

10

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 286 Abs. 1, 325, 326 Ea

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzugs wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß einem Vertragspartner nachträglich ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erwächst.

BGH, Urt. v. 13. Juni 1975 - V ZR 171/73 - OLG Celle

LG Bückeburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 171/73

URTEIL

Verkündet am

13. Juni 1975

Hirth,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D. [REDACTED] & B. [REDACTED], Filmtheater OHG, O. [REDACTED],
[REDACTED], vertreten durch den Dipl.Ing. Oskar D. [REDACTED],
O. [REDACTED], N. [REDACTED] Straße 2 und den Ingenieur Helmut
B. [REDACTED], B. [REDACTED], F. [REDACTED]-E. [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

den Kaufmann Wilhelm K. [REDACTED], W. [REDACTED]/Holstein, K. [REDACTED] [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

119

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juni 1975 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Mattern, Offterdinger, Dr. Grell und von der Mühlen für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 20. Juni 1973 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

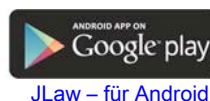
Tatbestand

Mit notariellem Vertrag vom 28. März/20./30. Juni 1970 verkaufte die Beklagte ihr Hausgrundstück Am M. 5 in O. für 140 000 DM an den Kläger, welcher - bei sonst lastenfreier Übertragung - die "Belastung Abteilung II Nr. 2, eingetragen für die F. - Brauerei AG in M. zur Sicherung eines Bierbezugsrechts" zu übernehmen hatte. Der Kaufpreis sollte auf Notaranderkonto des beurkundenden Notars W. bezahlt werden, sobald "dieser dem Käufer angezeigt hat, daß ihm alle zur Durchführung des Vertrags erforderlichen behördlichen Genehmigungen mit Ausnahme der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts vorliegen".

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)



Auf entsprechende Anzeige mit Zahlungsaufforderung des Notars vom 21. Juli 1970 leistete der Kläger zunächst nicht. Nach wiederholter Mahnung sagte er im Dezember 1970 und Januar 1971 Verzinsung ab Fälligkeit zu und überwies am 25. Januar 1971 eine Teilzahlung von 28 000 DM.

Ende Februar 1971 zahlte die Bank für Gemeinwirtschaft den Restkaufpreis von 112 000 DM dem Notar zu treuen Händen mit der Anweisung, hierüber nur zu verfügen, wenn u.a. die Unterlagen zur Eintragung einer Grundschuld über 800 000 DM zugunsten der Allgemeinen Hypothekenbank AG F [REDACTED] dem zuständigen Amtsgericht vorlägen, wobei die Grundschuld in Abt. II und III jeweils den ersten Rang erhalten müsse.

Dementsprechend forderte der Kläger mit Schreiben vom 5. März 1971 die F [REDACTED]-Brauerei AG in M [REDACTED] auf, der in Aussicht genommenen Grundschuld über 800 000 DM den Vorrang vor der zu ihren Gunsten im Grundbuch in Abt. II Nr. 2 eingetragenen Auflassungsvormerkung zur Sicherung ihres Bierbezugsrechts einzuräumen. Als es zu der Vorrangseinräumung in der Folge nicht kam, ließ sich die Bank für Gemeinwirtschaft am 16. Juni 1971 die 112 000 DM zurücküberweisen.

Nach weiterer erfolgloser Mahnung vom 22. Juni 1971 erhob die Beklagte mit Schriftsatz vom 19. Juli 1971 im Urkundenprozeß Klage auf Zahlung des Restkaufpreises nebst Zinsen. Der Kläger trat dieser Klage mit verschiedenen Einwänden entgegen und focht den Kaufver-

trag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an, weil die Beklagte ihn darüber im Irrtum gelassen und getäuscht habe, daß die in Abt. II Nr. 2 eingetragene und von ihm übernommene Belastung in Wahrheit nicht der Sicherung des Rechtes auf Bierbezug, sondern des Rechtes auf Auflassung zugunsten der F [REDACTED] Brauerei AG diene.

Durch Vorbehaltsurteil vom 7. Dezember 1971 wurde der Kläger antragsgemäß verurteilt. Nach Stellung einer Sicherheit (Bankbürgschaft) zur Abwendung der für Mitte Januar 1972 angekündigten Zwangsvollstreckung legte er am 4. Februar 1972 Berufung ein und stellte der Beklagten gleichzeitig deren Rücknahme für den Fall erfolgreicher Verhandlungen mit der F [REDACTED] Brauerei AG in Aussicht. Am 6. März 1972 nahm er die Berufung, am 9. März 1972 den Vorbehalt zurück.

