

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 868; ErbbauVO § 1

Ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne von § 868 BGB
kann auch durch den Abschluß eines Erbbaurechtsver-
trages begründet werden.

BGH, Urt. v. 17. April 1970 - V ZR 115/67 - OLG Frankfurt
LG Frankfurt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_115/67

URTEIL

Verkündet am
17. April 1970
W ü s t ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der F [REDACTED] H [REDACTED] Gesellschaft
mit beschränkter Haftung in F [REDACTED], vertreten
durch ihre Geschäftsführer Wolfgang B [REDACTED] und Werner
D [REDACTED] in B [REDACTED], A [REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Ehefrau Gisella W [REDACTED] geb. G [REDACTED]
in M [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 17. April 1970
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin
und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag,
Dr. Mattern und Offterdinger
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Frankfurt (Main) vom 17. Mai 1967
wird auf Kosten der Klägerin zurückge-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte hatte als Eigentümerin eines in
F██████████ am H██████████platz gelegenen Grund-
stücks, dessen Gebäude - das ehemalige S██████████-Theater -
im letzten Krieg zerstört worden war, 1960 mit der
"I██████" Gesellschaft für I██████████- und W██████████
m.b.H. in N██████████ einen Erbbaurechtsvertrag ge-
schlossen und ihr zugleich ein notariell beur-
kundetes Verkaufsangebot gemacht. Nachdem die I██████
die begonnenen Enttrümmerungsarbeiten eingestellt
hatte und mit der Erbbauzinszahlung in Rückstand
geraten war, suchte die Beklagte nach einem anderen
Käufer für das Grundstück. Sie verhandelte dieser-
halb mit der damals im Gründungsstadium befindlichen
klagenden GmbH, die bei den Verhandlungen durch den
B██████████Finanzmakler Friedrich B██████████ vertreten wurde.



Am 13. April 1962 schlossen die Beklagte und B [REDACTED] einen notariellen Vertrag. Darin verkaufte die Beklagte das Grundstück für 4,5 Millionen Deutsche Mark an die Klägerin. Diese verpflichtete sich ferner (§ 2 Abs. 4 des Vertrages), die Verkäuferin von allen Ansprüchen der I [REDACTED] freizustellen und deren Rechte "wegzufertigen". Die Auflassung sollte gemäß § 8 erfolgen, sobald die für die grundbuchliche Umschreibung erforderlichen behördlichen Genehmigungen vorlägen und die Nichtausübung eines etwaigen Vorkaufsrechts der öffentlichen Hand feststehe. Laut § 4 des Vertrages wurde das Grundstück

"verkauft, wie es steht und liegt und von der Käuferin besichtigt ist. Eine Haftung für irgendwelche Sachmängel, auch verborgene Mängel und damit die Anwendung der §§ 459 ff BGB wird allgemein ausgeschlossen

Die Verkäuferin haftet nicht für Flächenmaße und auch nicht für Freiheit von nicht aus dem Grundbuche ersichtlichen Lasten. Sie haftet ferner nicht für generelle oder spezielle Befähigung".

Im § 7 vereinbarte man, daß Grundsteuer und öffentliche Lasten mit sofortiger Wirkung auf die Käuferin übergehen sollten, und es hieß daselbst weiter:

"Die Verkäuferin tritt hiermit den Anspruch gegen die I [REDACTED] auf Herausgabe des Besitzes, der sich für den Fall der Aufhebung, Auflösung etc. des Erbbauvertrages, auf dem die Besitzanweisung beruht, ergibt, an die Käuferin ab; die Käuferin kann sich vom Zeitpunkt der Aufgabe der Rechte der I [REDACTED] an in den Besitz des Grundstücks setzen."

Die Beklagte als Verkäuferin entließ B [REDACTED] von dem Zeitpunkt ab, in dem die zu gründende GmbH in den

Vertrag eingetreten sein werde, aus seiner persönlichen Haftung nach § 11 GmbHG, so daß alsdann alleiniger Schuldner ihr gegenüber nur noch die Klägerin sei (§ 11 des Kaufvertrages).

