B. und der zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung nicht unmöglich geworden.

II.

16 Dies hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat einen vertraglichen Zahlungsanspruch der Kläger zu Unrecht verneint. Die Auffassung des Berufungsgerichts zur Auslegung der Vorfinanzierungsabrede ist von Rechtsfehlern beeinflusst. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist der den Klägern aus der Vorfinanzierungsabrede zustehende Anspruch auf

Rückzahlung der geleisteten Beträge in Höhe von 152.525 € durch den am 23. Juli 2010 erfolgten Verkauf des Grundstücks an B. fällig geworden. Dies ergibt sich aus einer ergänzenden Auslegung der Vorfinanzierungsabrede, die der Senat selbst vornehmen kann, da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind.

17 1. Die tatrichterliche Vertragsauslegung ist revisionsrechtlich nur dahingehend überprüfbar, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2014 - VII ZR 289/12, BauR 2014, 1773 Rn. 13 = NZBau 2014, 555; Urteil vom 12. September 2013 - VII ZR 227/11, BauR 2013, 2017 Rn. 11 = NZBau 2013, 695). Das Berufungsurteil beruht auf derartigen Auslegungsfehlern.

18 a) Nicht zu beanstanden sind die Ausführungen des Berufungsgerichts allerdings insoweit, als das Berufungsgericht erwogen hat, dass die Zahlung der Beträge auf der Grundlage der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung erfolgte, der Beklagten den Rohbau vorzufinanzieren, weil diese finanziell zu seiner Erstellung nicht in der Lage war. Von den Parteien wird in der Revisionsinstanz nicht in Zweifel gezogen, dass die zur Vorfinanzierung geleisteten Beträge nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien nicht endgültig im Vermögen der Beklagten verbleiben sollten, sondern die Beklagte grundsätzlich verpflichtet sein sollte, diese Beträge an die Kläger zurückzuzahlen. Damit haben die Parteien konkludent eine darlehensweise Überlassung der gemäß Zahlungsplan zum Bauvertrag zu leistenden Beträge vereinbart, § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB.

19 b) Keinen Bedenken begegnet es, dass das Berufungsgericht nicht nur die Klägerin, sondern auch den Kläger als aktivlegitimiert angesehen hat, die Rückzahlung der zur Vorfinanzierung geleisteten Beträge zu fordern. Das Berufungsgericht war im Vorprozess 12 U 59/09 davon ausgegangen, dass sich beide Kläger gegenüber der Beklagten zur Vorfinanzierung des Rohbaus nach Maßgabe

des Zahlungsplans zum Bauvertrag verpflichtet haben. Diese mögliche und von den Parteien unbeanstandet gebliebene tatrichterliche Auslegung hat das Berufungsgericht auch hier zugrunde gelegt. Dagegen ist nichts zu erinnern.

20 c) Rechtsfehlerfrei und von der Revision unbeanstandet ist die Auslegung der Parteiabsprachen durch das Berufungsgericht ferner insoweit, als die zur Vorfinanzierung geleisteten Beträge entweder durch eine Verrechnung mit der Kaufpreisforderung der Beklagten für eine an die Klägerin zu verkaufende Wohnung oder aus dem Verkauf der Eigentumswohnungen an andere Erwerber zurückgezahlt werden sollten. Hierin liegt eine konkludente Laufzeitvereinbarung, verbunden mit dem Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts nach § 488 Abs. 3 Satz 1 BGB (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl., § 488 Rn. 10; MünchKommBGB/K.P. Berger, 6. Aufl., § 488 Rn. 226).

21 d) Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Annahme, die Beklagte könne sich darauf berufen, dass weiterhin keine dieser Bedingungen für das Ende der Laufzeit eingetreten sei und auch der Verkauf des Grundstücks an B. nicht zur Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs führe. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts lässt wesentliches Auslegungsmaterial außer Acht und wird der beiderseitigen Interessenlage und dem beabsichtigten Zweck des Vertrags nicht gerecht.

22 aa) Das Berufungsgericht beachtet nicht hinreichend, dass die Vereinbarung über die Vorfinanzierung des Rohbaus getroffen wurde, um das zwischen den Parteien verabredete Konzept zur wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks zu realisieren. Danach sollte die Beklagte auf dem von der Klägerin erworbenen Grundstück ein Mehrfamilienhaus als Bauträgerin errichten und unter Bildung von Wohnungseigentum verwerten. Diese Planung beruht auf großem gegenseitigen persönlichen Vertrauen, denn die Klägerin hat der Beklagten das Grundstück verkauft und den vereinbarten Kaufpreis bis Ende 2008 gestundet.