Zwischenzeitlich hatten die Parteien außergerichtlich darüber korrespondiert, wie sie gemeinsam die Löschung der in Abt. II Nr. 2 eingetragenen Auflassungsvormerkung erreichen könnten, wobei die Beklagte mit Schreiben vom 8. Dezember 1971 und 21. Februar 1972 ihre Mitwirkung zusagte, jedoch eine etwa damit verbundene Kostenbelastung und Verfahrensverzögerung ablehnte.

Mit notariellem Vertrag vom 23. Februar/3. März 1972 verkaufte die Beklagte das Grundstück für 165 000 DM an die Eheleute A [REDACTED] und G [REDACTED].

In notarieller Urkunde vom 8. März 1972 erklärte die Beklagte ohne Nachfristsetzung den Rücktritt von dem mit dem Kläger geschlossenen Grundstückskaufvertrag. Die Rücktrittserklärung wiederholte sie - ebenfalls ohne Fristsetzung - im Verlauf des vorliegenden Rechtsstreits am 10. Mai 1972 unter Hinweis auf fort-dauernden Verzug.

Der Kläger hat die Rücktrittserklärungen zurück-gewiesen und Klage auf Feststellung erhoben, daß der von ihm mit der Beklagten geschlossene Grundstückskaufvertrag nicht durch die Rücktrittserklärungen unwirksam geworden sei. Hilfsweise hat er Erfüllung des Kaufvertrags verlangt. Das Landgericht hat durch Urteil vom 23. Juni 1972 die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Beklagte sei rechtswirksam vom Vertrag zurückge-treten, weshalb der Kläger dessen Erfüllung nicht mehr verlangen könne.

Der Kläger hat sich dagegen mit der Berufung ge-wandt. Nachdem die Zweitkäufer am 27. November 1972 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden waren, ist der Kläger zum Antrag auf Leistung von Schadens-ersatz wegen Nichterfüllung übergegangen und hat be-antragt, die Beklagte zur Zahlung von 140 049,32 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Die Beklagte hat Zurück-weisung der Berufung begehrt und - hilfsweise - mit einer Gegenforderung über 28 194,45 DM aufgerechnet.

Das Oberlandesgericht hat dem Kläger durch Teil-urteil einen Betrag von 28 000 DM nebst Zinsen zuge-

sprochen und die weitergehende Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils mit der Maßgabe, daß auch der - geänderte - Berufungsantrag als ungegründet abgewiesen wird. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Grundstückskaufvertrages zu. Durch die Übertragung des Eigentums auf Dritte habe die Beklagte gegen den bestehenden Vertrag mit dem Kläger verstoßen und dessen Erfüllung schuldhaft unmöglich gemacht. Die Rücktrittserklärungen der Beklagten vom 8. März und 10. Mai 1972 seien unwirksam. Zwar sei der Kläger im Zahlungsverzug gewesen, jedoch fehle es an der nach § 326 BGB erforderlichen Nachfristsetzung. Gründe, welche die Setzung einer Nachfrist entbehrlich gemacht hätten, lägen nicht vor.

Von den einzelnen geltend gemachten Schadensposten sei nur derjenige über 28 000 DM (Teilzahlung auf den Kaufpreis) zur Entscheidung reif. Insoweit fehle es sowohl an einem Mitverschulden des Klägers

als auch an aufrechenbaren Gegenansprüchen der Beklagten. Für die übrigen, noch nicht zur Entscheidung reifen Schadensposten müsse die Frage eines möglichen Mitverschuldens jeweils dem an das Landgericht zurückzuverweisenden Betragsverfahren überlassen bleiben.

II.

A) Demgegenüber bringt die Revision zunächst vor, zum Zeitpunkt der Eigentumsübertragung auf die Neukäufer (27. November 1972) seien die kaufvertraglichen Pflichten gegenüber dem Kläger bereits erloschen gewesen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts müßten die Rücktrittserklärungen der Beklagten vom 8. März und 10. Mai 1972 als wirksam betrachtet werden, und zwar unter den vom Berufungsgericht geprüften, wegen unvollständiger Verwertung des im wesentlichen unstreitigen Sachverhalts aber verneinten Gesichtspunkten des Interessenwegfalls (§ 326 Abs. 2 BGB), der ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung und der Unzumutbarkeit wegen erwiesener Unzuverlässigkeit des Vertragspartners.