Mit Gesellschaftsvertrag vom 19. Juni 1962 wurde die Klägerin gegründet. Am 21. August 1962, einen Tag nach ihrer Eintragung im Handelsregister, erklärte sie ihren Eintritt anstelle B [REDACTED] in den Grundstückskaufvertrag vom 13. April 1962. Inzwischen hatte die Bauaufsichtsbehörde der Stadt F [REDACTED] unter dem 25. Juni 1962 den Parteien mitgeteilt, daß die Bebauung des Grundstücks in der von ihnen beabsichtigten Form nicht mehr möglich sein werde und deshalb bis zur Aufstellung und Festsetzung des Bebauungsplans eine Veränderungssperre erlassen werden müsse. Die Beklagte forderte erstmals am 29. Juni 1962, da die in § 8 des Grundstückskaufvertrages angegebenen Voraussetzungen nunmehr erfüllt seien, B [REDACTED] zur Entgegennahme der Auflassung und zur Zahlung des damit fällig werdenden Kaufpreisteiles auf. Die gleiche Aufforderung wiederholte sie mit Schreiben vom 25. August 1962 auch gegenüber der Klägerin selbst und setzte ihr unter Androhung, alsdann die Annahme der Leistung abzulehnen, eine Nachfrist bis zum 5. September 1962. Demgegenüber verwies die Klägerin auf die inzwischen ergangene Veränderungssperre und weigerte sich, die Auflassungserklärung entgegenzunehmen sowie den Kaufpreis zu entrichten.

In der Folgezeit kam es zwischen den von den Parteien beauftragten Rechtsanwälten zu einem ausgedehnten Schriftwechsel, bei dem beide Seiten davon ausgingen, es müsse versucht werden, die Stadt F. zur Aufhebung der Veränderungssperre und die I. zum Verzicht auf ihre Rechte an dem Grundstück zu veranlassen. Die Beklagte strengte mit diesem Ziel einen Prozeß gegen die I. an, während die Klägerin mit der Stadt verhandelte. Diese Verhandlungen zogen sich bis zum Frühjahr 1964 hin. Als der Vertreter der Klägerin mit der I. einen Verzichtungsvertrag ausgehandelt hatte und eine Vereinbarung aller Beteiligten mit der Stadt über die Grundstücksbebauung sich abzuzeichnen begann, lehnte die Beklagte es ab, ihre Zustimmung zu geben. Sie verkaufte am 17. April 1964 das Grundstück anderweitig.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin, nachdem sie am 28. September 1964 von dem Kaufvertrag der Parteien zurückgetreten ist, von der Beklagten Zahlung von 75 489,73 DM nebst 4 % Prozeßzinsen. Die Klageforderung setzt sich zusammen aus Beträgen, welche die Klägerin in Erfüllung ihrer Pflichten als Grundstückskäuferin aufgewendet zu haben behauptet (Grundsteuer, Hypothekenzinsen, Anwaltskosten und Versicherungsbeiträge), sowie aus einem Darlehen von 20 000 DM. Zur Begründung macht sie insbesondere geltend, die Beklagte habe sich mit der vertraglich geschuldeten Leistung (Lieferung eines bebaubaren Grundstücks) im Verzug befunden und ihr durch den Verkauf an einen Dritten

in treuwidriger Weise und unter Verletzung eines zwischen den Parteien bestehenden Gesellschafts- oder gesellschaftsähnlichen Verhältnisses Schaden zugefügt; außerdem sei durch die Veränderungssperre die Geschäftsgrundlage des Grundstückskaufvertrages weggefallen. Die Beklagte beantragt Klageabweisung und begehrt widerklagend Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 156 946 DM nebst Prozeßzinsen. In dieser Höhe, so behauptet sie, habe sie bei ihrem Deckungsverkauf einen Mindererlös gehabt, den die Klägerin ersetzen müsse. Im übrigen bestreitet sie die Klageansprüche nach Grund und Betrag und hat gegen sie vorsorglich die Aufrechnung mit ihren eigenen Forderungen erklärt.

Das Landgericht hat durch Teil- und Zwischenurteil die Klage - unter Ausklammerung des Anspruchs auf Darlehensrückzahlung - in Höhe von 55 489,73 DM nebst anteiligen Zinsen abgewiesen und die Widerklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Klägerin ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren, soweit die Vorinstanzen darüber entschieden haben, und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Die Beklagte möchte das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe

I.

