

18

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 44/80

URTEIL

Verkündet am
27. Februar 1981
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Peter M [REDACTED],
 2. der Hausfrau Roswitha M [REDACTED] geb. K [REDACTED],
- beide wohnhaft S [REDACTED] Straße, H [REDACTED] (H [REDACTED]),

Beklagten, Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

1. den Kaufmann Gunter D [REDACTED],
 2. die Hausfrau Gisela D [REDACTED] geb. T [REDACTED],
- beide wohnhaft Hö [REDACTED] [REDACTED], Ä [REDACTED] (Sc [REDACTED]),

Kläger, Revisionsbeklagten und
Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Thumm, Dr. Eckstein, Dr. Vogt und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Kläger wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 17. Januar 1980 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil der Zivilkammer 84 des Landgerichts Berlin vom 27. September 1978 wird hinsichtlich des Hauptantrages und der Hilfsanträge Nrn. 1 bis 8 (S. 13 ff des Berufungsurteils) zurückgewiesen.

Im übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagten waren Eigentümer eines Hausgrundstücks in B- -L- -Ost. Durch notariellen Vertrag vom 18. Januar 1974 vereinbarten die Parteien, nach Begründung von Wohnungseigentum spätestens am 31. Dezember 1975 einen "Hauptvertrag" über den Kauf einer bestimmten Eigentumswohnung zum Preise von 135 000 DM abzuschließen. Zugleich verpflichteten sich die Beklagten, bis zum Abschluß des Hauptvertrages verschiedene Instandsetzungsarbeiten durchzuführen. In einer weiteren notariellen Urkunde vom selben Tage vereinbarten die Parteien, daß die Kläger den Beklagten ein unverzinsliches, zum 15. Dezember 1975 rückzahlbares Hypothekendarlehen von 70 000 DM gewähren sollten. Das Darlehen wurde auch gewährt. Der von den Beklagten wiederholt unter Nachfristsetzung angemahnte Abschluß eines Kaufvertrages über die Eigentumswohnung unterblieb, da die Kläger die vorgenommenen Instandsetzungsarbeiten für unzureichend hielten und eine Anrechnung des Darlehens auf den Kaufpreis verlangten.

Die Eigentumswohnung haben die Beklagten im Laufe des Rechtsstreits an Frau Amalie D- veräußert. Diese ist am 27. April 1979 als Wohnungseigentümerin in das Wohnungsgrundbuch eingetragen worden.

Mit der Klage haben die Kläger zunächst beantragt, die Beklagten Zug um Zug gegen Zahlung von 65 000 DM zur Auflassung des Wohnungseigentums an sie - die Kläger - als Miteigentümer je zur Hälfte zu verurteilen sowie festzustellen, daß die Beklagten verpflichtet seien, sich auf den Kaufpreis von 135 000 DM das Darlehen von 70 000 DM



anrechnen zu lassen. Hilfsweise zu dem Leistungsantrag haben sie u.a. beantragt, die Beklagten zum Abschluß eines Kaufvertrages über die Eigentumswohnung - notfalls Zug um Zug gegen Zahlung von 65 000 DM - zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsverfahren haben die Kläger in erster Linie die Auflassung des Wohnungseigentums Zug um Zug gegen Zahlung von 65 000 DM verlangt. Außerdem haben sie - in nachstehender Reihenfolge - folgende Hilfsanträge gestellt:

1. die Beklagten ohne eine Zug-um-Zug-Leistung zur Auflassung zu verurteilen,
2. die Beklagten zu verurteilen, mit ihnen einen Vertrag mit dem Inhalt des Vertrages vom 18. Januar 1974, im einzelnen formuliert im Schriftsatz vom 2. Oktober 1979, Seite 3-5, abzuschließen,
3. die Beklagten zu verurteilen, Zug um Zug gegen Zahlung von 65 000 DM mit ihnen den im Schriftsatz vom 2. Oktober 1979, Seite 6, 7, formulierten Kaufvertrag abzuschließen und die Auflassung nach Maßgabe dieses Vertrages zu erklären,
4. (ohne Abschnitte III bis V des Vertragsentwurfs),

die Beklagten zu verurteilen, Zug um Zug gegen Zahlung von 65 000 DM mit ihnen den im Schriftsatz vom 2. Oktober 1979, Seite 8, 9, formulierten Kaufvertrag abzuschließen und die Auflassung nach Maßgabe dieses Vertrages zu erklären,