Die Rüge greift nicht durch.

1. Zur Frage des Interessenwegfalls hat der Berufungsrichter erwogen, die Beklagte habe ungeachtet der Zahlungsverweigerung durch den Kläger ihr fortdauerndes Interesse an der Durchführung des Vertrages dadurch bekundet, daß sie im Urkundenprozeß Klage auf Zahlung des Kaufpreises erhoben, ein ent-

sprechendes Vorbehaltsurteil erwirkt, am 7. Januar 1972 Zwangsvollstreckung für den Fall ausbleibender Sicherheitsleistung angedroht und noch durch Anwaltsschreiben vom 21. Februar 1972 sich bereit erklärt habe, an der Besprechung des Klägers mit der F [REDACTED]-Brauerei über die Löschung der in Abt. II Nr. 2 eingetragenen Last teilzunehmen. Es seien keine Tatsachen geltend gemacht und ersichtlich, die dieses noch im Januar/Februar 1972 vorhandene Interesse bis zu den Rücktritts-erklärungen vom 8. März und 10. Mai 1972 verzugsbedingt in Wegfall gebracht haben könnten.

Diese Darlegungen lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen. Das Berufungsgericht brauchte das Verhalten des Klägers nicht in allen Einzelheiten anzuführen; Anhaltspunkte dafür, daß es dieses von ihm in anderem Zusammenhang im einzelnen erwogene Gesamtverhalten bei der Prüfung des § 326 Abs. 2 BGB teilweise unberücksichtigt gelassen hätte, sind nicht ersichtlich. § 286 ZPO ist nicht verletzt.

Soweit die Revision den Interessenwegfall auf das fortschreitende Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung stützt (Ansteigen der Grundstückspreise), handelt es sich, worauf die Revisionsantwort mit Recht hinweist, um unzulässigen neuen Sachvortrag. Die Revision zeigt nicht auf, wo und wann die Beklagte in den Tatsacheninstanzen den Interessenwegfall damit begründet hätte, durch die verzögerte Vertragsabwicklung sei für sie das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung verlorengegangen.

2. Die Notwendigkeit der Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung entfiel auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Erfüllungsverweigerung. Eine die Nachfristsetzung entbehrlich machende Weigerung liegt nur dann vor, wenn sie ernstlich und endgültig erscheint und die Nachfristsetzung eine nutzlose Förmlichkeit wäre.

Die Fristsetzung soll den Schuldner vor die Frage stellen, ob er die Folgen des § 326 Abs. 1 BGB auf sich nehmen oder durch nachträgliche Erfüllung diese Folgen von sich abwenden will. Deshalb ist die Fristsetzung nur dann als entbehrlich anzusehen, wenn der Schuldner durch die Weigerung, den Vertrag zu erfüllen, zuvor eindeutig zu erkennen gegeben hat, er werde auch eine ihm gesetzte Nachfrist fruchtlos verstreichen lassen. Sind Differenzen über den Vertragsinhalt aufgetreten und erklärt der Schuldner eine Leistungsbereitschaft zu anderen als den vertragsmäßigen Bedingungen oder bekundet er auch nur ein Interesse an weiteren Verhandlungen, liegt keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung vor und ist die Fristsetzung nicht entbehrlich (BGH LM BGB Nr. 2 zu § 326 (Dc) mit Nachweisen; BGH NJW 1971, 798; Urteil vom 12. Juni 1970 - V ZR 133/66 S. 21/22 und BGH WM 1974, 199).

Das Berufungsgericht ist im Rahmen der gebotenen Würdigung und Gesamtabwägung aller Umstände zu dem Ergebnis gekommen, eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung seitens des Klägers habe nicht vorgelegen. Zwar sei er über einen erheblichen Zeitraum

