

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V. ZR 201/73

URTEIL

Verkündet am

4. Juli 1975

in dem Rechtsstreit

H i r t h ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma H[REDACTED]-H[REDACTED] Generalunternehmen, Inhaber
Kaufmann Dietrich H[REDACTED], H[REDACTED], F[REDACTED]-W[REDACTED]-
Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Hubertus L[REDACTED], W[REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED],

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

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 1975 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Offterdinger, Dr. Grell, von der Mühlen und Dr. Eckstein

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 11. September 1973 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist Bauträger zweier nach den Grundsätzen der Zonengrenzlandabschreibung steuerbegünstigten Bauprojekte, des Projekts "D[REDACTED]" und des Appartement-Hotels "M[REDACTED]" im Bayerischen Wald. Der Kläger und seine Ehefrau haben Ende des Jahres 1970 von der Beklagten sechs Eigentumswohnungen im Gebäude "M[REDACTED]" gekauft, und zwar zusammenhängend im zweiten Obergeschoß des Westflügels. § 1 Abs. 6 der Verträge lautet:

"Die beigelegten Skizzen gelten als vorläufig. Der Verkäufer ist berechtigt, sie abzuändern, wenn das zur Erlangung der Baugenehmigung und später aus baurechtlichen Gründen erforderlich ist. Der Verkäufer ist ferner berechtigt, von diesen Skizzen und der Baubeschreibung abzuweichen, wenn dies aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen erforderlich ist und dadurch keine wesentlichen Interessen des Käufers berührt werden."

- 3 -

Um die Baugenehmigung zu erlangen, wurde der Plan des Projekts "M[REDACTED]" im Laufe des Jahres 1971 umgestellt, teils durch Erniedrigung des westlichen Flügels, in dem die sechs Wohnungen des Klägers zusammenhängend vorgesehen waren. Mit der Zuteilung anderer Appartements (fünf im Erdgeschoß des neuen Südflügels und eines im ersten Obergeschoß des Westflügels) war der Kläger auf Grund der Besichtigung am 15. Oktober 1971 nicht einverstanden. Er erklärte schriftlich, er trete vom Vertrag zurück und verlange Schadensersatz.

Mit vorliegender Klage hat er u.a. beantragt, die Beklagte zur Rückzahlung der vorgeleisteten Kaufpreispflichten und zum Ersatz der von ihm aufgewendeten Finanzierungskosten (17 700 DM) sowie zum Ersatz von weiteren Aufwendungen (23 327,94 DM) zu verurteilen. Weiter hat er beantragt, festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm infolge der Nichterfüllung der Kaufverträge entstanden sei und noch entstehen werde.

Das Landgericht hat die Beklagte u.a. zur Zahlung der Finanzierungskosten verurteilt, die Schadensersatzansprüche im übrigen jedoch abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat neben der Bestätigung des landgerichtlichen Urteils hinsichtlich anderer Klagansprüche zusätzlich Ersatzansprüche in Höhe von 20 451,80 DM zuerkannt und auch dem Feststellungsantrag entsprochen. Den Antrag der Beklagten, den Kläger zur Rückzahlung der auf Grund des landgerichtlichen Urteils an ihn ausbezahlten 17 700 DM zu verurteilen, hat das Berufungsgericht abgewiesen.



Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Abweisungsantrag weiter hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs (20 451,80 DM und 17 700 DM nebst Zinsen) und hinsichtlich des Feststellungsantrags. Weiter beantragt die Beklagte, den Kläger zur Rückzahlung der 17 700 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Hilfsweise stellt sie den Antrag, die Verurteilung nur Zug um Zug gegen Bewilligung der Löschung der für den Kläger und seine Ehefrau in Abteilung II der Wohnungsgrundbücher des Objektes "M[REDACTED]" eventuell bestehenden Auflassungsvormerkungen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Schadensersatzansprüche stünden dem Kläger, führt das Berufungsgericht aus, gemäß § 326 BGB wegen Nichterfüllung zu, und zwar ohne Mahnung und Fristsetzung, da der Geschäftsführer der Beklagten dem Kläger schon bei der Besichtigung am 15. Oktober 1971 erklärt habe, die Zuteilung anderer als der zu diesem Zeitpunkt von der Beklagten ersatzweise angebotenen Appartements sei ausgeschlossen. Das Berufungsgericht unterstellt ersichtlich den Vortrag der Beklagten, daß die Planungsänderung zur Erlangung der Baugenehmigung notwendig war. Es legt jedoch den Vertrag dahin aus, daß trotz der zunächst - im Rahmen der Steuervorschriften - rein gewerblichen Nutzung des Gebäudes nicht gleichgültig gewesen sei,