Gleichzeitig haben die Kläger die zinslose Vorfinanzierung des Rohbaus in sieben Raten übernommen, ohne von der Beklagten dafür eine Sicherheit zu verlangen. Dies alles war Teil der vertraglichen Abreden und der Vorfinanzierungsvereinbarung der Parteien. Die Beklagte hat dieses Konzept durch den Verkauf des Grundstücks an B. aufgegeben. Anstatt nach der gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs auf Auszahlung der siebten Rate das Projekt fortzusetzen, hat sich die Beklagte durch den Verkauf des mit dem Rohbau bebauten Grundstücks an B. für eine andere wirtschaftliche Verwertung entschieden. Damit ist das zwischen den Parteien verabredete Konzept, das einen Verkauf und eine Fertigstellung der Eigentumswohnungen durch die Beklagte als Bauträgerin vorsieht, gescheitert.

23 bb) Dem entspricht, dass die Beklagte selbst mit dem Widerklageantrag Nr. 3 von den Klägern Ersatz desjenigen Gewinns begehrt, den sie nach ihrer Behauptung bei einer erfolgreichen Realisierung des verabredeten Konzepts - Verkauf und Fertigstellung der Eigentumswohnungen durch sie als Bauträgerin - erzielt hätte. Zur Schlüssigkeit der Geltendmachung des entgangenen Gewinns gehört die Behauptung, dass die Beklagte diesen Gewinn nicht mehr erzielen wird. Die Beklagte setzt mit dem Widerklageantrag Nr. 3 daher selbst voraus, dass der Plan, auf dem Grundstück als Bauträgerin Wohnungen zu errichten und diese als Eigentumswohnungen zu verkaufen, gescheitert ist. Hierfür ist ohne Bedeutung, ob aufgrund des nunmehr vorgelegten Urteils des Oberlandesgerichts D. vom 20. Oktober 2014 - 9 U 8/14 zugrunde zu legen ist, dass der am 23. Juli 2010 zwischen der Beklagten und B. geschlossene Kaufvertrag wegen Beurkundung eines unrichtigen Kaufpreises nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist.

24 cc) Damit ist dem Ergebnis der Auslegung des Berufungsgerichts die Grundlage entzogen. Das Verständnis des Berufungsgerichts führt zu einem Ergebnis, das der beiderseitigen Interessenlage und dem beabsichtigten Zweck

des Vertrags zuwider läuft. Denn zu dem Eintritt der vom Berufungsgericht in den Mittelpunkt seiner Betrachtung gerückten Bedingungen für die Fälligkeit wird es nicht mehr kommen, so dass der Rückzahlungsanspruch der Kläger auch in Zukunft nicht fällig werden könnte, obwohl die zur Vorfinanzierung geleisteten Beträge nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien nicht endgültig im Vermögen der Beklagten verbleiben sollten.

25 Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang geltend, die Fälligkeitsvoraussetzungen könnten noch eintreten, weil der Käufer B. das Vorhaben fertig stellen und die Wohnungen veräußern könne. Es kann dahinstehen, ob die Beklagte diesen Einwand vor dem Hintergrund des von ihr mit späterem Schriftsatz vom 19. November 2014 vorgelegten Urteils des Oberlandesgerichts D. vom 20. Oktober 2014 - 9 U 8/14 überhaupt noch aufrechterhält. Denn dieser Einwand muss nach § 559 Abs. 1 ZPO schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil ihm die Behauptung zu Grunde liegt, dass es nach dem Willen der Parteien für das Laufzeitende des Darlehens nicht darauf ankommen sollte, ob die Beklagte oder ein Dritter das Projekt durchführt und die Eigentumswohnungen verkauft. Das steht in Widerspruch zu den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts, nach denen die Parteien die Rückzahlung der zur Vorfinanzierung des Rohbaus geleisteten Beträge an einen Verkauf der Eigentumswohnungen durch die Beklagte geknüpft haben.

26 2. Das Scheitern des verabredeten Konzepts zur Verwertung des Grundstücks haben die Parteien nicht in Betracht gezogen. Diese Lücke ist durch ergänzende Auslegung der Vorfinanzierungsvereinbarung zu schließen (§§ 133, 157 BGB). Die dem Senat selbst mögliche Auslegung (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2012 - VII ZR 99/10, BauR 2013, 236 Rn. 18 m.w.N.) ergibt, dass die Beklagte auch in diesem Fall zur Rückzahlung der zur Vorfinanzierung geleisteten Beträge verpflichtet sein sollte.