5. die Beklagten zu verurteilen, Zug um Zug gegen Zahlung von 65 000 DM mit ihnen den im Schriftsatz vom 2. Oktober 1979, Seite 10, 11, formulierten Kaufvertrag abzuschließen,
6. (ohne Abschnitte III bis V des Vertragsentwurfs und ohne Auflassung),
die Beklagten zu verurteilen, Zug um Zug gegen Zahlung von 65 000 DM mit ihnen den im Schriftsatz vom 2. Oktober 1979, Seite 12, formulierten Kaufvertrag abzuschließen,
7. die Beklagten zu verurteilen, mit ihnen den im Schriftsatz vom 2. Oktober 1979, Seite 13, 14, formulierten Kaufvertrag abzuschließen und die Auflassung nach Maßgabe dieses Kaufvertrages zu erklären,
8. die Beklagten zu verurteilen, mit ihnen den im Schriftsatz vom 2. Oktober 1979, Seite 15, 16, formulierten Kaufvertrag abzuschließen und die Auflassung nach Maßgabe dieses Kaufvertrages zu erklären,

9. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger Schadensersatz in Höhe eines erststelligen Teilbetrages von 85 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 8. Mai 1979 zu zahlen.

Das Oberlandesgericht hat der Klage nach dem 3. Hilfsantrag im wesentlichen stattgegeben. Die Kosten des Berufungsrechtsstreits hat es gemäß § 97 Abs. 2 ZPO den Klägern auferlegt.

Mit der Revision wollen die Beklagten die volle Abweisung der Klage erreichen. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Revision. Sie haben Anschlußrevision eingelegt, mit der sie die Abänderung der für die Berufungsinstanz getroffenen Kostenentscheidung erzielen wollen.

Entscheidungsgründe

A. Revision der Beklagten:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Vertrag vom 18. Januar 1974 sei als ein Vorvertrag anzusehen, aus dem sich für die Parteien die Verpflichtung zum Abschluß eines Kaufvertrages über die Eigentumswohnung ergeben habe. An den Vorvertrag seien die Beklagten nach wie vor gebunden; er sei weder einverständlich aufgehoben worden noch seien die Voraussetzungen des § 326 BGB für eine Ablehnung der Vertragserfüllung gewahrt. Der Eigentumsverschaffungspflicht stehe auch nicht der Umstand entgegen, daß die Beklagten inzwischen die Eigentumswohnung anderweitig veräußert hätten; denn die Erwerberin müsse als Rechtsnachfolgerin der Veräußerer das Urteil gegen sich gelten lassen.

Die Revision hat Erfolg.

II.

1. Den Einwand der Beklagten, sie seien infolge Veräußerung der Eigentumswohnung nicht in der Lage, den Klägern das Eigentum zu verschaffen, hält das Berufungsgericht für unerheblich, weil die nach Rechtshängigkeit vorgenommene Veräußerung gemäß § 265 Abs. 2 ZPO auf den Prozeß keinen Einfluß habe und die Erwerberin als Rechtsnachfolgerin der Beklagten das Urteil gemäß § 325 Abs. 1 ZPO gegen sich gelten lassen müsse. Das ist rechtsirrig.

