

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: nein

BGB §§ 171, 172, 173

Zur Frage der Fahrlässigkeit bei Prüfung einer vorgelegten notariellen Vollmacht, die wegen Formverstosses bei der Beurkundung als solche nicht wirksam ist.

BGH, Urt.v.25.November 1964 - V ZR 159/62 - OLG Celle
LG Hannover

V_ZR_159/62

Verkündet am
25. November 1964
Symalla, Justizhauptsokretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Landwirts Adolf M [REDACTED] in B [REDACTED],
R [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Kaufmann Werner L [REDACTED] in H [REDACTED],
B [REDACTED] wog [REDACTED],
2. den Architekten Reiner S [REDACTED] in H [REDACTED],
A [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Schuster, Dr. Rotho, Dr. Freitag und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Collo vom 5. Juni 1962 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen. Die gesamtschuldnerische Haftung der Kläger für 1/9 der Kosten in dem genannten Urteil wird durch eine Haftung nach Kopfteilen ersetzt.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte war Eigentümer eines Flurstücks 7/1 in B [REDACTED]. Das Gebiet, zu dem dieses Flurstück gehört, wurde durch Beschluß des Rates der Gemeinde B [REDACTED] vom 11. Juli 1959 zum Baugebiet erklärt. Der Beklagte, der schon vorher von dem Plan der Gemeinde gehört hatte, wollte das vorgenannte Flurstück 7/1 als Bauland verkaufen; zwei Parzellen wollte er jedoch selbst als Baugelände behalten. Auf dem Grundbesitz lastet eine Grundschuld in Höhe von 30 000 DM und ein Altenteil zugunsten der Eltern des Beklagten.

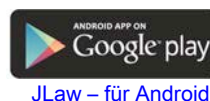
Der Beklagte nahm mit dem Makler G [REDACTED] Verbindung auf, durch dessen Vermittlung am 20. Februar 1959 vor dem Notar L [REDACTED] in H [REDACTED] zwischen dem Beklagten und dem Zeugen H [REDACTED] ein Vertrag geschlossen wurde. Nach dem Vertrag verpflichtete sich der Beklagte gegenüber dem Makler H [REDACTED] das Flurstück nach Erklärung zum Wohngebiet zum Preis von 7 DM je Quadratmeter an einen von H [REDACTED] zu benennenden Dritten zu verkaufen. Dem Beklagten ist jedoch im Vertrag das Recht eingeräumt, nach Aufstellung des genehmigten Parzellierungsplans sich zwei Bauplätze nach seiner Wahl auszusuchen. Der Beklagte verpflichtete sich zur lastenfreien Übertragung und erklärte sich an den Vertrag für drei Monate nach Erklärung des Geländes zum Baugebiet und nach Genehmigung des aufzustellenden Parzellierungsplans gebunden.

Am 26. Oktober 1959 wurde vom Regierungspräsidenten in H [REDACTED] der Beschluß der Gemeinde B [REDACTED] vom 11. Juli 1959 genehmigt. Die Bekanntmachung erfolgte am 21. November 1959. Durchführungsplan und die dazugehörige Satzung wurden am 16. April 1960 vom Gemeinderat genehmigt

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

und öffentlich ausgelegt. Die Auslegung wurde am 21. April 1960 bekannt gemacht. Auf Anordnung des Regierungspräsidenten wurden noch einige Änderungen - die das Flurstück 7/1 allerdings nicht betrafen - vorgenommen. Am 11. November 1960 wurde der geänderte Plan vom Gemeinderat genehmigt und vom 15. November 1960 bis zum 16. Dezember 1960 wurde er öffentlich ausgelegt. Die Genehmigung wurde durch den Regierungspräsidenten am 11. Januar 1961 erteilt. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt für den Regierungsbezirk H [REDACTED] am 18. Februar 1961.

