

4
V ZR 50/62

Verkündet
am 15. Januar 1964
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2178 054

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

In dem Rechtsstreit

der Stadt D [REDACTED], vertreten durch den Rat der Stadt,
dieser vertreten durch den Oberstadtdirektor,

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die B [REDACTED] Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft,
W [REDACTED], S [REDACTED], vertreten durch die Vorstands-
mitglieder Hans R [REDACTED], Otto Heinrich G [REDACTED] und Heinrich
F [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

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

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 15. Januar 1964 unter Mitwirkung der Bundes-
richter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag
und Offterdinger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf
vom 8. November 1961 aufgehoben. Die Sache wird zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über
die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand: :

Die Klägerin verlangt als Käuferin Ersatz des Verzugs-
schadens, der ihr ihres Erachtens infolge Verspätung der
Räumung, des Abbruchs und der Enttrümmerung eines von der
Beklagten gekauften und zu räumenden Baugrundstücks im
Zentrum von D [REDACTED] (W [REDACTED]) entstanden ist,
weil das von ihr dort errichtete Geschäftshaus infolge
dieser Verspätung erst 182 Tage später bezugsfertig geworden
sei, als bei vertragsmäßiger Räumung geschehen wäre.

Die beklagte Stadtgemeinde wollte das Ruinengrundstück
W [REDACTED], auf dem im Erdgeschoß behelfsmäßige Ge-
schäftsräume eingerichtet waren, mit bestimmten Bauauflagen
verkaufen. Sie stand seit 1954 in Verkaufsverhandlungen mit
dem Bauunternehmen Firma H [REDACTED] AG, die die bestehenden
Mietverhältnisse jedoch nicht übernehmen wollte (Bl. 13/14
GA). Die Beklagte kündigte am 30. September 1954 die beste-
henden Mietverträge auf Ende März und Mai 1955; gegen fünf
Mieter mußte sie Anfang März 1955 Räumungsklage erheben. Zur
gleichen Zeit reichte Architekt S [REDACTED] für den geplanten Neu-
bau beim Stadtplanungsamt Grundrißskizzen im Maßstab 1 : 200
ein. Die Käuferin kaufte das Grundstück nach Maßgabe ihres
Kaufangebots vom 23. Mai 1957 um 400 000 DM, die acht Tage
vor der Auflassung bezahlt werden sollten. Unter A Nr. 3
Abs. 5 und 6 ist weiter bestimmt:

"Der Besitz, die Nutzung, die Lasten und die Gefahr
gehen unmittelbar nach Räumung aller zur Zeit von
Mieter noch genutzten Bauten und deren Abbruch
und Entschuttung, spätestens am Tag der Umschreibung
im Grundbuch, auf die Käuferin über. Die Käuferin
kann die Auflassung frühestens nach Vorliegen der
Genehmigung durch den Aufsichtsrat und das Bundes-
aufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwe-
sen entgegennehmen.

Die Stadt D [REDACTED] verpflichtet sich, die Räumung, den Abbruch und die Entschuttung bis zur Kellersohle spätestens innerhalb eines Monats nach der Auflassung auf ihre Kosten durchzuführen."

Die Klägerin verpflichtete sich, das Kaufgrundstück mit einem repräsentativen Büro- und Geschäftshaus in endgültiger Bauweise nach den allgemeinen Bebauungs- und Fluchtlinienplänen der B[REDACTED]- und G[REDACTED]-A[REDACTED]-Straße sowie des W[REDACTED]s und den Vorschriften des Oberstadtdirektors und des Bauaufsichtsamts zu bebauen. Weiter sollte sie mit den Bauarbeiten spätestens an dem in Nr. 3 des Kaufvertrags genannten Termin für den Besitzantritt beginnen und den Bau binnen 16 Monaten herstellen, soweit die Witterungsverhältnisse dies zuließen. Nach Nr. 9 sollte die Beklagte die Klägerin von etwaigen Entschädigungsansprüchen der bisherigen Mieter freistellen.