Daß die Klägerin der gegnerischen Aufforderung vom 25. August 1962, die Auflassung entgegenzunehmen und den laut Kaufvertrag im Auflassungszeitpunkt fällig werdenden Kaufpreisteil von 1 180 000 DM zu zahlen, weder innerhalb der Nachfrist bis zum 5. September 1962 noch später Folge geleistet hat, ist unstreitig. Nach Ansicht der Beklagten sind dadurch die Rechtsfolgen des § 326 BGB ausgelöst worden; sie leitet daraus einen Schadensersatzanspruch her, mit dem sie widerklagend den Unterschiedsbetrag zwischen vereinbartem Kaufpreis und Erlös des von ihr vorgenommenen Deckungsverkaufs geltend macht. Die Klägerin verlangt, da nicht sie, sondern die Beklagte in Verzug geraten sei, ihrerseits Schadensersatz und beruft sich hilfsweise auf den am 28. September 1964 erklärten Rücktritt vom Vertrag (Schriftsatz vom 21. März 1967, S. 2). Allein es kommt auf diese Rücktrittserklärung nur dann an, wenn am 25. August 1962 die Voraussetzungen des § 326 BGB nicht vorgelegen haben sollten; denn anderenfalls wären mit jener Aufforderung der Beklagten und dem fruchtlosen Ablauf der Nachfrist die beiderseitigen Ansprüche auf Vertragserfüllung schon damals erloschen (BGHZ 20, 338).

So verhält es sich nach der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts: Die Klägerin habe sich im Verzug befunden. Freilich sei das von ihr gekaufte

Grundstück im Zeitpunkt der Aufforderung und Fristsetzung mit einem Fehler im Sinne von § 459 BGB behaftet gewesen, nämlich mit der gemäß § 14 BBauG von der Stadt Frankfurt angeordneten Veränderungssperre, die einen raschen Aufbau, wie ihn beide Parteien für erforderlich hielten, und damit die Finanzierung des Grundstückskaufs praktisch unmöglich gemacht habe. Für diesen Sachmangel (vgl. RGZ 131, 343, 348 f) brauche jedoch die Beklagte als Verkäuferin nicht einzustehen, da er erst nach erfolgtem Gefahrübergang eingetreten sei. Die Übergabe des Grundstücks, mit der nach § 446 BGB die Gefahr auf den Käufer übergehe, habe hier auf Grund besonderer vertraglicher Abrede (Palandt/Putzo, BGB 28. Aufl. § 446 Anm. 3; BGB RGRK 11. Aufl. § 433 Anm. 162) bereits bei Abschluß des Kaufvertrages vom 13. April 1962 stattgefunden; sie sei dadurch bewirkt worden, daß die Beklagte damals (§ 7 des Vertrages) ihren gegen die IWO als Erbbauberechtigte gerichteten Herausgabeanspruch gemäß § 870 BGB an die Klägerin abgetreten habe; zu jener Zeit sei das Grundstück noch mangelfrei gewesen.

Der Klägerin habe, so führt das angefochtene Urteil weiter aus, auch kein Leistungsverweigerungsrecht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zugestanden (§ 242 BGB). Dies wäre nur der Fall gewesen, wenn die Parteien die Vorstellung, behördliche Eingriffe (z.B. eine Veränderungssperre) seien nicht zu erwarten, nicht zum Gegenstand des Vertrages selbst gemacht hätten; denn lediglich dann habe diese Vorstellung eine Grundlage des Vertrages außerhalb seines

Inhalts bilden können (unter Bezugnahme auf RGZ 168, 121, 127). Das habe die Klägerin aber nicht nachzuweisen vermocht. Vielmehr hätten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Vertragschließenden, wenn sie auch möglicherweise nicht im besonderen an das Institut der Veränderungssperre gedacht hätten, gleichwohl mit der Regelung in § 4 des Vertrages das Risiko jeglicher behördlicher Maßnahmen, die sich auf die Bebauung des Grundstücks auswirken konnten, und damit auch das einer Bau- oder Veränderungssperre, von der Beklagten abwenden wollen. Daß die Beklagte nicht dieses Risiko tragen sollte, sei also Vertragsinhalt geworden, und damit entfalle die Möglichkeit, auf Geschäftsgrundlage-Wegfall zurückzugreifen.