27 a) Eine ergänzende Vertragsauslegung ist geboten, wenn die Vereinbarung der Parteien eine planwidrige Regelungslücke aufweist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 23. Mai 2014 - V ZR 208/12, NJW 2014, 3439 Rn. 8; Urteil vom 12. Februar 2014 - XII ZR 76/13, BGHZ 200, 133 Rn. 17; Urteil vom 15. November 2012 - VII ZR 99/10, BauR 2013, 236 Rn. 15, jeweils m.w.N.). Eine solche Regelungslücke liegt vor, wenn die Parteien einen Punkt übersehen oder wenn sie ihn bewusst offen gelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig gehalten haben, und wenn sich diese Annahme nachträglich als unzutreffend herausstellt. Dabei kann von einer planwidrigen Regelungslücke nur gesprochen werden, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen wäre (BGH, Urteil vom 15. November 2012 - VII ZR 99/10, aaO Rn. 15 m.w.N.). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Die Vereinbarungen zur Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs waren - von den Parteien unbemerkt - lückenhaft. Nach dem vertraglichen Regelungsplan gingen die Parteien davon aus, dass die Beklagte nach Errichtung des Rohbaus die Eigentumswohnungen verkaufen und es ihr dadurch möglich sein würde, aus den von Erwerbern zu zahlenden Bauraten den weiteren Ausbau zu finanzieren und die zur Vorfinanzierung geleisteten Beträge an die Kläger zurückzuführen. Die Parteien haben davon die Fälligkeit des Zahlungsanspruchs der Kläger abhängig gemacht, aber keine Regelung für den Fall getroffen, dass die geplante Projektdurchführung - aus welchen Gründen auch immer - scheitert.

28 b) Bei der Schließung der Vertragslücke durch ergänzende Auslegung ist darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten (st. Rspr.; siehe BGH, Urteil vom 15. November 2012 - VII ZR 99/10, BauR 2013, 236 Rn. 16

m.w.N.). Die Regelungslücke ist dahin zu schließen, dass die Parteien für den Fall des Scheiterns der Projektdurchführung ein Laufzeitende für die Überlassung der Beträge vereinbart hätten.

29 Sinn der Vereinbarung, die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs an den Verkauf der Eigentumswohnungen zu knüpfen, war es, der Beklagten die Gelegenheit einzuräumen, das Grundstück als Bauträgerin zu verwerten und aus den Erlösen die zur Vorfinanzierung geleisteten Beträge zurückzuführen. Das bedeutet aber nicht, dass die Beträge auch bei einem Scheitern der Projektdurchführung bei der Beklagten verbleiben sollten. Das liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass die Kläger bis zu dem Finanzierungsbetrag das wirtschaftliche Risiko des Gelingens des Projekts übernommen hätten. Das war ersichtlich nicht gewollt. Daher ist die Einräumung einer Fälligkeitsregelung auch für den Fall des Scheiterns der Projektdurchführung und damit des verabredeten Konzepts zur Verwertung des Grundstücks geboten. Der Rückzahlungsanspruch der Kläger war daher mit dem Verkauf des Grundstücks an B. durch die Beklagte am 23. Juli 2010 fällig.

III.

30 Das angefochtene Urteil kann folglich keinen Bestand haben und ist aufzuheben, soweit die Zahlungsklage in Haupt- und Hilfsantrag abgewiesen worden ist.

31 1. Über die Hauptforderung der Kläger auf Zahlung von 152.525 € kann der Senat selbst entscheiden, weil die Sache insoweit zur Endentscheidung reif ist, § 563 Abs. 3 ZPO.

32 Auf die Berufung der Kläger ist das landgerichtliche Urteil dahingehend abzuändern, dass die Beklagte auf den Hauptantrag hin verurteilt wird, an die

Kläger 152.525 € zu zahlen, denn den Klägern steht aus der Vorfinanzierungsabrede ein durch den Verkauf des Grundstücks an B. am 23. Juli 2010 fällig gewordener Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten sechs Raten gegen die Beklagte zu, § 488 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. BGB.

33 Diesem Anspruch steht nicht entgegen, dass die Kläger zuvor vertragswidrig die Auszahlung der letzten Rate verweigert haben. Zwar kann die Ausübung eines Rechts in Anwendung von § 242 BGB nach Treu und Glauben im Einzelfall unzulässig sein, wenn dem Berechtigten eine mit seinem Anspruch in engem Zusammenhang stehende schwerwiegende Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 - I ZR 162/11, NJW-RR 2013, 1057 Rn. 45; Urteil vom 4. August 2010 - XII ZR 14/09, BGHZ 186, 372 Rn. 29; Urteil vom 15. November 2006 - VIII ZR 166/06, NJW 2007, 504 Rn. 17; Urteil vom 26. November 2004 - V ZR 90/04, NJW-RR 2005, 743, 745; Urteil vom 8. November 1999 - II ZR 197/98, NJW 2000, 505, 506; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 242 Rn. 46). Davon abgesehen führt die Verletzung eigener Pflichten durch den Gläubiger jedoch nur zu Gegenansprüchen des Schuldners und hindert den Gläubiger nicht an der Geltendmachung seines Anspruchs (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 - I ZR 162/11, aaO Rn. 45; Urteil vom 4. August 2010 - XII ZR 14/09, aaO Rn. 29; Urteil vom 26. November 2004 - V ZR 90/04, aaO S. 745). Allein darin, dass die Kläger die Zahlung des noch ausstehenden Darlehensbetrags in Höhe von 67.144,88 € unberechtigt von der Leistung einer Sicherheit für die bisher erbrachten sechs Darlehensraten abhängig gemacht haben, liegt keine Pflichtverletzung, die so schwerwiegend ist, dass sie nicht nur Schadensersatzansprüche der Beklagten begründen, sondern sogar zu einem Wegfall des Rückzahlungsanspruchs der Kläger führen könnte. Der Einwand von Treu und Glauben steht der Begründetheit des Klageanspruchs daher nicht entgegen.