Die Beklagte hat das Kaufangebot am 1. Juli 1955 angenommen, der Aufsichtsrat der Klägerin genehmigte den Vertrag am 1. Juli 1955. Eine der Räumungsklagen (Mieter Jung) wurde am 30. Juli 1955 mangels Genehmigung des Vertrags durch das Versicherungsaufsichtsamt abgewiesen (AG Düsseldorf 19 C 198/55 Bl. 32 R). Auf Anfrage der Klägerin vom 5. August 1955 (Bl. 24 GA) teilte die Beklagte am 8. August 1955 (Bl. 25 GA) mit, daß die Mietverträge gekündigt und teils Räumungsklagen erhoben seien; unter Darlegung der Klagabweisungsgründe in Sachen gegen den Mieter J. bat die Beklagte um Erwirkung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde mit dem Hinweis, "daß leider eine Verzögerung nur dadurch eintritt, weil die Genehmigung der Aufsichtsbehörde noch fehlt." Diese Genehmigung wurde am 23. August 1955 erteilt und am 29. August 1955 mit der Anfrage, wann nun die Auflassung erklärt werden solle, der Beklagten übermittelt (Bl. 27 GA). Mit der Empfangsbestätigung teilte die Beklagte der Klägerin am 2. September 1955 mit:



"Es sind somit sämtliche Voraussetzungen für die Beurkundung der Auflassung vor einem D[REDACTED] Notar gegeben. Gemäß Ziff. 2 des Kaufvertrags bitte ich daher, nunmehr den vereinbarten Kaufpreis in Höhe von 400 000 DM an die Stadthauptkasse zu überweisen."

Darauf frug die Klägerin am 6. September 1955 (Bl. 29 GA) unter Hinweis auf ihre Pflicht, den Kaufpreis acht Tage vor der Auflassung zu überweisen, nach dem genauen Zeitpunkt der Auflassung. Der Schlußabsatz dieses Schreibens lautet:

"Der letzte Absatz zu Ziffer 3 der zitierten Verhandlung enthält die Verpflichtung der Stadt D[REDACTED], die Räumung, den Abbruch und die Entschuttung bis zur Kellersohle spätestens innerhalb eines Monats nach der Auflassung auf ihre Kosten durchzuführen. Ihre Zahlungsaufforderung vom 2. ds.Mts. erweckt in uns die Hoffnung, daß Räumungsklagen in Kürze mit Erfolg durchgeführt sein werden und sie somit in die Lage kommen, auch ihrerseits die getroffenen Vereinbarungen fristgemäß erfüllen zu können."

Die Beklagte erwiderte am 8. September 1955 (Hülle Bl. 75):

"Die Beweggründe der alsbaldigen Auflassungsbeurkundung sind hauptsächlich in dem Bestreben der Stadt D[REDACTED] zu suchen, dem Gericht einen lückenlosen Nachweis über die Voraussetzungen zur Übereignung und den sofortigen Wiederaufbau des Grundstücks zu führen. Dieses um so mehr, als die Genehmigungsurkunde des Bundesaufsichtsamts in der Formulierung über die zwischen Ihnen und der Stadt getroffenen Vereinbarung etwas unglücklich ausgefallen ist.

Es muß daher alles getan werden, um dem Gericht bei den anstehenden Räumungsprozessen die Belege für ein obsiegendes Urteil zu liefern, damit die Stadt D[REDACTED] nicht, wie bei der bereits ergangenen Entscheidung, in die Berufung gehen muß."

Nach Bezahlung des Kaufpreises erfolgte die Auflassung am 30. September 1955, die Eintragung der Klägerin im Grund-

buch am 12. November 1955. Architekt S. [REDACTED] reichte am 18. Oktober 1955 das Baugesuch (mit Plänen im Maßstab 1 : 100, Baubeschreibung und Gesuch um verschiedene Befreiungen von der Bauordnung) ein; das Bauaufsichtsamt erklärte am 19. Oktober 1955 zwecks Vorlage beim Landgericht, daß dem Baugesuch generell zugestimmt werde. Die beteiligten Dienststellen und Sachbearbeiter wurden von der Dringlichkeit der Genehmigung (zwecks Vorlage beim Mietgericht) verständigt, die Befreiungen am 9. November 1955 erteilt, vom Regierungspräsidenten am 12. November 1955 unter Bedingungen zugestimmt und der Bauschein am 15. November 1955 unterschrieben. Am selben Tag legte der Anwalt der Beklagten in den Räumungssachen J. [REDACTED] und R. [REDACTED] den Bauschein vor samt einer Mahnung der Klägerin vom 7. November 1955, in welcher sie bei Vermeidung von Schadensersatzansprüchen die Räumung, den Abbruch und die Entschuttung des Kaufgrundstücks bis zum 12. November 1955 verlangte. Das auf Grund der Auflagen des Regierungspräsidenten und einer Fluchtlinienabänderung abgeänderte Baugesuch wurde am 2. Januar 1956 eingereicht und Ende Februar 1956 geprüft.