1. Die Revision wendet sich gegen die Auffassung, daß die Übergabe bereits bei Vertragsabschluß geschehen und damit die Gefahr schon am 13. April 1962 auf die Klägerin übergegangen sei. Aus § 7 des Kaufvertrages, so macht sie geltend, könne dies nicht entnommen werden, sein eindeutiger Wortlaut ergebe vielmehr, daß die Vertragspartner keinen mittelbaren Besitz übertragen hätten. Wenn es daselbst am Schluß heiße, die Käuferin könne sich "vom Zeitpunkt der Aufgabe der Rechte der I an in den Besitz des Grundstücks setzen", so sei damit nur eine Regelung für eine spätere Zukunft, nämlich für die Zeit "der Aufhebung, Auflösung etc. des Erbbauvertrages" getroffen worden. Das Oberlandesgericht habe den Unterschied zwischen unmittel-

barem und mittelbarem Besitz übersehen; nur wenn mittelbarer Besitz übertragen worden wäre, träfen seine Folgerungen zu.

Ob es indessen auf den Gefahrübergang angesichts des vertraglichen Haftungsausschlusses (vgl. unten zu Nr. 2) überhaupt noch ankommt, mag dahinstehen. Auf jeden Fall ist die Rüge nicht stichhaltig. Daß der von der Revision angeführte letzte Halbsatz des § 7 den Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch die Grundstückskäuferin zum Gegenstand hatte und daß ein solcher Erwerb erst künftig, wenn die I. ihre Rechte am Grundstück aufgab, möglich sein werde, hat ersichtlich auch der Berufungsrichter nicht verkannt. Er entnimmt jedoch dem vorhergehenden Halbsatz, mit der dort erklärten Abtretung des Herausgabeanspruchs, den die Beklagte als Grundstückseigentümerin gegen die I. als Erbbauberechtigte hatte, sei der mittelbare Besitz (§ 868 BGB) auf die Klägerin übertragen worden. Diese Auslegung ist möglich. Sie steht im Einklang mit § 870 BGB, der eine derartige Besitzübertragung ausdrücklich vorsieht, und läßt auch keinen sonstigen Rechtsirrtum erkennen. Im Ergebnis läuft sie darauf hinaus, daß die Klägerin sogleich bei Vertragsabschluß, also schon am 13. April 1962 mittelbare Besitzerin wurde, während sie den unmittelbaren Besitz erst später in der Form des § 854 BGB von der I. übertragen erhalten sollte. Das entsprach dem vom angefochtenen Urteil in anderem Zusammenhang (S. 16) festgestellten, von dem "Vertreter" der Klägerin, B., erkannten und gebilligten

Wunsch der Beklagten, das Grundstück so zu verkaufen, daß für sie kein "Wenn" und "Aber" mehr nachfolgen könne; ihr mußte deshalb daran gelegen sein, den Gefahrübergang nicht bis zur Auflassung und grundbuchlichen Eintragung hinauszuschieben (§ 446 Abs. 2 BGB), sondern ihn bereits bei Vertragsabschluß herbeizuführen (Abs. 1 aaO).

Ohne Erfolg sucht die Revision dem § 7 des Kaufvertrages einen anderen Sinn beizulegen als der Tatrichter. Wieso dessen Auslegung daran scheitern sollte, daß es sich um einen "anwaltlich formulierten Vertrag" handelte, ist um so weniger einzusehen, als gerade bei Rechtsanwälten eine Kenntnis des § 870 BGB, dem jene Vertragsbestimmung ersichtlich angepaßt wurde, ohne weiteres vorausgesetzt werden kann. Ebensowenig steht entgegen, daß die Klägerin sich damals noch im Gründungsstadium befand; denn für sie handelte der Finanzmakler B■■■■■, von dem die Vertragschließenden wußten, er werde alsbald nach erfolgter Gründung die erworbenen Ansprüche, darunter auch den auf Grundstücksherausgabe, an die Klägerin weiterübertragen (vgl. § 11 des Kaufvertrages); diese mußte also den Besitzerwerb B■■■■■ - womit zugleich die Beklagte ihren bisherigen Besitz aufgab - gegen sich gelten lassen. Daß die Vertragschließenden keinen Erwerb des mittelbaren Besitzes durch B■■■■■ gewollt hätten, ist eine neue Tatsachenbehauptung, die im jetzigen Verfahrensstande nicht mehr berücksichtigt werden kann (§ 561 Abs. 1 ZPO), und sie wird entgegen der Meinung der Revision auch weder durch den Vertragsinhalt be-