34 2. Wegen der Entscheidung über die Zinsen war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil der Senat anhand des vom Berufungsge-

richt festgestellten Sachverhalts hierüber nicht abschließend entscheiden kann. Soweit die Kläger Verzinsung der Hauptforderung schon vor Eintritt der Rechtshängigkeit begehren, kann diese Forderung nur unter Verzugsgesichtspunkten begründet sein. Die insoweit erforderlichen Feststellungen hat das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - nicht getroffen. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

B. Klage gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung der Beklagten aus dem Urteil vom 6. Mai 2010 - 12 U 59/09

I.

35 Das Berufungsgericht hält den Klageantrag Nr. 1, der sich gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung der Beklagten aus dem Urteil des Oberlandesgerichts D. vom 6. Mai 2010 - 12 U 59/09 richtet, für unbegründet. Seine Entscheidung begründet das Berufungsgericht im Wesentlichen damit, erhebliche Einwendungen gegen den im Urteil festgestellten Anspruch hätten die Kläger nicht erhoben. Sie könnten sich nicht darauf berufen, dass die Geltendmachung des Anspruchs nach § 242 BGB treuwidrig sei, weil die Beklagte mit Blick auf den Verkauf des Grundstücks an B. die siebte Rate nicht verlangen oder sie jedenfalls umgehend zurückgewähren müsse. Die Zahlung dieser Rate sei auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Beklagten nach dem Verkauf des Grundstücks an B. kein weiterer Aufwand mehr entstehen könne. Der in zweiter Instanz erhobene Erfüllungseinwand habe keinen Erfolg, weil diese Einwendung gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO verspätet und deshalb nicht zuzulassen sei.

II.

36 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

37 1. Ohne Erfolg beanstandet die Revision allerdings, das Berufungsgericht habe den von den Klägern im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage erhobenen Erfüllungseinwand nicht nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO zurückweisen dürfen. Die insoweit erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird abgesehen, § 564 ZPO.

38 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, auch der Einwand, die Vollstreckung der Beklagten aus dem Urteil vom 6. Mai 2010 - 12 U 59/09 verstoße gegen Treu und Glauben, § 242 BGB, verhelfe den Klägern nicht zum Erfolg.

39 a) Nach § 767 Abs. 1 ZPO kann der Schuldner Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen, im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend machen. Zu Einwendungen im Sinne dieser Vorschrift führen solche Umstände, die den festgestellten Anspruch nachträglich vernichten oder in seiner Durchsetzbarkeit hemmen (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 103/11, NJW-RR 2013, 757 Rn. 9; Musielak/Lackmann, ZPO, 11. Aufl., § 767 Rn. 22). Ein rechtsmissbräuchliches, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB verstoßendes Verhalten kann eine Einwendung in diesem Sinne begründen (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1963 - Ib ZR 88/62, BGHZ 42, 1, 5 f.; OLG Jena, OLGR Jena 2008, 925, 926). Voraussetzung ist, dass der Rechtsmissbrauch den Bestand der Forderung betrifft und nicht nur einzelne Vollstreckungsmaßnahmen (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 30. Aufl., § 767 Rn. 12 "Rechtsmissbrauch"; Musielak/Lackmann, ZPO, 11. Aufl., § 767 Rn. 26). Zulässig ist eine Einwendung nach § 767 Abs. 2 ZPO zudem nur insoweit, als die Gründe, auf denen sie beruht, nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind.

40 b) So liegt es hier. Aus den unter A. angeführten Gründen folgt, dass die Zeit des vereinbarten Darlehens zur Vorfinanzierung des Rohbaus abgelaufen ist. Der Beklagten fehlt daher ein nach Maßgabe des Grundsatzes von Treu und Glauben schutzwürdiges Interesse an der Vollstreckung der titulierten Hauptforderung in Höhe von 67.144,88 €, weil sie diese letzte Rate wegen der fälligen vertraglichen Rückgewährverpflichtung sofort wieder zurückgeben müsste (dolo agit qui petit quod statim redditurus est, § 242 BGB). Dieses Fehlen eines schutzwürdigen Interesses begründet eine zulässige Einwendung im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO, da sie von den Klägern im Vorprozess 12 U 59/09 vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht geltend gemacht werden konnte.