wo die gekauften Appartements im einzelnen liegen. Die nach der Planänderung ungünstiger gelegenen Appartements (im Südflügel) habe die Beklagte dem Kläger willkürlich zugeteilt. Nach der Erklärung des Inhabers der Beklagten in der mündlichen Verhandlung über die Berufung seien im Juli/August 1971 noch keine Appartements vergeben gewesen. Bereits am 24. Juni 1971 sei der endgültige Aufteilungsplan genehmigt worden. Die Möglichkeit, dem Kläger wiederum Appartements im Westflügel zuzuweisen, hätte die Beklagte nicht wahrgenommen, vielmehr die dem Kläger zukommenden Appartements willkürlich auf die neuen Bautrakte verteilt und dabei den Kläger so benachteiligt, daß dies durch § 1 Abs. 6 des Vertrages nicht gedeckt sei.

II.

1. Die Revision wendet sich gegen die Feststellung, die Beklagte habe nach der baurechtlich gebotenen Änderung der Baupläne die lagemäßig ungünstigeren Appartements im Südflügel dem Kläger willkürlich zugeteilt. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe bei dieser Feststellung Sachvortrag übergangen, der in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 16. August 1973 niedergelegt sei. Danach sei das früher vorgesehene zweite Obergeschoß im Westbau weggefallen, statt dieser entfallenen Räume hätten dem Kläger andere Appartements zugewiesen werden müssen. jedoch hätten ihm nach der Neuplanung die erhalten gebliebenen, aber bereits anderweitig verkauften Appartements eben nicht ersatzweise zugeteilt werden können. Deshalb hätten ihm die zugewiesenen, von ihm jedoch abgelehnten Wohnungen zugeteilt werden müssen.

Die Rüge ist unbegründet.

Nach der Niederschrift über die Sitzung vom 6. Juni 1973 wurde beiden Parteien zur Erwiderung auf die - unmittelbar vor dem Termin eingegangenen - Schriftsätze der Gegenseite eine Frist zur Erklärung gemäß § 272 a ZPO bewilligt. Die Revision hat schon nicht dargelegt, inwiefern der von ihr als übergangen gerügte Vortrag in dem der Beklagten nachgelassenen Schriftsatz lediglich eine Erwiderung auf den kurzfristig vor dem Termin eingereichten Schriftsatz des Klägers darstellt. Der als übergangen gerügte Sachvortrag in dem nachgelassenen Schriftsatz war danach vom Gericht nicht mehr zu berücksichtigen.

Darüberhinaus verhält sich der als übergangen gerügte Vortrag in dem nachgelassenen Schriftsatz über Umstände, zu denen sich der Inhaber der Beklagten in der mündlichen Verhandlung geäußert hatte. Die Beklagte hat nach Erlaß des angefochtenen Urteils dessen Berichtigung zu der Stelle beantragt, an der die maßgebende Erklärung des Inhabers der Beklagten in der mündlichen Verhandlung wiedergegeben ist, nämlich im Juli/August 1971 seien noch keine Appartements vergeben gewesen. Der Antrag der Beklagten auf Berichtigung ist durch Beschluß vom 27. November 1973 abgelehnt worden. In der Begründung dieses Beschlusses ist ausgeführt, die Frage, ob die Beklagte nach der Umplanung dem Kläger willkürlich Appartements zugeteilt habe, sei eingehend erörtert worden. In diesem Zusammenhang habe der Inhaber der Beklagten die in das Urteil eingegangene und sich

nach dem objektiven Erklärungswert auf die Vergabe von Appartements überhaupt beziehende Bemerkung gemacht, die wegen ihrer Bedeutung noch mit ihm besprochen worden sei. Das Berufungsgericht durfte den danach neuen Sachvortrag der Beklagten in dem nachgelassenen Schriftsatz nicht berücksichtigen und brauchte die mündliche Verhandlung nicht wieder zu eröffnen.