stätigt, noch ergibt sich ihre Richtigkeit aus den Ausführungen im angefochtenen Urteil. Wenn es dort an anderer Stelle heißt (S. 13), die Beklagte habe das Grundstück nicht an B■■■■, sondern unmittelbar an die Klägerin auflassen wollen, so bezieht sich das auf den Erwerb des Eigentums und nicht des Besitzes; mit ihrer aus diesen Worten gezogenen Folgerung, B■■■■ habe "nichts mit den dinglichen Vorgängen zu tun" gehabt, setzt sich die Revision zudem in Widerspruch zu der tatrichterlichen Würdigung, wonach der Umstand, daß das Eigentum erst später auf die Klägerin übergehen sollte, für den früheren Gefahrübergang ohne Bedeutung war.

Unbegründet sind auch die weiteren Einwendungen der Revision zu diesem Punkt: Ob durch Bestellung eines Erbbaurechts, wie sie hier zugunsten der I■■■■ erfolgte, zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigtem ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne von § 868 BGB begründet wird, war allerdings im früheren Schrifttum umstritten (verneinend insbesondere Wendt AcP 87, 42, 61; ebenso wohl auch Bartels, Gruchot 42, 645, 647). Die Frage wird jedoch heute von der Lehre, soweit ersichtlich, einhellig bejaht (Wolff/Raiser, Sachenrecht 10. Bearb. § 8 I 1 c bei Fußn. 13, S. 33; ferner - sämtlich zu § 868 BGB - RGRK 11. Aufl. Anm. 12; Staudinger/Seufert, BGB 11. Aufl. Anm. 17; Planck/Brodmann, BGB 5. Aufl. Anm. 2 b alpha; Erman/Westermann, BGB 4. Aufl. Anm. 9 f; Palandt/Degenhart, BGB 28. Aufl. Anm. 2 c bb). Der Senat trägt keine Bedenken, sich dieser letzteren Ansicht anzuschließen, da sie dem

Wesen der durch Abschluß eines Erbbauvertrages zwischen den Beteiligten geschaffenen Rechtsbeziehungen entspricht. Der Einwand der Revision, daß der Erbbauberechtigte nicht "auf Zeit" besitze, ist nicht stichhaltig; Erbbaurechte pflegen erfahrungsgemäß fast immer für eine bestimmte Anzahl von Jahren bestellt zu werden, mit deren Ablauf sie dann erlöschen (vgl. § 27 Abs. 1, 29 ErbbauVO). Die Beklagte konnte ferner den Herausgabeanspruch, der ihr gegen die I. als Erbbauberechtigte zustand, wirksam an die Klägerin abtreten; daß er durch die Beendigung des Erbbaurechtsverhältnisses aufschiebend bedingt war, änderte hieran nichts, da auch bedingte Ansprüche abtretbar sind (Palandt/Danckelmann/Heinrichs, BGB 28. Aufl. § 398 Anm. 3 d). Diese Bedingtheit stellte entgegen der Meinung der Revision keine die Abtretung hindernde Rechtsbeschränkung dar (die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angeführte Reichsgerichtsentscheidung JW 1927, 667 betraf einen anderen Sachverhalt; dort hatte sich der Abtretende das Eigentum an der herauszugebenden Sache vorbehalten). Auf die Beweisangebote der Klägerin im Schriftsatz vom 22. November 1966 (S. 1 in Verbindung mit Berufungsbegründung S. 3) kam es infolgedessen nicht an. Der Umstand, daß das verkaufte Grundstück erst nach Gründung der klagenden GmbH an diese aufgelassen werden konnte, schloß, wie bereits dargelegt, einen früheren Gefahrübergang nicht aus.

2. Gegenstand weiterer Revisionsrügen sind die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht einen Wegfall der Geschäftsgrundlage verneint hat.