Nach Verurteilung der drei restlichen Mieter zur Räumung am 1. Dezember 1955 und 4. Januar 1956 räumte der letzte Mieter am 3. Februar 1956. Der Abbruch und die Entschuttung erfolgte im April und Mai 1956, in welcher Zeit jedoch schon Vorarbeiten für den Aufbau getroffen wurden. Die Anfrage der Klägerin für Angebote ging bei der Firma H. [REDACTED], die auch andere Bauaufträge für die Klägerin ausführt und vereinbarungsgemäß in das billigste Gebot eintreten sollte, am 23. Februar 1956 ein (Gebotstermin 12. März 1956). Der Bauvertrag mit ihr wurde am 13. April 1956 unterzeichnet (Bl. 345 GA). Danach übernahm die Firma H. [REDACTED] gemäß dem Kostenanschlag vom 10. März 1956 die

Arbeiten für den erweiterten Rohbau zum festen Pauschalpreis (1 440 000 DM) und die Vergebung aller Ausbauarbeiten namens und für Rechnung der Klägerin, jedoch unter Gewährleistung eines Höchstbetrages (1 100 000 DM).

Die Klägerin behauptet, sie hätte bei fristgerechter Räumung (30. Oktober 1955) den Neubau (unter entsprechender Vorwegnahme der während des Abbruchs und Entschuttung vorgenommenen Vorarbeiten) am 16. November 1955 beginnen können, tatsächlich jedoch erst am 18. Mai 1956 (nach Abzug des Abbruchunternehmens) begonnen und dementsprechend 182 Tage später beendet. In diesem Zeitraum sei ihr unter Zugrundelegung der Einnahmen und Ausgaben des Jahres 1958 ein Reinertrag von 186 681,02 DM entgangen und infolge Erhöhung der Baukosten (2,72 % von 2 540 000 DM) ein weiterer Schaden von 69 088 DM entstanden. Unter Absetzung des Zinsgewinns in Anbetracht des entsprechend später aufgewendeten Baugeldes (89 887,80 DM) verbliebe ein Schaden in Höhe von 165 881,22 DM. Diesen Ersatzanspruch macht sie nebst Zinsen mit vorliegender Klage geltend.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Schadensersatzansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht entnimmt dem Kaufvertrag in Verbindung mit dem Zeitpunkt der Auflassung, daß die Beklagte

das Baugrundstück bis Ende Oktober 1955 geräumt und bis zur Kollersohle entschuttet zu übergeben hatte. Es führt weiter aus: Weder aus dem Vortrag allein noch aus dem Vertrag in Verbindung mit dem Schriftwechsel im August und September 1955 oder den Beweggründen der Beklagten für den frühzeitigen Zeitpunkt der Auflassung (dessen freie Bestimmbarkeit durch die Beklagte unterstellt) könne eine Änderung dieser vertraglichen Regelung entnommen werden. Auch sei es der Klägerin nach Treu und Glauben nicht verwehrt, den ihr durch die Verzögerung entstandenen Schaden geltend zu machen. Sie habe bei der Beklagten nicht die Vorstellung, sie werde auf Verzugsschaden etwa verzichten, erweckt oder aufrechterhalten und auch nicht vor oder nach der Auflassung zu einer Vorstellung der Beklagten dieses Inhalts Veranlassung gegeben. Unter diesen Umständen sei nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Klägerin auf ihr Recht, den Besitz binnen eines Monats nach Auflassung entsprechend den vertraglichen Bedingungen zu erlangen, habe verzichten sollen. Bei dem Stand der Räumungsprozesse sei der Nachweis der Auflassung (entgegen der Behauptung der Beklagten) übrigens nicht unbedingt erforderlich gewesen.

II.