2. Unbegründet ist auch die Rüge, die Angaben des Inhabers der Beklagten hätten nicht verwertet werden dürfen, weil der Kläger seinerseits gar nicht vorgetragen habe, daß bis Juli/August 1971 noch gar keine Appartements vergeben gewesen seien. Schon aus dem Urteil der ersten Instanz ergibt sich, daß der Kläger sich darauf berufen hat, auch nach der Neuplanung hätten Appartements im Westflügel noch zur Zuteilung an ihn zur Verfügung gestanden (LG Urteil S. 7 oben), und daß dieser Vortrag unwidersprochen geblieben gewesen sei (LG Urteil S. 10 unten). Aus dem erwähnten Beschluß des Berufungsgerichts vom 27. November 1973 ergibt sich weiter, daß auch in der mündlichen Verhandlung über die Berufung die Frage eingehend erörtert worden ist, ob die Beklagte nach der Umplanung dem Kläger willkürlich Appartements zugeteilt habe, und daß der Inhaber der Beklagten eben in diesem Zusammenhang die im Urteil vermerkte Erklärung abgegeben hat. Unter diesen Umständen kann nicht zweifelhaft sein, daß der Kläger diese Äußerung als eigenen Sachvortrag übernommen hat.

3. Unbegründet ist der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe die Beklagte gemäß § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, daß es diese Erklärung des Inhabers der Beklagten als Entscheidungsgrundlage heranziehe.

4. Soweit die Revision den Sachvortrag der Beklagten über die Art, Güte und Größe der verkauften Appartements im Vergleich zu den dem Kläger am 15. Oktober 1971 ersatzweise angebotenen Räumen als übergangen ansieht, übersieht sie, daß nach tatrichterlicher Feststellung die Ersatzräume ihrer Lage nach nicht denjenigen entsprach, auf die der Kläger unter den Verhältnissen, die durch die Planänderung entstanden waren, nach der Auslegung des Vertrags in der Sicht des Berufungsgerichts Anspruch hatte.

5. Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht § 9 Abs. 3 des Kaufvertrags nicht übersehen. Mangels der Voraussetzungen für den Rücktritt des Verkäufers bedarf es keiner Prüfung, ob solchenfalls ein Schadensersatzanspruch des Käufers ausgeschlossen gewesen wäre.

III.

Das Berufungsgericht hat dem Kläger bestimmte für den Abschluß des Kaufvertrags und für die Finanzierung aufgewendete Beträge unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung zugesprochen. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt hat der Kläger Anspruch auf den

Ersatz des Werts der seitens der Beklagten nicht erbrachten Leistung für ihn unter Abzug der eigenen ersparten Gegenleistung. Das Berufungsgericht hat dazu keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen. Es kann aber im allgemeinen, vor allem wenn wie hier zu dem Schadensposten in Höhe von 17 700 DM (Finanzierungskosten) festgestellt ist, daß gegen die Höhe des Anspruchs keine substantiierten Einwendungen erhoben worden sind (BU S. 10, 2. Abs.), davon ausgegangen werden, daß der Käufer neben den als Kaufpreis geleisteten Anzahlungen jedenfalls auch die hier in Rechnung gestellten Aufwendungen deshalb verlangen kann, weil diese durch die Vorteile der erwarteten, ihm jedoch entgangenen Leistung der Kaufsache aufgewogen worden wären (RGZ 127, 245, 248; Palandt/Heinrichs, BGB 33. Aufl. § 325 Anm. 5 a; vgl. BGHZ 62, 119, 120). Im Ergebnis sind daher keine durchgreifenden Bedenken gegen die Höhe des Ersatzanspruchs zu erheben.

Damit ist auch der Rüge der Revision, bei Rückgängigmachung des Vertrags habe der Kläger keinen Anspruch auf Bezahlung der 17 700 DM, der Boden entzogen.

IV.

Der hilfsweise gestellte Antrag der Revision, die Verurteilung nur Zug um Zug auszusprechen, scheitert daran, daß ein Vortrag über das Vorhandensein einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Klägers fehlt.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Hill

Offterdinger

Dr. Grell

von der Mühlen

Dr. Eckstein