Beanstandet wird zunächst die Auslegung des § 4 des Grundstückskaufvertrages, wonach sich der dort vereinbarte Haftungsausschluß für "generelle oder spezielle Bebauungsfähigkeit" auch auf behördliche Eingriffe, insbesondere auf eine etwaige Veränderungssperre, erstreckt hat. Die Revision hält dem entgegen, der Vertrag habe die Bebaubarkeit (gemeint ist anscheinend: Unbebaubarkeit) gerade nicht von der Haftung der Verkäuferin ausgeschlossen, so daß diese dafür hafte. Damit greift sie jedoch in verfahrensrechtlich unzulässiger Weise die tatrichterliche Auslegung eines Individualvertrages an (§ 561 Abs. 2 ZPO). An diese ist das Revisionsgericht gebunden, soweit sie keine Auslegungsfehler - d.h. Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, Erfahrungssätze oder Denkgesetze - erkennen läßt. Einen solchen Fehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Daß der Zeuge Dr. G. den Vertrag seinerzeit entworfen hatte, brauchte den Berufungsrichter nicht zu hindern, Griesers Aussage Glauben zu schenken. Da festgestellt wurde, daß B. die Auslegung, welche die Beklagte bei Vertragsabschluß dem § 4 gab, "erkannt und angenommen" hat, kommt es auf alles, was die Revision in diesem Zusammenhang noch vorbringt, nicht mehr an. Das gilt insbesondere von ihrem Hinweis, daß Unklarheiten im Vertragstext zu Lasten der Partei gingen, die ihn entworfen habe, und daß Freizeichnungsklauseln eng

auszulegen seien. Dahinstehen kann ferner, ob wirklich der allgemeine Sprachgebrauch einen eindeutigen Unterschied macht zwischen der in § 4 erwähnten "Bebauungsfähigkeit" und dem Begriff der "Bebaubarkeit", an der es nach Ansicht der Klägerin im vorliegenden Fall mangelt; die Zitate in der Berufungsbegründung (S. 7) ergeben zudem - soweit sie überhaupt zutreffen - nichts über eine solche Unterscheidung. Wenn beide Parteien einen raschen Aufbau auf dem Grundstück, der die Finanzierung erst ermöglichte, für erforderlich hielten, so schloß dies nicht aus, daß die Klägerin, wie das Urteil feststellt, bei Vertragsabschluß nicht ernstlich mit schwerwiegenden behördlichen Eingriffen rechnete und in dieser Erwartung sich bereitfand, der Beklagten auch das Wagnis einer Bausperre abzunehmen. Der von der Revision gerügte Widerspruch liegt daher nicht vor.

Erstreckte sich aber die Regelung in § 4 des Kaufvertrages auch auf den tatsächlich eingetretenen Fall einer Veränderungssperre, dann ist für eine Anwendung der Grundsätze über den Geschäftsgrundlage-Wegfall kein Raum; denn Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage schließen einander aus (Urteile des Senats vom 12. Dezember 1962, V ZR 109/61, WM 1963, 288, 290, und vom 31. Januar 1969, V ZR 52/66, WM 1969, 527, 528 f; Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 242 Anm. 390). Damit erledigen sich sämtliche Rügen, mit denen die Revision die Nichtanwendung jener Grundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt beanstandet. Ob ein bestimmter

Umstand Geschäftsgrundlage war oder nicht, hat in erster Linie der Tatrichter zu ermitteln, und das von ihm hierzu Festgestellte ist, wenn es auf keiner Rechtsverletzung beruht, für das Revisionsgericht bindend (Urteil des Senats vom 23. Dezember 1966, V ZR 26/64, WM 1967, 131, m. Nachv.). Daß das Oberlandesgericht den Begriff der Geschäftsgrundlage verkannt habe oder daß ihm ein sonstiger Rechtsfehler oder ein Verfahrensverstoß unterlaufen wäre, ist nicht ersichtlich. Was die Revision zu diesem Punkt vorbringt, bewegt sich durchweg auf tatsächlichem Gebiet und läuft auf den unzulässigen Versuch hinaus, den Vereinbarungen der Parteien einen anderen Inhalt beizulegen als der Berufungsrichter. Für die Annahme, diesem seien bei seiner Entscheidung die von der Revision angeführten Zeugenaussagen nicht gegenwärtig gewesen, besteht kein Anhaltspunkt. Der Aktenvermerk des Rechtsanwalts Dr. G. [REDACTED] vom 17. Dezember 1962 enthielt lediglich Rechtsausführungen, die sich zudem nicht auf das Vertragsverhältnis der Parteien, sondern auf den Erbbauvertrag zwischen der Klägerin und der I. [REDACTED] bezogen. Die Sach- und Interessenlage ist vom Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei gewürdigt worden. Das gleiche gilt von den Aussagen der Zeugen Dr. G. [REDACTED] und M. [REDACTED]. Mit sämtlichen Einzelheiten des sehr umfangreichen Beweisergebnisses brauchte sich der Tatrichter nicht ausdrücklich auseinanderzusetzen, wenn nur aus dem Zusammenhang seiner Urteilsbegründung hervorgeht, daß ihm nichts Wesentliches entgangen ist; so verhält es sich hier.