1. Die Revision geht nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für die Revisionsinstanz zutreffend davon aus, daß die Beklagte den Termin der Auflassung von sich aus dergestalt habe bestimmen können, daß ihr (auch bei weiterer Säumnis der Mieter mit der Räumung) die vertragsgemäße Übergabe des entschutteten Grundstücks fristgerecht (d.h. binnen eines Monats nach Auflassung) möglich gewesen wäre. Sie meint, unter diesen Umständen stelle sich die Auffassung des Berufungsgerichts, die vor Auszug des letzten Mieters erklärte Auflassung habe die Monatsfrist unberührt gelassen, als

rechtlicher Trugschluß dar; es seien auch allgemeine Auslegungsgrundsätze verletzt, § 242 BGB nicht richtig angewendet und schließlich auch wesentlicher Streitstoff nicht gewürdigt (Vorstoß gegen § 286 ZPO).

Bei richtiger Würdigung, so führt die Revision als Hauptbegründung im Ergebnis aus, ergebe das gesamte Verhalten der Parteien, wobei neben ihrem Schriftwechsel im August und September 1955 auch die Umstände außerhalb der Urkunden in Betracht zu ziehen seien, daß die frühzeitige Vornahme der Auflassung zur Rettung der Räumungsklagen im Interesse der Klägerin erfolgt und daß damit die Verpflichtung der Beklagten, vier Wochen danach entschuttet zu übergeben, -"für den Erklärungsdestinatär nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte offen zutage liegend"- ausgeschlossen worden sei. Mit der Entgegennahme der Auflassung habe die Klägerin eine Änderung des Vertrags in diesem Sinne angenommen. Wollte man aber das rechtsgeschäftliche Verhalten der Parteien nicht in diesem Sinne auslegen, so stelle die Verweigerung einer angemessenen Räumungs- und Entschuttungsfrist und die Geltendmachung eines Verzugschadens eine unzulässige Rechtsausübung der Klägerin dar, weil die Klägerin die Auflassung vorzeitig in ihrem ureigensten Interesse (Sicherung der Räumungsklagen und baldiger Baubeginn) entgegengenommen habe, obwohl die Beklagte den Zeitpunkt der Auflassung so weit hinauszuschieben berechtigt gewesen sei, daß innerhalb von vier Wochen nach Auflassung hätte vertragsgemäß übergeben werden können.

Diese Rügen sind nicht begründet.

Die Revision meint, die Auslegung des Berufungsgerichts (keine Abänderung des Vertrags) widerspreche schlechthin jeder Lebenserfahrung, wenn man bedenke, daß sich die Beklagte

am 30. September 1955 in Anbetracht der vier Räumungsprozesse sehenden Auges der Gefahr ausgesetzt habe, vertragsbrüchig und auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, wie das Berufungsgericht (S. 13 BU) selbst feststelle. Der Revision ist einzuräumen, daß das Verhalten der Beklagten in diesem Punkt nicht ohne weiteres erklärlich ist, insbesondere das Abschen von jeder ausdrücklichen Regelung, nachdem die Klägerin ihrerseits auf die Rechtslage aufmerksam gemacht hatte. Zu beachten ist jedoch, daß dem Liegenschaftsamt der Beklagten vor allem auch an der Zahlung des Kaufpreises lag (vgl. Schreiben vom 2. September 1955). Auch mag auf Seiten der Beklagten davon ausgegangen worden sein, daß mangels eines Baugesuchs bis zu diesem Zeitpunkt erfahrungsgemäß noch erhebliche Zeit vergehen mußte, bis die Klägerin mit dem Bau überhaupt beginnen konnte. Entscheidend ist jedoch nicht dieser von der Revision hervorgehobene Umstand, als vielmehr die Frage, ob die Klägerin aus dem gesamten Verhalten der Beklagten, insbesondere auch dem Verhalten auf ihren Hinweis im Brief vom 6. September 1955 (Hoffnung auf fristgemäße Erfüllung) nach Treu und Glauben entnehmen mußte, die Auflassung werde nur unter einer entsprechenden Verlängerung der Räumungs- und Entschüttungsfrist im Interesse der Beschleunigung der Räumungsprozesse vorgenommen. Das Berufungsgericht hat bei der Entscheidung dieser Frage nicht verkannt, daß die Auflassung auch im Interesse der Klägerin frühzeitig vorgenommen worden ist, es hat aber demgegenüber abgewogen, daß die Beklagte offensichtlich auch ein Interesse an der Zahlung des Kaufpreises hatte (Schreiben vom 2. September 1955), daß die Beklagte nicht auf den ausdrücklichen Hinweis der Klägerin im Schreiben vom 6. September 1955 eingegangen war und daß die Beklagte schließlich im Antwortschreiben vom 8. September 1955 sich zwar über ihre hauptsächlichen Beweggründe ausgelassen, sich aber jeder Ausführung über die rechtlichen Folgen einer Auflassung in diesem frühen Zeitpunkt enthalten hat. Im Hinblick auf diesen Hergang

ist gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin sei nicht verpflichtet gewesen, auf dieses Schreiben hin erneut auf die vertraglichen Folgen der Auflassung hinzuweisen, kein rechtliches Bedenken zu erheben.