41 c) Diese Einwendung kann der Vollstreckungsgegenklage allerdings nicht in vollem Umfang, sondern nur teilweise zum Erfolg verhelfen. Die Kläger haben beantragt, die Vollstreckung aus dem rechtskräftigen Urteil des Oberlandesgerichts D. vom 6. Mai 2010 - 12 U 59/09 insgesamt für unzulässig zu erklären. Der Klageantrag erfasst die titulierte Hauptforderung einschließlich Rechtshängigkeitszinsen gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB seit dem 23. Januar 2008. Der Einwand, dass die Beklagte den noch ausstehenden Vorfinanzierungsbetrag wegen der Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs sofort wieder zurückgeben müsste, vernichtet den vollstreckbar titulierten Anspruch nur insoweit, als die Kläger durch den Titel zur Zahlung der Hauptforderung nebst Zinsen auch noch nach der am 23. Juli 2010 eingetretenen Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs verpflichtet sind.

III.

42 Das angefochtene Urteil ist wegen des aufgezeigten Rechtsfehlers teilweise aufzuheben. Einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht bedarf es in

soweit nicht, weil die Entscheidung über den Klageantrag Nr. 1 auf Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts zur Endentscheidung reif ist, § 563 Abs. 3 ZPO.

43 Auf die Berufung der Kläger ist das landgerichtliche Urteil teilweise abzuändern und die Zwangsvollstreckung aus dem rechtskräftigen Urteil des Oberlandesgerichts D. vom 6. Mai 2010 - 12 U 59/09 in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang für unzulässig zu erklären. Im Übrigen, soweit die Kläger mit ihrem Rechtsmittel die Vollstreckbarkeit dieses Urteils auch insoweit beseitigen wollen, als sie durch das Urteil als Gesamtschuldner zur Zahlung von Zinsen auf die Hauptforderung für den Zeitraum vom 23. Januar 2008 bis zum 23. Juli 2010 verurteilt worden sind, ist die Revision zurückzuweisen.

C. Widerklage (entgangener Gewinn)

I.

44 Das Berufungsgericht führt zur Begründung seiner Entscheidung über den Widerklageantrag Nr. 3 aus:

45 Der mit der Widerklage verfolgte Schadensersatzanspruch bestehe dem Grunde nach, soweit die Beklagte entgangenen Gewinn wegen des nicht erfolgten Verkaufs der Eigentumswohnungen in Höhe von 198.907,17 € begehre. Wie das Berufungsgericht in seinem rechtskräftigen Urteil im Vorprozess 12 U 59/09 festgestellt habe, sei die fehlende Fertigstellung der Wohnungen und der Umstand, dass diese nicht wie geplant durch die Beklagte verkauft werden konnten, von den Klägern verursacht worden. Die Entstehung des Schadens habe die Beklagte schlüssig dargetan. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wäre der Rohbau mittels der von den Klägern gezahlten Raten erstellt und wären die

Eigentumswohnungen im Zuge ihrer Errichtung verkauft worden. Die Verkaufserlöse wären der Beklagten zugeflossen. Da die Wohnungen auf Grund des vertragswidrigen Verhaltens der Kläger nicht fertig gestellt und verkauft worden seien, habe die Beklagte keine Verkaufserlöse erzielt. Der erst in zweiter Instanz erhobene Einwand der Kläger, die Beklagte hätte auch bei Zahlung der siebten Rate die Wohnungen nicht fertig gestellt und verkauft, weil sie zu deren Ausbau finanziell nicht in der Lage gewesen sei, sei gemäß § 531 Abs. 2 ZPO unbeachtlich. Im Übrigen handele es sich bei diesem Einwand um eine unbeachtliche Reserveursache. Über den nach der Behauptung der Kläger für die Fertigstellung der Wohnungen erforderlichen Betrag in Höhe von 473.278,95 € habe sie nicht verfügen müssen, denn die zu erstellenden Wohnungen seien bereits während der Bauphase verkäuflich gewesen. Der Verkauf hätte es der Beklagten ermöglicht, aus den von den Erwerbern erhaltenen Raten den Weiterbau zu finanzieren, außerdem sei ihr dann nach ihrem Vortrag eine Kreditaufnahme möglich gewesen.

II.