Bereits am 13. April 1960 erteilte der Beklagte dem Zeugen H [REDACTED] vor dem Notar L [REDACTED] (Urk. Nr. 298/60) eine Vollmacht, die folgenden Wortlaut hat:

Nummer 298 der Urkundenrolle für 1960.

Verhandelt zu H [REDACTED] am 13. April 1960.

Vor mir, dem unterzeichneten Notar Dietrich L [REDACTED], H [REDACTED], erschien der Landwirt Adolf M [REDACTED] in B [REDACTED], R [REDACTED], mir von Person bekannt.

Der Erschienene erklärte:

"Ich, der unterzeichnete Landwirt Adolf M [REDACTED] in B [REDACTED], R [REDACTED], erteile hiermit dem Kaufmann Friedrich Wilhelm H [REDACTED] in H [REDACTED], V [REDACTED]weg [REDACTED], Auftrag und Vollmacht von der Flur 3 meines im Grundbuch von B [REDACTED], Band [REDACTED], Blatt 251 eingetragenen Grundbesitzes, das Flurstück 7/1 zur Größe von 7541 qm zum Preise von 7 DM je qm an Dritte zu verkaufen und aufzulassen und alle Erklärungen abzugeben und Handlungen vorzunehmen, die zur Durchführung des Kaufvertrages und zur Umschreibung des Grundbesitzes erforderlich sind.

Der Wert dieser Vollmacht beträgt 80 000 DM.

Adolf M [REDACTED]
Dietrich L [REDACTED]
Notar"

L.S.

Unter diesem Schriftstück fehlt die Feststellung des Notars, daß der Inhalt der Urkunde vorgelesen und von dem Beklagten genehmigt worden ist. Außerdem wurde die Pfandentlassung des Beklagten hinsichtlich des Altenteils, soweit dieses seinen verstorbenen Vater betrifft, beurkundet (Urk. Nr. 299/60). Der Notar legte weiter in einem Aktenvermerk die Kaufbedingungen nieder.

Der Aktenvermerk lautet:

Dem Herrn Friedrich Wilhelm H. in H., V. Weg, von dem unterzeichnenden Landwirt Adolf M. in B., R., heute erteilten Auftrag zur Veräußerung des Flurstücks 7/1 des in B. Band Blatt 251 eingetragenen Grundbesitzes liegt folgende Vereinbarung zu Grunde:

"Herr H. verpflichtet sich, dem Erwerber des Grundstücks 7/1 die Verpflichtung aufzuerlegen, an Herrn M. nach erfolgter Parzellierung des Grundbesitzes zwei Bauplätze nach seiner Wahl, und zwar solche entweder für Einfamilienhäuser bzw. Einfamilienhäuser mit Einliegerwohnung zu verkaufen, und zwar zum Preise von 7 DM je Quadratmeter.

Die von dem gesamten Flurstück 7/1 abzutretende Fläche für Straßen- und Wege Zwecke wird anteilig auf die beiden Bauplätze umgelegt, indem der Betrag zugrunde gelegt wird, der auf 1 qm Nettofläche entfällt.

Eine Maklerprovision für die zurückgekauften Bauplätze fällt nicht an.

Herr M. überträgt Herrn H. die Vermittlung aller zum Aufbau der beiden Grundstücke erforderlichen Hypotheken, Grundschulden und Darlehen bzw. legt eine entsprechende Verpflichtung demjenigen auf, der die Grundstücke aufbaut, und überträgt ihm ferner den Abschluß aller Sachversicherungen für die beiden Gebäude.

Herr M. überträgt Herrn Architekt Reinor S., H., A., sämtliche Architektenleistungen für die beiden genannten Grundstücke nach Maßgabe der einschlägigen Gebührenordnung.

H., den 13.4.1960

Adolf M.
Friedrich Wilhelm H."

Der letzte Absatz, die Orts- und Datumsangabe sowie die beiden Unterschriften sind handschriftlich vollzogen, während im übrigen der Text dieses Aktenvermerks mit Schreibmaschine geschrieben ist.