Entgegen dem Vortrag der Revision hat die Beklagte im Schreiben vom 8. August 1955 auch nicht darauf hingewiesen, daß wegen der laufenden Räumungsklagen eine Verzögerung eintrete. In diesem Schreiben heißt der Schlußabsatz vielmehr: "Sie sehen hieraus, daß eine Verzögerung nur dadurch eintritt, weil die Genehmigung der Aufsichtsbehörde noch fehlt."

Aus dem Schlußabsatz des Schreibens vom 6. September 1955 kann man zwar mit der Revision entnehmen, daß die Klägerin - wohl in Anbetracht der Räumungsprozesse und ihrer Schwierigkeiten - nicht ohne weiteres mit der Auflassung gerechnet hatte; dieser Absatz bringt aber doch eindeutig zum Ausdruck, daß die Klägerin nach der Zahlungsaufforderung vom 2. September 1955 (mit Vermerk, daß sämtliche Voraussetzungen für die Auflassung vorlägen) mit einem Erfolg der Räumungsklagen in Kürze rechnete und daß die Klägerin hoffte, daß die Beklagte ihre Pflichten fristgemäß erfüllen könne. Der Vorwurf, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung des Verhaltens der Parteien Streitstoff außer acht gelassen, ist daher unbegründet. Ebenso ist nicht ersichtlich, daß der Tatrichter bei der Auslegung nicht die gesamten Umstände berücksichtigt hätte. Aus Rechtsgründen kann die Auslegung des Berufungsgerichts nicht mit Erfolg angegriffen werden. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist möglich; soweit die Revision die rechtliche Würdigung des Verhaltens der Vertragsparteien als "lebensfremd" bezeichnet, will sie den Verstoß gegen einen Satz der Lebenserfahrung geltend machen; ein solcher Verstoß liegt jedoch nicht vor. Im übrigen ist dazu zu bemerken, daß die Beklagte nie klar zum Ausdruck gebracht hat, sie erkläre die Auflassung allein wegen

der Schwierigkeiten der Räumungsprozesse im Interesse der Klägerin frühzeitiger, als sie es ohne diese Schwierigkeiten getan hätte; sie hätte dann auch nicht den Kaufpreis anfordern und nehmen dürfen. Die Zahlung des Kaufpreises einerseits und die Erklärung der Auflassung samt Übergabe des Grundstücks in bestimmtem Zustand nach vier Wochen andererseits standen nach dem Vertrag im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.

Aus diesem Grunde kann die Beklagte den Anspruch der Klägerin auch nicht mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) abwehren. Wenn sie die Auflassung nur im Interesse der Klägerin frühzeitiger erklärt hätte, als ihrem eigenen Interesse entsprach, so hätte sie nicht auch die Gegenleistung verfrüht einfordern dürfen, mit dieser Anforderung vielmehr solange warten müssen, als ihr dann binnen vier Wochen die Übergabe entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen möglich gewesen wäre. Tat sie dies nicht und gab sie auch keinen entsprechenden Hinweis, so kann sie das Beharren der Klägerin auf dem Vertrag nicht als unzulässige Rechtsausübung bezeichnen.

Die weiteren Rügen der Revision zur Auslegung des rechtsgeschäftlichen Verhaltens der Parteien sind ohne Erfolg, weil das Urteil nicht auf den hier angefochtenen Gründen beruht. Das Berufungsgericht führt nach Würdigung des Schriftwechsels aus (S. 13 BU), es sei dann aber nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Klägerin auf dieses vertragliche Recht, die Freimachung des Grundstücks binnen eines Monats nach der Auflassung zu verlangen, habe verzichten sollen; das Interesse an der Beschleunigung der Räumungsprozesse sei kein genügender Grund gewesen. Der Revision ist durchaus einzuräumen, daß die Klägerin ein großes wirtschaftliches Interesse an der baldigen Räumung und dem baldigen Baubeginn hatte, wie die Begründung