Durch die Veräußerung des Wohnungseigentums an Frau Dingler ist diese nicht Rechtsnachfolgerin der Beklagten in Bezug auf deren streitige Verpflichtung zum Abschluß eines Kaufvertrages und zur Auflassungserklärung geworden. Nur eine Veräußerung der im Sinne des § 265 ZPO "in Streit befangenen Sache" kann den Erwerber gemäß § 325 Abs. 1 ZPO an die Rechtskraft des Urteils binden. Streitbefangen ist eine Sache dann, wenn auf der rechtlichen Beziehung zu ihr die Sachlegitimation der klagenden oder beklagten Partei beruht, eine solche Berechtigung also den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits bildet (Senatsurteil BGHZ 39, 21; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO 19. Aufl. § 265 Anm. II 1; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 12. Aufl. § 103 II 1). Auch wenn im Interesse der Prozeßwirtschaftlichkeit eine weite Anwendung des § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO befürwortet wird (vgl. BGHZ 72, 236, 242; Senatsurteil BGHZ 28, 153, 156 = LM § 265 ZPO Nr. 5 mit Anm. Rothe), so fallen darunter doch jedenfalls nicht Ansprüche, die sich zwar auf die veräußerte Sache beziehen, die aber nur auf dem persönlichen Schuldverhältnis der Parteien beruhen, wie es bei dem hier auf Erfüllung des Kaufvertrages gerichteten Auflassungsanspruch der Kläger der Fall ist (vgl. BGHZ 39, 21, 25; RGZ 102, 177, 179; RG JR 1927 Nr. 416; Stein/Jonas/Schumann/Leipold aaO Anm. II 1; Wieczorek, ZPO 2. Aufl. § 265 Anm. B I 61; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 39. Aufl. § 265 Anm. 2 C; Henckel, ZZP 82, 333, 355 ff gegen Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, 1968, S. 214).

2. Unbestritten sind die Beklagten nicht in der Lage, den Klägern das im Vertrag vom 18. Januar 1974 bezeichnete Wohnungseigentum zu verschaffen. Zu einer Leistung, die unstreitig nicht mehr möglich ist, darf der Schuldner aber nicht verurteilt werden (BGHZ 62, 388, 393; 68, 372, 377; MünchKomm-Emmerich § 275 Rdn. 84). Das gilt nicht nur für den Auflassungsanspruch, sondern auch schon für den Anspruch auf Abschluß eines Kaufvertrages; denn die Verurteilung zum Abschluß eines solchen Vertrages ist zwecklos, wenn feststeht, daß seine Erfüllung unmöglich ist. Damit erweisen sich alle auf Erfüllung des Vor- und des Hauptvertrages gerichteten Klageanträge als unbegründet. Dem haben die Kläger durch den Hilfsantrag Nr. 9 Rechnung getragen, indem sie ausdrücklich für den Fall, daß die Rechtskraft des Urteils nicht gegen Frau D■■■■■ wirken sollte, Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe eines Teilbetrages von 85 000 DM verlangen. Dieser Antrag ist nunmehr entscheidungserheblich; er ist aber noch nicht entscheidungsreif.

Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht den Vertrag vom 18. Januar 1974 als einen Vorvertrag ausgelegt, der die Parteien zum Abschluß eines Kaufvertrages verpflichtete. Dagegen erhebt die Revision keine Bedenken. Wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, daß die in dem Vorvertrag vereinbarte Frist für den Abschluß eines Kaufvertrages nur den Fälligkeitszeitpunkt des Vertragsabschlusses festgelegt und nicht - wie die Revision meint - die Geltungsdauer des Vorvertrages begrenzt habe, so läßt diese Auslegung Rechtsfehler nicht erkennen. Rechtsirrtums-

frei ist auch der Standpunkt des Berufungsgerichts, daß dem Schriftwechsel der Parteien eine einverständliche Aufhebung des Vorvertrages nicht zu entnehmen sei.

Zu der Frage, ob die Verpflichtung der Beklagten zur Erfüllung des Vorvertrages gemäß § 326 BGB entfallen ist, hat das Berufungsgericht unangreifbar festgestellt, daß im Zeitpunkt des Schreibens vom 5. Januar 1976 noch kein Verzug der Kläger vorlag. Dagegen erhebt die Revision auch keine Einwände. Es kommt mithin nicht darauf an, ob die Beklagten in jenem Schreiben die Ablehnung der Leistung in der nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlichen Weise angedroht hatten. Mit ihrer Leistung waren die Kläger nach Feststellung des Berufungsgerichts allerdings in Verzug, als die Beklagten durch den im Verfahren 7 C 319/76 AG Schöneberg eingereichten Anwaltsschriftsatz vom 6. Juli 1977 den Klägern unter Nachfristsetzung androhten, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Diese Erklärung indessen hat das Berufungsgericht nicht als ausreichende Ablehnungsandrohung angesehen. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Im Hinblick auf die Bedeutung und Tragweite der sich für den Schuldner aus § 326 BGB ergebenden Verzugsfolgen ist an die Einhaltung der Voraussetzungen dieser Vorschrift ein strenger Maßstab anzulegen. Die Fristsetzung zur Bewirkung der Leistung muß eindeutig und unmißverständlich mit der Erklärung verbunden sein, daß der Gläubiger nach Fristablauf die Annahme der Leistung