Sodann verließ der Beklagte die Amtsstube des Notars, blieb aber noch im Warteraum, weil der Zeuge G. ihn mit nach Hause nehmen wollte. Inzwischen waren die Kläger erschienen, die dann mit dem Zeugen H., der als Vertreter des Beklagten auftrat, einen vom Notar beurkundeten Kaufvertrag abschlossen (Urkundenregister Nr. 300/60). Der Kaufvertrag entsprach inhaltlich der Vollmacht und dem Aktenvermerk. Die Kläger sollten Eigentümer des Flurstücks 7/1 je zur ideellen Hälfte werden. H. wurde eine von den Klägern zu zahlende Provision von 15 000 DM zugebilligt.

Der Beklagte sandte dem Notar am 21. April 1960 eine "Kündigung" des Kaufvertrags und ließ nach langem Briefwechsel schließlich erklären, der Vertrag sei für ihn hinfällig, weil die Vollmacht nichtig sei. Eine Anzahlung auf den Kaufpreis, die der Beklagte erbeten hatte, hat er dann zurückgezahlt.

In der Zeit vom 24. Dezember 1960 bis 30. März 1961 verkaufte der Beklagte das Flurstück 7/1 in Parzellen anderweit.

Die Kläger haben daraufhin Klage erhoben mit dem Antrag den Beklagten zu verurteilen,

1. daß er in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form erkläre, H. habe den Kaufvertrag mit den Klägern und seiner Vollmacht abgeschlossen,
2. daß er die für die lastenfreie Umschreibung des verkauften Grundstücks notwendige Pfandentlassungserklärung beschaffe.

Das Landgericht hat entsprechend dem Antrag des Beklagten die Klage abgewiesen.

Im zweiten Rechtszug haben die Kläger in erster Linie beantragt, den Beklagten zum Schadensersatz in Höhe von 72 958,50 DM nebst Zinsen zu verurteilen, hilfsweise festzustellen, daß er verpflichtet sei, den Klägern bis zu diesem Betrag Schadensersatz zu leisten, in dritter Linie festzustellen, daß der Kaufvertrag den Beklagten rechtswirksam binde. Ganz hilfsweise haben die Kläger ihren erstinstanzlichen Antrag als letzten Hilfsantrag gestellt.

Das Oberlandesgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Kläger 64 176 DM nebst 4 % Zinsen seit 1. Dezember 1961 zu bezahlen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte Zurückweisung der Berufung in vollem Umfang. Die Kläger beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt u.a. aus:

1. Die notarielle Vollmacht vom 13. April 1960 sei als solche unwirksam, da zwar auf Grund der Beweisaufnahme feststehe, daß sie vorgelesen, genehmigt und von dem Notar unterschrieben worden sei, es aber entgegen § 177 Abs. 1 Satz 2 FGG an der Feststellung in der Urkunde hierüber fehle.