in Verzug geraten und habe seine Zahlungsverpflichtung sowie die Rechtsgültigkeit des Vertrags bestritten, insbesondere durch Arglist- und Irrtumsanfechtung im Urkundenprozeß. Auch habe er gegen das Vorbehaltsurteil Berufung eingelegt und zur Abwendung der Zwangsvollstreckung Sicherheit geleistet, schließlich auch eine Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich des gekauften Grundstücks in Abrede gestellt. Auf der anderen Seite habe er aber stets betont, daß es ihm letztlich allein um eine von der Beklagten mit zu betreibende Ablösung des nach seiner Auffassung im Kaufvertrag unrichtig und unvollständig bezeichneten Rechts in Abt. II Nr. 2 des Grundbuchs zugunsten der F [REDACTED] [REDACTED]-Brauerei gehe und er alsbald nach Eintritt der durch Löschung dieser Belastung eröffneten Kreditaufnahmemöglichkeit zahlen werde. Demgemäß habe er der Beklagten die Rücknahme seiner Berufung in Aussicht gestellt und sie gebeten, von der Bestellung eines Anwalts im Berufungsrechtszug abzusehen.

Diesen Sachverhalt konnte das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision rechtsirrtumsfrei dahin werten, daß eine ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärungen nicht vorlag und auf die Setzung einer Nachfrist als geeignetes Mittel zur Einwirkung auf den Kläger nicht verzichtet werden durfte.

3. Weiter hat das Berufungsgericht die Frage geprüft, ob der säumige Kläger durch positive Vertragsverletzung eine solche Unsicherheit in das Vertragsverhältnis gebracht und sich als derart unzuverlässig erwiesen habe, daß der Beklagten ein längeres Festhalten am Vertrag unzumutbar gewesen sei mit der Folge eines Rücktrittsrechts ohne vorherige Fristsetzung (vgl. BGHZ 11, 80, 86; BGH NJW 1969, 975, 976). Auch dies hat das Berufungsgericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise verneint.

Dahinstehen kann, ob das bezeichnete Verhalten des Klägers nicht nur als Verzug, sondern auch als positive Vertragsverletzung gewertet werden kann.

Rechtsirrtumsfrei jedenfalls beurteilt das Berufungsgericht die vom Kläger in das Vertragsverhältnis hineingetragene Unsicherheit und die ihm hierwegen anzulastende Unzuverlässigkeit als nicht so schwerwiegend, daß der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit ein Rücktrittsrecht ohne Fristsetzung hätte eingeräumt werden können. Für diese Wertung spricht entscheidend die fortdauernde Erfüllungsbereitschaft des Klägers und das von der Beklagten bis Februar 1972 selbst bekundete Interesse an einer Durchführung des Vertrags.

Demnach ist die Auffassung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß die Rücktrittserklärungen der Beklagten unwirksam waren und die Beklagte durch die anderweite Veräußerung

des Grundstücks die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten gegenüber dem Kläger unmöglich gemacht hat.

B) Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe zu prüfen versäumt, ob die Beklagte die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten habe. In der Behauptung der Wirksamkeit ihres Rücktritts habe zumindest hilfsweise die Berufung auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum gelegen. Die Beklagte habe das Grundstück den Eheleuten A [REDACTED] und G [REDACTED] erst zu einem Zeitpunkt aufgelassen und übereignet, als die Wirksamkeit des Rücktritts durch zwei Entscheidungen des Landgerichts Bückeburg (1 O 42/72 und 1 O 40/72) bestätigt gewesen sei. Wenn sie im Vertrauen auf die Rechtsauffassung eines Kollegialgerichts das Grundstück Dritten übereignet habe, könne ihr ein Vorwurf im Sinne des Vertretenmüssens nicht gemacht werden.

Die Rüge ist unbegründet.

Offenbleiben kann, ob die Behauptung der Wirksamkeit des Rücktritts unter den gegebenen besonderen Umständen das Vorbringen unverschuldeten Rechtsirrtums einschloß und ob das Berufungsgericht hierauf hätte eingehen müssen.

Ein unverschuldeter Rechtsirrtum, der nach gefestigter Rechtsprechung das Vertretenmüssen im Sinne des § 325 i.V. mit §§ 276 ff BGB ausschließen kann, liegt nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten nicht vor.