46 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

47 1. Soweit das Berufungsgericht der Beklagten wegen der vertragswidrig unterbliebenen Auszahlung der letzten Darlehensrate einen Schadensersatzanspruch gegen beide Kläger dem Grunde nach insoweit zuerkannt hat, als entgangener Gewinn wegen des gescheiterten Verkaufs der Eigentumswohnungen in Höhe von 198.907,17 € Gegenstand der Widerklage ist, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft verkannt, dass einer Sachentscheidung gegenüber der Klägerin in Höhe eines Teilbetrags von 157.750 € die Rechtskraft des Urteils vom 6. Mai 2010 im Vorprozess 12 U 59/09 entgegensteht. Die Revision rügt zu Recht, dass die Beklagte im Vorprozess die streitgegenständliche Forderung in

dem genannten Umfang zur Aufrechnung gestellt hat und insoweit eine der Rechtskraft fähige Entscheidung ergangen ist, § 322 Abs. 2 ZPO. Der weitergehende Einwand der Revision, auch im Vorprozess 12 U 60/09 sei eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über den Schadensersatzanspruch ergangen, ist dagegen unbegründet.

48 a) Wird mit einer Gegenforderung aufgerechnet, so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung besteht oder nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig, § 322 Abs. 2 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 1990 - VIII ZR 355/89, NJW-RR 1991, 971, 972). Ihrem Wortlaut nach gilt die Vorschrift des § 322 Abs. 2 ZPO nur für die Aufrechnung des Beklagten. In Rechtsprechung und Schrifttum ist allerdings anerkannt, dass sie trotz ihres Ausnahmecharakters auch Anwendung findet, wenn die Aufrechnung mit einer Gegenforderung nicht als Verteidigungsmittel gegen eine Klage, sondern - wie hier - als Angriffsmittel im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage des Schuldners eingesetzt wird (BGH, Urteil vom 13. Januar 1984 - V ZR 55/83, BGHZ 89, 349, 352 f.; Urteil vom 30. März 1994 - VIII ZR 132/92, NJW 1994, 2769, 2770 - insoweit in BGHZ 125, 351 nicht abgedruckt; Beschluss vom 28. Juni 2006 - XII ZB 9/04, NJW-RR 2006, 1628 Rn. 10; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 322 Rn. 24; Musielak/Musielak, ZPO, 11. Aufl., § 322 Rn. 78 f.). Eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung setzt voraus, dass sachlich über sie entschieden wird. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn materiell-rechtlich über ihre Begründetheit entschieden wird, sondern kommt auch in Betracht, wenn die Aufrechnung aus prozessualen Gründen, insbesondere wegen Verspätung tatsächlichen Vorbringens oder wegen fehlender Substantiierung, nicht durchgreift (vgl. BGH, Urteil vom 3. November 1960 - VII ZR 150/59, BGHZ 33, 236, 242; Urteil vom 12. Dezember 1990 - VIII ZR 355/89, NJW-RR 1991, 971, 972; Urteil vom 7. Mai 1987 - VII ZR 158/86, BauR 1987, 476). Wird dagegen der Aufrechnungseinwand als solcher nicht zugelassen oder die Aufrech-

nung für unzulässig gehalten, entfaltet ein Urteil keine Rechtskraftwirkung hinsichtlich der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung (vgl. BGH, Urteil vom 3. November 1960 - VII ZR 150/59, aaO S. 242; Urteil vom 30. März 1994 - VIII ZR 132/92, NJW 1994, 2769, 2770; Urteil vom 12. Dezember 1990 - VIII ZR 355/89, aaO S. 972) und auch sonst treten keine materiell-rechtlichen Wirkungen der im Vorprozess erklärten Aufrechnung ein (BGH, Urteil vom 30. März 1994 - VIII ZR 132/92, aaO S. 2770).

49 b) Nach diesen Grundsätzen beruft sich die Revision zu Recht darauf, dass der Schadensersatzanspruch, der den Gegenstand des zugesprochenen Widerklageantrags Nr. 3 bildet, im Urteil vom 6. Mai 2010 im Vorprozess 12 U 59/09 in Höhe eines Teilbetrags von 157.750 € im Prozessrechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten rechtskräftig aberkannt worden ist.

50 aa) Im Vorprozess 12 U 59/09 hatte die Beklagte ihre dortige Vollstreckungsgegenklage, die sich gegen die Zwangsvollstreckung der Klägerin wegen des Hypothekenbetrages aus der dinglichen Unterwerfungserklärung in § 3 des Grundstückskaufvertrags vom 9. Mai 2006 richtete, unter anderem auf die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch auf entgangenen Gewinn gestützt, den die Beklagte auch mit einer Verletzung der Vorfinanzierungsabrede wegen der Zahlungseinstellung der Kläger seit September 2006 begründet und auf einen Betrag von 157.750 € beziffert hatte. Entgegen dem Einwand der Revisionserwiderung ist der Aufrechnungserklärung der Beklagten, die der Senat als Prozesserklärung selbständig auslegt (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2014 - VII ZB 9/13, NJW 2014, 2732 Rn. 11; Urteil vom 20. November 1997 - VII ZR 26/97, BauR 1998, 368, 369), eine kumulative Bedingung dahingehend, dass über die Aufrechnung nur entschieden werden sollte, wenn der Klägerin sowohl der Grundstückskaufpreis als auch der Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Raten zustehe, nicht zu entnehmen. Die Aufrechnung sollte für den Fall zum Tragen kommen, dass der Klägerin wenigstens eine der beiden Forderungen zusteht.