2. Nach § 167 Abs. 2 BGB bedürfe die Vollmacht nicht der Form, die für das Rechtsgeschäft, zu dessen Abschluß sie erteilt werde, nötig sei. Nach allgemeiner Meinung sei allordings für die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht die notarielle Beurkundung erforderlich. Ausdrücklich sei im vorliegenden Fall die Vollmacht nicht als unwiderruflich bezeichnet. Die Unwiderruflichkeit ergebe sich auch nicht aus dem dem Zeugen H. erteilten Auftrag zur Veräußerung des Grundstücks. Für eine solche Bindung habe der Beklagte nichts vorgetragen und habe auch die Beweisaufnahme nichts ergeben. Der Vorvertrag lasse in diesem Zusammenhang keine Bindung hinsichtlich der Vollmacht erkennen; denn eine Bindung habe schon infolge des Vorvertrags bestanden und die Vollmacht habe in erster Linie der technischen Abwicklung der Verkaufsverpflichtung des Beklagten gedient. Sollte jedoch der Vorvertrag gegenstandslos geworden sein, wie der Beklagte ohne Begründung behauptete, so würde die Bindung des Beklagten nicht mehr bestanden haben und sei kein Grund ersichtlich, weshalb der Beklagte die einmal erteilte Vollmacht nicht sollte widerrufen können. Die Vollmacht sei auch nicht "tatsächlich unwiderruflich", in dem Sinne, daß sie aus tatsächlichen Gründen zu einer rechtlichen Bindung geführt hätte. Insbesondere liege der Fall nicht vor, daß die Vollmacht einem Angestellten des in Aussicht genommenen Erwerbers erteilt worden wäre, der nach den Weisungen des Verkäufers handeln müsse. Auch als von den Klägern in Anspruch genommener Makler sei H. nicht verpflichtet gewesen, das Grundstück zu den von den Klägern bestimmten Bedingungen zu erwerben (gemeint: an die Kläger zu veräußern). Das wegen der erheblichen Provision vorhandene eigene Interesse des Maklers H. am Abschluß des Kaufvertrags mache die Vollmacht gleichfalls nicht etwa unwiderruflich und deshalb formbedürftig. Darauf, ob der Beklagte aus rein tatsächlichen Gründen gehindert

gewesen wäre, die Vollmacht zu widerrufen, komme es nicht an. Aber auch wenn man dies für die sogenannte tatsächliche Unwiderruflichkeit genügen lassen wollte, liege solche nicht vor, da sowohl H. [REDACTED] als auch der Notar den Beklagten ausdrücklich aufgefordert hätten, das Eintreffen des Käufers abzuwarten und H. [REDACTED] sogar, wenn auch vergeblich, den Beklagten nach Eintreffen der Kläger zu bewegen versucht habe, in das Amtszimmer des Notars zurückzukehren.

3. Die Vollmacht sei auch nicht deswegen formbedürftig gewesen, weil es sich um den Kauf eines bestimmten Grundstückes zu festgelegten Bedingungen gehandelt habe. Dieser Umstand mindere vielmehr für den Vollmachtgeber die Gefahr im Gegensatz zu einer allgemeinen zum Verkauf seines Grundeigentums ermächtigenden Vollmacht.

4. Infolge der Wirksamkeit der Vollmacht sei der Kaufvertrag durch H. [REDACTED], der die ihm erteilte Vollmacht nicht überschritten habe, sich vielmehr an die ihm erteilten Weisungen gehalten habe, mit Rechtswirksamkeit für den Beklagten abgeschlossen worden. Der Widerruf der Vollmacht sei erst nach dem Abschluß des Kaufvertrags ausgesprochen worden und daher bedeutungslos. Wirkungslos sei auch der vom Beklagten erklärte Rücktritt, letzteres weil ihm ein gesetzlicher Grund zum Rücktritt nicht zur Seite stehe. Da der Beklagte sich die Erfüllung des Kaufvertrags schuldhaft unmöglich gemacht habe, müsse er den Klägern Schadensersatz leisten.

II.

Die Würdigung der Revisionsangriffe ergibt:

1. Gemäß § 167 Abs. 2 BGB bedarf die Erklärung, durch

die jemand bevollmächtigt wird, nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Von diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung jedoch für die Vollmacht, die sich auf den Abschluß eines Vertrags bezieht, durch den sich der eine Teil zur Veräußerung eines Grundstücks verpflichtet, unter Berufung auf den Schutzzweck des § 313 BGB Ausnahmen gemacht, insbesondere für den Fall der unwiderruflichen Vollmacht, d.h. einer Vollmacht, deren Widerruf keine rechtliche Wirkung hätte. Auch der erkennende Senat hat für die in diesem Sinne unwiderrufliche Vollmacht die Form des § 313 BGB für erforderlich erklärt (Urteil vom 11. Juli 1952, V ZR 80/52, NJW 1952, 1210 = LM BGB § 313 Nr. 2). Die Revision bejaht die Notwendigkeit einer öffentlichen Beurkundung schon deswegen, weil sich der Beklagte durch den Vertrag vom 20. Februar 1959 (Vorvertrag) wirksam verpflichtet habe, das Grundstück an einen von H. zu benennenden Dritten zu verkaufen und weil der Beklagte den mit der Vollmachterteilung vereinbarten Weg zur Erfüllung des Vorvertrags nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr habe durch Widerruf zurückgehen dürfen. Die Unwiderruflichkeit allein würde aber im gegebenen Fall noch nicht zur Notwendigkeit der öffentlichen Beurkundung führen, da für den aufgestellten Grundsatz an die Fälle gedacht ist, bei denen es gerade die Unwiderruflichkeit gewesen ist, die die sonst fehlende Bindung herbeiführt. Hier war jedoch kraft des in der vorgeschriebenen Form beurkundeten Vorvertrags die Bindung des Beklagten bereits gegeben und auch nicht wieder entfallen, da der Durchführungsplan der Gemeinde im Sinn des Vorvertrags der Parzellierungsvertrag erst am 16. April 1960 vom Gemeinderat genehmigt worden ist.

Trotzdem ist der Revision darin beizustimmen, daß aus anderem Grund die Vollmacht der öffentlichen Beurkundung

bedurfte. Außer der Vollmacht, die lediglich entsprechend dem Vorvertrag Kaufgegenstand, Preis und den Auftrag an H. [REDACTED] zum Verkauf erwähnt /6 SA/, haben H. [REDACTED] und der Beklagte noch einen Aktenvermerk als Vereinbarung unterschrieben. Dieser enthält die Verpflichtung des Beklagten zu Vermittlungsaufträgen hinsichtlich der beiden möglicherweise vom Beklagten zurückzuerwerbenden Grundstücke und die weitere Verpflichtung des Beklagten, für Gebäude auf den beiden Grundstücken sämtliche Architektenleistungen dem Kläger zu 2 zu übertragen. Ähnliche, aber nicht gleiche Bestimmungen waren in dem Vorvertrag bereits enthalten. Das Recht zum Wiedererwerb zweier Parzellen war ein wichtiger Bestandteil des Vorvertrags, der in der Vereinbarung des Aktenvermerks wiederkehrt. Die Erteilung des "Auftrags" ist daher dahin aufzufassen, daß die Pflicht zur Grundstücks-übereignung (an einen Dritten) bestehen sollte, sie aber nunmehr durch H. [REDACTED] selbst mit Hilfe der Vollmacht zu geänderten Bedingungen erfüllt werden sollte. Vollmacht und Aktenvermerk sind also in Wahrheit eine Änderung des Grundstücksveräußerungsvorvertrags, durch die der Beklagte aus seiner Verpflichtung ersichtlich nicht entlassen werden sollte. Angesichts der Verschärfung der Übereignungspflicht durch die Vereinbarung über die an H. [REDACTED] und insbesondere an den Kläger zu 2) zu erbringende Leistung des Beklagten, die einer Herabsetzung des Kaufpreises gleichsteht, ist die Änderung des Vorvertrags nicht als bloße vertragsmäßige Beseitigung von Abwicklungsschwierigkeiten zu werten, für die Formfreiheit der Vereinbarung gälte (Urteile des erkennenden Senats vom 2. Oktober 1957, V ZR 212/55, IM BGB § 313 Nr. 14 und vom 8. Oktober 1954, V ZR 81/53, IM BGB § 313 Nr. 5), vielmehr bedurfte die Vollmacht samt dem Inhalt des Aktenvermerks der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wobei auch das Verhältnis zu dem Vorvertrag hätte beurkundet werden müssen. Hingegen greift ein von der