Ein solcher Rechtsirrtum ist an strenge Voraussetzungen geknüpft. So hat der Bundesgerichtshof bei Änderung einer feststehenden Rechtsprechung das Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung als entschuldbaren Rechtsirrtum angesehen (NJW 1972, 1045). Muß hingegen der Schuldner bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einem Unterliegen im Rechtsstreit rechnen, kann das Vertrauen auf eine ihm günstige Vorentscheidung den Rechtsirrtum nicht als entschuldbar erscheinen lassen mit der Folge, daß der Gläubiger den sich aus dem Rechtsirrtum des Schuldners ergebenden Nachteil zu tragen hätte. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs (Betrieb 1975, 49) genügen selbst rechtskräftige Entscheidungen eines Berufungsgerichts nicht in jedem Fall, um dem Schuldner die Gewißheit zu geben, das Berufungsgericht habe die Rechtslage zutreffend beurteilt und er müsse nicht mit einer abweichenden Entscheidung anderer Gerichte rechnen. Die Beklagte hat keinen ausreichenden Vortrag dafür gebracht, daß sie auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung als der durch das Landgericht Bückeburg nicht zu rechnen brauchte.

C) Hiernach hat das Berufungsgericht die tatbestandlichen Voraussetzungen des eingeklagten Schadensersatzanspruchs im Sinne des § 325 BGB rechtsirrtumsfrei bejaht.

Gleichwohl kann die Verurteilung der Beklagten weder hinsichtlich des Teil-Endurteils (Zahlung von 28 000 DM nebst Zinsen) noch hinsichtlich des Grund-

urteils bei Bestand bleiben, da, wie der Revision im Ergebnis beizupflichten ist, sowohl die Ausführungen des Berufungsurteils zum mitwirkenden Verschulden als auch zu dem von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruch von Rechtsirrtum beeinflusst sind.

1. a) Soweit das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 28 000 DM (angezahlter Teilkaufpreis) nebst Zinsen verurteilt, beschränkt es sich bei der Frage des Mitverschuldens auf die Erwägung, "insoweit seien keine Anhaltspunkte für ein mitwirkendes Verschulden des Klägers ersichtlich". Dabei geht es von folgenden Überlegungen aus: Ob den Kläger bei der Entstehung der einzelnen Schadenspositionen ein mitwirkendes Verschulden treffe, könne allgemein zum jetzigen Zeitpunkt nicht festgestellt werden, weil es dafür hinsichtlich sämtlicher Schadenspositionen an greifbaren Anhaltspunkten fehle. Diese Frage könne nur im Einzelfall bei den verschiedenen Schadenspositionen geprüft und beantwortet werden. Jede Schadensposition habe einen anderen Entstehungsgrund, der jeweils zu einer unterschiedlichen Beurteilung der Frage des mitwirkenden Verschuldens des Klägers führen könne. Sie müsse daher im jetzigen Stadium des Verfahrens offenbleiben und der Entscheidung des Landgerichts überlassen werden.

Diese Ausführungen beruhen auf Rechtsirrtum. Der gesamte in Rede stehende Schaden ist durch ein einheitliches Schadensereignis, nämlich die Weiterveräußerung des Grundstücks und die hierdurch bewirkte Unmöglichkeit der Leistung entstanden. Die Frage des Mitverschuldens

des Klägers geht deshalb dahin, welchen Beitrag er durch sein Verhalten zu dieser Entwicklung geleistet hat und wie dieser Beitrag zu bewerten ist. Die Frage ist einheitlich für den gesamten Schaden zu prüfen; für eine unterschiedliche Betrachtungsweise nach einzelnen Schadensposten ist bezüglich der Schadensentstehung grundsätzlich kein Raum.

b) Die Verurteilung zur Zahlung von 28 000 DM kann aber auch noch aus einem anderen Grunde nicht aufrecht erhalten werden.

Das Berufungsgericht führt aus, gegenüber dem genannten Betrag stünden der Beklagten aufrechenbare Gegenansprüche nicht zu. Es prüft und verneint den von der Beklagten geltend gemachten Anspruch über 28 194,45 DM als Schaden aus dem Verzug des Klägers unter den rechtlichen Gesichtspunkten der §§ 325, 326 BGB, der positiven Vertragsverletzung und der culpa in contrahendo.

Mit Recht rügt die Revision die Übergehung und Verletzung des § 286 Abs. 1 BGB. Das Berufungsgericht legt dar, der Kläger habe sich spätestens seit Erhebung der Klage im Urkundenprozeß mit der Zahlung des Restkaufpreises in Verzug befunden. Den Anspruch auf Ersatz des reinen Verzugsschadens kann aber der Gläubiger beim gegenseitigen Vertrag geltend machen, ohne daß die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB vorliegen. Auch beim gegenseitigen Vertrag ist Anspruchsgrundlage für den Verzugsschaden § 286 Abs. 1 BGB (RGZ 106, 22, 24; Staudinger/Kaduk, BGB 10./11. Aufl.