51 bb) Hiervon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen, denn es hat die Schadensersatzforderung der Beklagten auf entgangenen Gewinn in seinem Urteil vom 6. Mai 2010 - 12 U 59/09 in der Sache beschieden. Es hat ausgeführt, die Beklagte habe einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der getroffenen Vorfinanzierungsabrede nicht hinreichend dargelegt. Der zum Streitgegenstand gehörende Schaden auf entgangenen Gewinn in Höhe von 157.750 € ist als unschlüssig abgewiesen worden. Die aufgerechnete Gegenforderung ist in dieser Höhe gemäß § 322 Abs. 2 ZPO im Prozessrechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten rechtskraftfähig aberkannt worden. Die Widerklage der Beklagten ist, soweit sie sich gegen die Klägerin richtet, in Höhe des entsprechenden Teilbetrags unzulässig.

52 c) Anders verhält es sich mit der rechtskräftigen Entscheidung des Berufungsgerichts im Vorprozess 12 U 60/09. Die dortige Entscheidung steht der Zulässigkeit des Widerklageantrags Nr. 3 nicht entgegen. Die insoweit von der Revision erhobene Rüge bleibt ohne Erfolg.

53 aa) Im Vorprozess 12 U 60/09 hatte sich die Beklagte im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegen die Zwangsvollstreckung der Klägerin wegen des Grundstückskaufpreises aus der persönlichen Unterwerfungserklärung in § 4 des Grundstückskaufvertrags vom 9. Mai 2006 gewandt. Erst im Berufungsrechtszug hatte sie die Aufrechnung mit etwaigen Schadensersatzansprüchen erklärt, die das Berufungsgericht gemäß § 533 ZPO für unzulässig gehalten hat.

54 bb) Damit ist keine Sachentscheidung gemäß § 322 Abs. 2 ZPO über die Gegenforderung der Beklagten ergangen. Dies ergibt sich auch nicht aus der zusätzlichen Erwägung des Berufungsgerichts, der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch sei zweitinstanzlich auch nicht hinreichend substantiiert. Das Berufungsgericht hat die Zulässigkeit der Aufrechnung verneint und hierauf die Entscheidung in erster Linie gestützt. Die zusätzlichen Ausführungen zur Begründetheit des zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruchs sind daher als unverbindlich und so zu betrachten, als wären sie überhaupt nicht vorhanden (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 1994 - VIII ZR 132/92, NJW 1994, 2769, 2770 - insoweit in BGHZ 125, 351 nicht abgedruckt).

55 2. Auch soweit die negative Prozessvoraussetzung der entgegenstehenden Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 2 ZPO der Zulässigkeit der Widerklage auf Ersatz entgangenen Gewinns nicht entgegensteht, hält das angefochtene Grundurteil der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat entschieden, dass die Kläger wegen der vertragswidrig unterbliebenen Auszahlung der letzten Rate dem Grunde nach verpflichtet sind, der Beklagten den entgangenen Gewinn zu ersetzen, der ihr durch den Nichtverkauf der Eigentumswohnungen entstanden ist. Das ist verfahrensfehlerhaft. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils können nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung bejaht werden.

56 a) Nach § 304 Abs. 1 ZPO kann das Gericht über den Grund vorab entscheiden, wenn ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig und lediglich der Streit über den Anspruchsgrund entscheidungsreif ist. Erforderlich ist, dass alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind und nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 8. Dezember 2011 - VII ZR 12/09, NJW-RR 2012, 880 Rn. 13 m.w.N.).

57 b) Auf der Grundlage der bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen liegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils nicht vor.

58 aa) Dem Berufungsurteil lässt sich schon nicht entnehmen, aus welcher Anspruchsgrundlage das Berufungsgericht die Haftung der Kläger als begründet angesehen hat. Die Beklagte hat ihren Anspruch auf die Verletzung der vertraglichen Hauptpflicht der Kläger zur vollständigen Valutierung des Darlehens gestützt, § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB, und sie hat mit dem entgangenen Gewinn einen Schaden eingeklagt, der dasjenige Interesse betrifft, das die Beklagte an der vertragsgemäßen Erfüllung der Vorfinanzierungsabrede hatte. Die Geltendmachung des entgangenen Gewinns bedeutet, dass die Beklagte diesen Gewinn nicht