Revision weiter angeführter Grund für die Formpflichtigkeit der Vollmacht nicht durch, nämlich daß H. das Grundstück auch an sich selbst hätte auf Grund der Vollmacht verkaufen können. Die Befreiung von der Vorschrift des § 181 BGB, die dem im Wege stand, ist nicht daraus zu entnehmen, daß der Beklagte möglicherweise nach dem Vorvertrag gezwungen gewesen wäre, in eigener Person an H. zu verkaufen, wenn dieser sich als Dritten benannt hätte. Überdies ist auch von keiner Seite behauptet, daß eine solche Möglichkeit eines Kaufvertrags zwischen H. und dem Beklagten je von diesen in Betracht gezogen worden wäre (vgl. das oben angeführte Urteil des Senats vom 11. Juli 1952).

2. Die Rechtsgültigkeit des Kaufvertrags ist aber aus folgendem Grunde zu bejahen: Wie im Eingang des Vertrags festgehalten, ist die "notarielle" Vollmacht für den Makler H. den Klägern (Käufern) vorgelegt worden (vgl. RGZ 97, 273, 275). Diese Vollmachtsurkunde ließ nicht erkennen, daß es sich in Wahrheit um den Teil eines bereits zur Veräußerung verpflichtenden Vertrags zwischen H. und dem Beklagten handelte. Daß die Kläger sonst Kenntnis von den für die Formbedürftigkeit maßgebenden Umständen erhalten hätten, hat der Beklagte nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich. Daß die Vollmacht vom Tage des Vertragsabschlusses datiert war und nach der Behauptung des Beklagten, die durch die Festlegung der Provisionszahlungspflicht der Kläger im Kaufvertrag gestützt wird, die Kläger H. mit der Vermittlung eines Kaufgrundstücks beauftragt hatten, außerdem sein eigenes beträchtliches Interesse am Zustandekommen des Kaufvertrags aus diesem kannten, ist keine Kenntnis von Umständen, aus denen die Notwendigkeit öffentlicher Beurkundung der Vollmacht abzuleiten war. Der von der Rechtsprechung des Reichsgerichts dem Formzwang unterworfenen Fall, daß der Bevollmächtigte

nach dem Willen der Vertragsparteien nur nach den Weisungen des Käufers tätig werden sollte (RGZ 76, 182; 93, 332), lag nicht vor, umsoweniger, als der Beklagte noch während der Verhandlung vor dem Notar sich in den Räumen des Notariats, wenn auch nicht im Amtszimmer aufhielt und hätte eingreifen können. Die Revision meint zwar, die Kläger hätten der, wenn auch fehlerhaften Form der Vollmachtsurkunde entnehmen müssen, daß die öffentliche Beurkundung aus außerhalb des Urkundeninhalts liegenden Gründen nötig sei, und auf die Vollmachtsurkunde nicht vertrauen können, weil wegen des mangelnden Verlesungs- und Genehmigungsvermerks in Wahrheit keine öffentliche Beurkundung vorgenommen war. Allein diese Umstände belasten die Kläger nicht mit dem Vorwurf fahrlässigen Verhaltens. Es wäre eine Überspannung der ihnen obliegenden Sorgfaltspflicht, wenn man verlangen wollte, daß sie als juristische Laien solche Überlegungen anstellen und den Mangel der Urkunde hätten erkennen sollen, der dem Notar selbst verborgen geblieben war.