Unbegründet sind auch alle sonstigen Verfahrensrügen der Revision (Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes vom 15. August 1969, BGBl I 1141).

II.

Daß die Beklagte im April 1964 das Grundstück anderweitig verkaufte, obgleich bis dahin zwischen den Parteien noch weiter verhandelt worden war, begründet nach Ansicht des Berufungsgerichts keinen Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz. Ein gesellschaftsähnliches Verhältnis, aus dem sich für die Beklagte eine Treuepflicht hätte ergeben können, wird von ihm verneint: Falls man sich über ein gemeinsames Vorgehen einig gewesen sei, habe dessen Zweck nicht darin gelegen, die Veränderungssperre zu beseitigen, wenn auch beide Parteien dies für erforderlich gehalten haben möchten. Beide Seiten, vornehmlich die Beklagte, hätten auf ihren Rechtsstandpunkten beharrt. Die Beklagte habe offen erklärt, ihr komme es nur darauf an, so schnell wie möglich einen Deckungsverkauf vorzunehmen. Wie sich aus dem Schriftwechsel ergebe, sei der Klägerin bekannt gewesen, daß "nur der Weg gemeinsam war, nicht aber das Ziel". Seitens der Beklagten sei stets betont worden, sie suche nach einer Lösung, um einen drohenden Schaden abzuwenden und ihre Ansprüche gegenüber der Klägerin gering zu halten (vgl. § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB), nicht dagegen, um der Klägerin das Grundstück zu verschaffen. Die Ablösung der I sei Voraussetzung für jeden weiteren Verkauf gewesen, und was hierfür getan wurde, habe jeder der Parteien für den von ihr erstrebten Zweck gedient.

Gleiches gelte für die Aufhebung der Veränderungssperre. Von einem beide Parteien bindenden und einander verpflichtenden gemeinsamen Gesellschaftszweck könne unter solchen Umständen keine Rede sein.

1. Die Revision hält diese Urteilsausführungen für fehlerhaft und macht geltend, entgegen der Meinung des Oberlandesgerichts hätten zwischen den Parteien eben doch gesellschaftliche oder gesellschaftsähnliche Beziehungen bestanden, die es der Beklagten verboten hätten, das Grundstück an einen Dritten zu veräußern. Um das Vorhandensein eines gemeinsamen Zwecks darzutun, verweist sie insbesondere darauf, daß die Klägerin sich mit einem Darlehen von 20 000 DM an den Kosten des seinerzeit von der Beklagten gegen die I. eingeleiteten Prozesses beteiligt habe; außerdem schildert sie an Hand des umfangreichen Schriftwechsels, den die Rechtsanwälte der Parteien miteinander geführt haben, die näheren Einzelheiten der Verhandlungen und erblickt darin eine Bestätigung des von ihr vertretenen Rechtsstandpunktes. Auch hier jedoch begibt sich die Revision wiederum auf das ihr verschlossene Gebiet der tatrichterlichen Würdigung (§ 561 Abs. 2 ZPO). Die Tatsache der Darlehensgewährung wird im angefochtenen Urteil ausdrücklich hervorgehoben und war daher dem Berufungsgericht bei seiner Entscheidung bekannt. Nicht anders verhält es sich mit dem Schriftwechsel, der in beiden Vorinstanzen vorgelegen und, wie die Erörterungen in den Parteischriftsätzen zeigen,

den Gegenstand ausführlicher Verhandlungen gebildet hat. Wenn der Tatrichter ihn anders gewürdigt hat, als die Revision dies tun möchte, so ist das rechtlich nicht angreifbar; daß er sich die Sache, wie die Revision ihm vorwirft, "zu einfach gemacht" habe, läßt sich aus der Urteilsbegründung nicht entnehmen; seine Beurteilung der tatsächlichen Vorgänge ist jedenfalls möglich, ohne daß ein Rechtsfehler erkennbar wäre.