§ 326 Rdn. 29). Bereits durch den Verzug des Klägers kann demnach der Beklagten ein Schadensersatzanspruch nach § 286 Abs. 1 BGB erwachsen sein.

Dieser Anspruch ist nicht dadurch entfallen, daß die Beklagte sich durch die anderweitige Übereignung des Grundstücks ihrerseits nach § 325 BGB schadensersatzpflichtig gemacht hat. Beide Schadensersatzansprüche - wegen Leistungsverzugs und wegen Nichterfüllung - bestehen hier vielmehr nebeneinander und können unabhängig voneinander geltend gemacht werden. Dieser für den Fall der Gläubigeridentität hinsichtlich beider Schadensersatzansprüche anerkannte Grundsatz (vgl. Palandt, BGB 34. Aufl. § 326 Anm. 8) muß erst recht gelten, wenn die Gläubigerschaft bei verschiedenen Vertragsparteien liegt. Dies mag durch die Erwägung verdeutlicht werden, daß die Beklagte, hätte sie vertragsgemäß das Grundstück an den Kläger übereignet, ohne weiteres den Verzugsschaden hätte geltend machen können. Hat die Beklagte nun im Wege des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung den Kläger vermögensmäßig so zu stellen, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre, also wirtschaftlich Gleichwertiges zu leisten, kann nichts anderes gelten. Der Kläger würde sonst eine nicht gerechtfertigte Besser-, die Beklagte eine unbegründete Schlechterstellung erfahren.

2. Auch soweit das Berufungsurteil wegen der nicht für entscheidungsreif erachteten Schadensbeträge die Klage durch Zwischenurteil (§ 304 ZPO) für gerechtfertigt erklärt hat, hält es rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Der Erlaß eines Grundurteils setzt nach allgemeiner Meinung voraus, daß nach Sachlage und beim regelmäßigen Verlauf der Dinge ein ziffernmäßig feststellbarer Schaden wahrscheinlich eingetreten ist. Kommt ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten in Betracht, darf, wie es der Berufungsrichter getan hat, diese Frage dem Betragsverfahren überlassen werden, wenn das mitwirkende Verschulden nach der aus den Entscheidungsgründen erkennbaren Meinung des Tatrichters nur zu einer Minderung, nicht aber zu einer Beseitigung der Schadenshaftung führen kann (BGHZ 1, 34, 36; BGH Urteil vom 9. Mai 1969 - V ZR 27/66 - S. 11). Das angefochtene Urteil sagt nicht ausdrücklich, daß es in jedem Falle einen Anspruch für verbleibend erachtet, doch geht es nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe ersichtlich hiervon aus (vgl. BGH LM ZPO § 304 Nr. 27 Bl. 2). Bedenken unterliegt ein solches Vorgehen des Tatrichters aber dann, wenn erkennbar ist, daß er sich bei der Frage des Mitverschuldens von unzutreffenden rechtlichen Erwägungen leiten ließ und das Revisionsgericht nicht zu übersehen vermag, ob er auch bei Zugrundelegung zutreffender Erwägungen einen Anspruch für verbleibend erachtet hätte. So liegt der Fall aus den oben dargelegten Gründen hier.

Der Senat vermag nicht zu ersehen, ob und inwieweit die aufgezeigten rechtsfehlerhaften Erwägungen zu der Auffassung des Berufungsgerichts, ein Schadensersatzanspruch werde auch unter Berücksichtigung eines mitwirkenden Verschuldens verbleiben, beigetragen haben und ob es auch bei richtiger Betrachtungsweise zur

selben Auffassung gekommen wäre. Zu bedenken ist ferner, daß die oben aufgezeigten Rechtsfehler bei der Verurteilung zur Zahlung von 28 000 DM auch in den Bereich der vom Grundurteil erfaßten Beträge hineinwirken können: Die Einbeziehung des Teilbetrages von 28 000 DM in eine Quotelung nach Mitverschuldensgrundsätzen sowie die Heranziehung des zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruchs vermögen die Beurteilungsgrundlage für das Zwischenurteil zu ändern.

III.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil in vollem Umfang aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Hill	Richter am Bundesgerichtshof	Offterdinger
	Dr. Mattern ist beurlaubt.	

Hill

Dr.Grell

von der Mühlen