mehr erzielen wird, und basiert auf dem endgültigen Scheitern des Plans, auf dem Grundstück als Bauträgerin Wohnungen zu errichten und als Eigentumswohnungen zu verkaufen. Neben dem entgangenen Gewinn kann die Beklagte von den Klägern nicht zusätzlich noch Vertragserfüllung - Auszahlung des restlichen Darlehens - verlangen. Bei dem von der Beklagten eingeforderten entgangenen Gewinn handelt es sich daher nicht um einen Verzögerungs- oder Begleitschaden, sondern um einen nur nach § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB ersatzfähigen Schaden statt der Leistung (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2013 - VIII ZR 169/12, BGHZ 197, 357 Rn. 27; jurisPK-BGB/Alpmann, 7. Aufl., § 286 Rn. 69; Staudinger/Freitag, BGB (2011), § 488 Rn. 240 sowie allgemein zur Abgrenzung zwischen den Ansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB, aus § 280 Abs. 2, § 286 BGB und aus § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB: Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 280 Rn. 13 und § 281 Rn. 7; Staudinger/Schwarze, BGB (2014), § 280 C 5 ff. und § 281 B 134 ff.; Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB (2014), § 286 Rn. 181 ff.; MünchKommBGB/Ernst, 6. Aufl., § 280 Rn. 65 ff. und § 281 Rn. 110 ff.; Jauernig/Stadler, BGB, 15. Aufl., § 280 Rn. 3 f.; Ostendorf, NJW 2010, 2833 ff.).

59 bb) Kann die Beklagte ihren entgangenen Gewinn nur als Schadensersatz statt der Leistung unter den Voraussetzungen von § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB geltend machen, dann ist die Begründung des Berufungsgerichts nicht geeignet, das erlassene Grundurteil zu tragen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Haftungsgrund beschränken sich auf die Bejahung einer Pflichtverletzung der Kläger und der haftungsausfüllenden Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden auf entgangenen Gewinn. Selbst unter Berücksichtigung der zu Gunsten der Beklagten streitenden Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ist dies unzureichend, denn es fehlen die erforderlichen Feststellungen zu den zusätzlichen Voraussetzungen gemäß § 280 Abs. 3, § 281 BGB.

60 cc) Der Rechtsfehler ist entscheidungserheblich. Dass die Beklagte berechtigt ist, ihren entgangenen Gewinn auf der Grundlage eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung zu fordern, kann der Senat auf der Basis der für das Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Tatsachen nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen.

III.

61 Das Berufungsurteil ist, soweit es der Beklagten einen Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns dem Grunde nach zuerkannt hat, wegen der aufgezeigten Rechtsfehler aufzuheben. Da der Senat nicht abschließend entscheiden kann, ist die Sache unter Anwendung von § 563 Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts zurückzuverweisen.

62 Für die weitere Sachbehandlung weist der Senat darauf hin, dass den Parteien zu den Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist.

63 Zudem bedürfen die im angefochtenen Urteil angestellten Überlegungen zur haftungsausfüllenden Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden einer Überprüfung. Zur Beantwortung der Frage, welchen Schaden eine Pflichtverletzung zur Folge hatte, hat der Tatrichter festzustellen, welchen Verlauf die Dinge ohne die Pflichtverletzung - also bei absprachegemäßer Zahlung der letzten Rate zur Finanzierung des Rohbaus - genommen hätten und wie dann die Vermögenslage des Betroffenen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1996 - IX ZR 220/95, NJW-RR 1997, 562, 563; Urteil vom 24. Oktober 1985 - IX ZR 91/84, BGHZ 96, 157, 171). Dabei hat grundsätzlich der Geschädigte den Ursachenzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden als anspruchsbegründende Voraussetzung darzutun und nachzuweisen, wobei seine

Nachweis- und Darlegungslast durch § 287 ZPO und § 252 Satz 2 BGB erleichtert werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1996 - IX ZR 220/95, aaO S. 563; Urteil vom 5. Oktober 2010 - VI ZR 186/08, NJW 2011, 1148 Rn. 17 ff.). Die insoweit vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen greifen zu kurz. Selbst unter Heranziehung von § 252 Satz 2 BGB und § 287 ZPO rechtfertigen die bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht die Annahme, dass die Kläger den unterbliebenen Verkauf und die unterbliebene Fertigstellung der Wohnungen durch die Nichtzahlung der letzten Rate verursacht haben. Das Berufungsgericht sieht selbst, dass ein Verkauf der Eigentumswohnungen auch schon vor Fertigstellung des Rohbaus möglich war. Zudem wurde der Rohbau auch ohne die Zahlung der Kläger fertiggestellt. Ausgehend hiervon fehlt es an

einer hinreichenden Begründung, warum der unterbliebene Verkauf der Eigentumswohnungen gerade daran gescheitert sein soll, dass der Beklagten die letzte Darlehensrate für den Rohbau nicht ausgezahlt wurde.

Eick Halfmeier Kartzke

Jurgeleit Graßnack

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.06.2011 - 9 O 381/10 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 29.11.2012 - I-12 U 122/11 -