Nach den §§ 171, 172, 173 BGB, die nicht nur für den Fall des Erlöschens der Vollmacht, sondern auch bei Nichtentstehung der Vertretungsmacht galten, war demnach die Vollmacht des Maklers H. [REDACTED] den Klägern gegenüber wirksam, auch wenn sie sonst wegen der mit § 313 BGB vom Gesetzgeber verfolgten Absicht unwirksam gewesen wäre (RGZ 108, 125). Bei wirksamer Vollmacht ist der Kaufvertrag seinerseits gültig zustandegekommen. Bedenken gegen die Erfüllung der durch § 313 BGB geforderten Form des Kaufvertrags selbst sind nicht etwa daraus abzuleiten, daß der Inhalt des Kaufvertrags bereits weitgehend festgelegt war. Selbst wenn man die strenge Auffassung des Reichsgerichts zugrunde legt, daß ein vollständig in seiner Entschlußungsfreiheit gebundener Bevollmächtigter unter Umständen nur als

Boto anzusehen sei, dessen Mitwirkung die Form der öffentlichen Beurkundung nicht erfüllen könne (WarnRspr 1913 Nr. 396 S. 472), hatte H. als Bevollmächtigter hier doch noch eine wenn auch eingeschränkte Entschließungsfreiheit beispielsweise hinsichtlich der Übergabezeit und der Mängelhaftung.

3. Das Berufungsgericht hat daraus, daß der Beklagte sich die Erfüllung des demnach für ihn bindenden Kaufvertrags unmöglich gemacht hat, ohne Rechtsirrtum die Schadensersatzpflicht des Beklagten gefolgert. Nach dieser Richtung sind in der Revisionsbegründung auch keine Einwendungen erhoben. Das vom Beklagten in der Revisionsverhandlung erhobene Bedenken, für den Kaufvertrag sei die Erteilung der Wohnsiedlungsgenehmigung nicht nachgewiesen, erledigt sich schon dadurch, daß Ende Juni 1961 der 1. Teil des Bundesbaugesetzes in Kraft getreten ist (§ 189 BBauges) und nach ihm im Gegensatz zum Wohnsiedlungsgesetz für Verpflichtungsgeschäfte eine Genehmigung nicht mehr erforderlich ist (BGHZ 37, 233, 236; § 174 Abs. 4 BBauges), der etwa hinsichtlich des Kaufvertrags bestehende Schwobezustand also durch Wirksamwerden bereits beendet war, als die Kläger mit Schriftsatz vom 1. Dezember 1961 ZusaSchadensersatzvorlangen übergegangen sind. Das Berufungsgericht hat aber überdies festgestellt, daß bis zum 25. November 1960 sämtliche behördlichen Genehmigungen von den Klägern beschafft waren (EU S. 22; vgl. Schriftsatz der Kläger vom 9. März 1961 S. 9 und des Beklagten vom 17. März 1961 S. 7).

4. Der Beklagte ist (EU S. 26) im zweiten Rechtszug der Schadensberechnung, die sich auf dem Unterschied zwischen dem Preis in dem hier strittigen Kaufvertrag und dem vom Beklagten durch anderweiten Verkauf erzielten höheren

aufbaute, nicht substantiiert entgegengetreten. Der Beklagte kann diese Unterlassung im Revisionsrechtszug nicht nach der Richtung nachholen, daß er, wie geschehen, geltend macht, vom entgangenen Gewinn der Kläger gingen die Messungskosten ab, umsoweniger als die Kläger ausgeführt haben, sie hätten wahrscheinlich noch einen höheren Preis erzielt (Schriftsatz vom 1. Dezember 1961 S. 4). Das Berufungsurteil ist daher auch zur Höhe des Schadens nicht zu beanstanden.

5. Nach alledem war die Revision als unbegründet mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Dabei war jedoch die gesamtschuldnerische Haftung der Kläger für den von ihnen zu tragenden Kostenteil durch die Haftung nach Kopfteilen zu ersetzen, da nach § 100 Abs. 4 ZPO gesamtschuldnerische Haftung nur bei den Beklagten ausgesprochen werden kann. Das Verbot einer Abänderung zum Nachteil des Rechtsmittelklägers (§ 559 ZPO) gilt insoweit nicht, da nach § 308 Abs. 2 über die Verpflichtung die Prozeßkosten zu tragen auch ohne Antrag zu erkennen ist.

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Offterdinger