ihres Schadensersatzanspruchs ausweist. Das Berufungsgericht wollte jedoch nicht zu diesem wirtschaftlichen Interesse Stellung nehmen, vielmehr zum Ausdruck bringen, daß die Klägerin die Auflassung (mit vorausgegangener Kaufpreiszahlung) nicht als "vorzeitige" d.h. abgelöst von der alsbaldigen vertraglichen Räumung gefordert habe und dazu auch keinen Grund gehabt habe, offensichtlich weil sie diesem Nachweis gegenüber dem Mietrichter - ungeachtet der rechtlichen Beurteilung des Mietrichters und der Beklagten - keine entscheidende Bedeutung beimaß. Ob dieser Nachweis gefordert worden ist und ob er an sich erforderlich war, ist für die Auslegung des Verhaltens der Parteien unter dem Gesichtspunkt der Vertragsänderung und der unzulässigen Rechtsausübung nicht erheblich. Auf die Rüge, das Berufungsgericht habe in dieser Frage nicht den gesamten Vortrag (Aktenvermerk Dr. Bierig Bl. 279 GA; Berufungsbegründung Bl. 230 GA) und den Beweisantritt der Beklagten (Zeugnis Rechtsanwalt Dr. Bierig, Bl. 60, 125 GA verglichen mit den Akten des Amtsgerichts Düsseldorf 23 C 148/55 Bl. 80 und 19 C 198/55 Bl. 52) gewürdigt, ist daher nicht näher einzugehen.

Die Revision erweist sich sonach als unbegründet, soweit sie geltend macht, der erhobene Schadensersatzanspruch wegen Verzugs der Beklagten entfalle schon deshalb, weil der Kaufvertrag zu A 3 Abs. 6 abgeändert worden sei oder weil die Geltendmachung eines solchen Schadensersatzanspruches sich unter den gegebenen Umständen überhaupt als unzulässige Rechtsausübung darstelle. Der Anspruch der Klägerin auf Abschluß der Räumung, des Abbruchs und der Entschuttung bis zur Kellersohle ist sonach am 30. Oktober 1955 fällig geworden und dieser Anspruch ist im Schreiben vom 7. November 1955 angemahnt worden.

III.

1. Eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs setzt weiter voraus, daß der Klägerin infolge der Verspätung

der Räumung ein Schaden dadurch entstanden ist, daß sich die Ausschreibung und damit der verbindliche Bauvertrag, im Falle von Gleitklauseln die Ausführung selbst (Erhöhung der Baukosten) und die Fertigstellung des Neubaus (Entgang des Mietzinses) verzögert hat (Ursächlichkeit der Säumnis für Baukostenerhöhung und Mietzinsausfall) und daß der Beklagten der Beweis, sie treffe an der Säumnis kein Verschulden, nicht gelingt (§ 285 BGB). Steht die Ausgleichung des Schadens durch Vorteile, die ebenfalls im Gefolge der Säumnis entstanden sind, in Frage, so genügt die Feststellung, daß die Ausgleichung nicht zum völligen Ausschluß des Schadensersatzanspruches führt (vgl. RGZ 103, 401, 409).

2. Das Berufungsgericht führt dazu aus: Die Beklagte habe keine Umstände dargelegt, aus denen sich ergeben könnte, daß sie den Verzug nicht zu vertreten habe. Mit der Verpflichtung zur Freimachung habe sie die Haftung für die Folgen im Falle einer Verspätung übernommen. Notfalls habe sie versuchen müssen, die restlichen Mieter durch Abfindung zum Auszug zu bewegen.

Die Klägerin habe dagegen dargetan, daß die Verspätung bei der Räumung und Entschuttung den Bau um 182 Tage verzögert hätte und dadurch ein Ausfall des Mietzinses für diesen Zeitraum und eine Erhöhung der Baukosten verursacht worden sei. Bei rechtzeitiger Räumung (30. Oktober 1956) hätte nämlich mit dem Neubau am 16. November 1955 begonnen werden können, tatsächlich habe aber der Neubau nicht vor dem 18. Mai 1956 begonnen. Zwar habe die Bauunternehmerin gewisse Arbeiten schon vorher auf der Baustelle ausgeführt (Bauzaun, Baubuden, Probebohrungen, Rammung einer Spundwand, Unterfangen des Nachbargiebels); diese Arbeiten bedeuteten aber mangels gleichzeitiger Aushubung der Baugrube nicht den Baubeginn. Der Aushub sei während der erst am 17. Mai 1956 beendeten Enttrümmerung nicht möglich gewesen.