Der als übergangen gerügte Beweisantrag im Schriftsatz vom 22. November 1966, S. 2 f, war unsubstantiiert ("zum Beweis der gesellschaftsähnlichen Abmachungen zwischen den Parteien"); ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt daher nicht vor. Daß der Klägerin schon mit Rücksicht auf die Höhe ihrer Aufwendungen daran gelegen war, den ursprünglichen Kaufvertrag aufrechtzuerhalten, ist unstreitig; soweit die Revision aber behauptet, das sei auch das Ziel der Beklagten gewesen, widerspricht dies der rechtsirrtumsfrei getroffenen Feststellung, wonach die Beklagte möglichst rasch einen Deckungsverkauf vorzunehmen beabsichtigte und lediglich in dem Bestreben, den dabei zu erwartenden Schaden nicht allzu groß werden zu lassen, den Bemühungen der Klägerin entgegenkam. Diese Bemühungen erstreckten sich nicht, wie die Revision geltend macht, auf zwei Jahre, sondern dauerten vom Herbst 1962 bis zum Frühjahr 1964; der Berufungsrichter konnte sie daher, ohne gegen die §§ 286, 314 ZPO zu verstoßen, noch als "monatelang" bezeichnen. Neu und infolgedessen unbeachtlich (§ 561 Abs. 1 ZPO) ist die Be-

hauptung der Revision, das Verharren der Beklagten auf ihrem Rechtsstandpunkt habe nur einen Vorbehalt für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen mit der Stadt dargestellt. Daß angesichts der von der Klägerin aufgewendeten Kosten und Mühen sowie nach der wirtschaftlichen Vernunft die Beseitigung der Veränderungssperre für die Parteien der Zweck ihres gemeinsamen Vorgehens sein mußte, kann der Revision nicht zugegeben werden.

2. Da die Beklagte laut tatrichterlicher Feststellung die Klägerin von Anfang an nicht darüber im Zweifel gelassen hat, daß sie das Grundstück anderweitig verkaufen wolle, gereicht ihr der Weiterverkauf entgegen der Meinung der Revision auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zum Vorwurf. Aus demselben Grunde entfällt eine Haftung aus Auftrag oder auftragloser Geschäftsführung. Der Tatbestand eines "venire contra factum proprium" ist ebenfalls nicht gegeben.

III.

Ein Schadensersatzanspruch steht mithin der Klägerin nicht zu. Soweit sie dagegen Rückgewähr der von ihr auf Grund des Kaufvertrages vom 13. April 1962 erbrachten Leistungen unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung verlangt, handelt es sich um einen bloßen Rechnungsposten im Rahmen des von der Beklagten mit der Widerklage geltend gemachten

Schadensersatzanspruchs (sogenannte Differenztheorie; vgl. Erman, BGB 4. Aufl. § 325 Anm. 5 b; Staudinger/Kaduk, BGB 10. u. 11. Aufl. § 325 Anm. 45 und § 326 Anm. 161, unter Bezugnahme auf RGZ 149, 135, 136 f; 135, 167, 172; 73, 58, 62). Denn nach der rechtsirrtumsfreien Feststellung des Oberlandesgerichts (BU S. 18) sind die Forderungen der Beklagten höher als das, was die Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen insgesamt aufgewendet hat. Mit der Abweisung der Klage ist jedoch die Klägerin nicht gehindert, diese Aufwendungen im Bettragsverfahren (§ 304 ZPO) einzuwerfen.

Damit erledigen sich zugleich die Einwendungen, welche die Revision gegen die Zulässigkeit eines Grundurteils erhebt.

IV.

Die Revisionsrügen greifen somit nicht durch.
Auch sind keine sonstigen Fehler des angefochtenen
Urteils zum Nachteil der Klägerin ersichtlich. Ihre
Revision ist daher mit der Kostenfolge aus § 97
Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Offterdinger