ablehnen werde (vgl. BGH Urteil vom 6. Oktober 1976, VIII ZR 66/75, NJW 1977, 35, 36; MünchKomm-Emmerich § 326 Rdn. 102 ff). Ob es im allgemeinen genügt, wenn der Gläubiger - wie hier - zwar nicht ausdrücklich die Ablehnung der Leistung androht, aber ankündigt, daß er bei Nichteinhaltung der Frist entweder vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen werde, mag dahinstehen. Die Eindeutigkeit der Erklärung vom 6. Juli 1977 hat das Berufungsgericht jedenfalls angesichts der besonderen Umstände des vorliegenden Falles zu Recht verneint. Seine Auffassung, die Androhung eines Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung habe hier auch die Deutung zugelassen, daß die Beklagten nur den Verzögerungsschaden gemeint haben könnten, im übrigen aber am Vertrag festhalten wollten, wird von der Feststellung getragen, daß sie eine ähnliche Formulierung bereits in dem Schreiben vom 5. Januar 1976 gewählt, dann aber nachhaltig auf Vertragserfüllung bestanden hatten (vgl. die Anwaltsschreiben vom 3. Februar und 2. April 1976 = GA I, 111, 112). Die Wertung des Schreibens vom 6. Juli 1977 als einer mehrdeutigen Erklärung ist daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Sind mithin die Beklagten zur Erfüllung des Vorvertrages verpflichtet geblieben und ist ihnen nur die eigene Leistung durch Weiterveräußerung der Eigentumswohnung nachträglich unmöglich geworden, so haften sie unter den Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Über den dahingehenden Hilfsantrag der Kläger, der nach Grund und Höhe bestritten ist, muß der Tatrichter befinden. In diesem Umfang ist der Rechtsstreit daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

B. Anschlußrevision:

Die auf die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren beschränkte - unselbständige - Anschlußrevision ist zulässig (BGHZ 17, 392, 396). Sie ist auch begründet.

Das Berufungsgericht hat den Klägern unter Hinweis auf § 97 Abs. 2 ZPO die gesamten Kosten des Berufungsrechteszuges mit der Begründung auferlegt, der Teilerfolg des Rechtsmittels beruhe nur darauf, daß die Kläger erst in zweiter Instanz ein "akzeptables" Kaufvertragsangebot vorgelegt hätten. Das ist unrichtig.

Das Vertragsangebot der Kläger im Rahmen ihres Hilfsantrages Nr. 3, über den das Berufungsgericht entschieden hat, deckt sich im wesentlichen mit dem im ersten Rechtszug gestellten Hilfsantrag Nr. 1 aus dem Schriftsatz vom 19. September 1978 (GA I, 116, 119 ff). Der Teilerfolg der Berufung ist daher nicht durch neues Vorbringen herbeigeführt worden. Dem Umstand, daß die Kläger das Darlehen von 70 000 DM ohne hinreichende Berücksichtigung der von den Beklagten erhobenen Gegenansprüche voll auf den Kaufpreis verrechnen wollten, hat das Berufungsgericht durch Teilabweisung der Klage Rechnung getragen. Daraus hätte sich nur, wie in der Kostenentscheidung bezüglich des ersten Rechtszuges, eine Aufteilung der Kosten gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 (2. Alternative) ZPO rechtfertigt.

Eine anderweitige Kostenentscheidung ist dem Senat allerdings nicht möglich, da die Sache auf die Revision der Beklagten auch im Kostenpunkt der Aufhebung und Zurückverweisung unterliegt.

Hill

Dr. Thumm

Dr. Eckstein

Vogt

Räfle