Im einzelnen stehe der Annahme, der Neubau hätte ohne Säumnis der Beklagten am 16. November 1955 begonnen werden können, nicht entgegen, daß die letzte Ausschreibung erst im März 1956 hinausgegangen sei; die Baubeschreibung habe nämlich schon Mitte Oktober 1955 vorgelegen. Es komme auch nicht auf den Maßstab der damals vorhandenen Bauzeichnungen an; die Tatsache, daß die Klägerin den Bauvertrag auf Grund der im Oktober 1955 vorhandenen Baubeschreibungen geschlossen habe, spreche mit genügender Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Neubau schon damals hätte begonnen werden .. können. Die Baucrlaubnis sei am 15. November 1955 erteilt worden; in Anbetracht der Aussagen des Zeugen F. [REDACTED] sei es unwesentlich, daß die statischen Berechnungen noch nicht geprüft gewesen seien, weil die Belastung der Fundamente bis Mitte November 1955 hätten geprüft werden können.

Auch die Frostperiode im Winter 1955/56 hätte die fristgemäße Fertigstellung des Baues nicht verzögert, weil das Bauunternehmen eine solche Verzögerung nach der Bekundung des Zeugen Sch. [REDACTED], der die Oberleitung des Bauvorhabens hatte, durch beschleunigte Fertigstellung wettgemacht hätte.

3. Gegen die Ausführungen über den Umfang der durch die Säumnis der Beklagten entstandenen Verzögerung des Baubeginns und deren Einfluß auf die Kosten des Bauwerkes und auf die Verzögerung seiner Fertigstellung wendet sich die Revision mit Recht. Zu vergleichen sind die Aufwendungen und Einkünfte der Klägerin bei zwei Abläufen, nämlich dem mutmaßlichen Ablauf für den Fall, daß am 30. Oktober 1956 geräumt gewesen wäre und dem tatsächlichen Ablauf. Da die Klägerin erhöhte Aufwendungen durch Baukostensteigerung und Mietzinsverlust geltend macht, stellen sich die beiden Fragen a) um welche Zeitspanne bei Räumung am 30. Oktober 1955 die Arbeiten für den erweiterten Rohbau hätten früher bindend vergeben werden

können (vgl. dazu § 1 Abs. 2 des zwischen der Klägerin und der Firma H [REDACTED] abgeschlossenen Bauvertrags) und ob bei dieser früheren Vergebung und der eventuellen früheren Vergebung der Ausbauarbeiten durch die Firma H [REDACTED] (vgl. § 2 des Bauvertrags) billigere Baupreise zu erzielen gewesen wären, die durch den Zinsgewinn infolge späteren Einsatzes des Baukapitals nicht aufgewogen worden wären, b) um welche Zeitspanne eine frühere Vermietung des fertigen Bauwerks möglich gewesen wäre.

Nach den Feststellungen des Tatrichters ist davon auszugehen, daß Mitte Oktober 1955 die Baubeschreibung und Zeichnungen - wie nach dem Vortrag der Beklagten (Bl. 330 GA) zu unterstellen ist, im Maßstab 1 : 100 - vorlagen und seit dem 29. Oktober 1955 auch die statischen Berechnungen. Auf das Baugesuch vom 18. Oktober 1955 ist am 15. November 1955 der Bauschein unterzeichnet worden. Das Berufungsgericht zieht auf Grund dieser Tatsachen und den Aussagen der Zeugen F [REDACTED] und Sch [REDACTED] den Schluß, der Bau wäre bei Grundstücksräumung zum 30. Oktober 1955 am 16. November 1955 begonnen worden. Die Rüge der Revision, der Tatrichter habe bei dieser Würdigung Prozeßstoff außer acht gelassen (§ 286 ZPO), ist begründet; verfehlt ist dagegen die Rüge aus § 551 Nr. 7 ZPO, da es nicht an der Begründung des erhobenen Anspruchs überhaupt fehlt.

Vorweg ist mit der Revision davon auszugehen, daß in der Klägerin entsprechend ihrem Schreiben vom 6. September 1955 überhaupt erst auf Grund der Kaufpreisanforderung, also erst Anfang September 1956 die Hoffnung geweckt wurde, daß trotz der Räumungsschwierigkeiten mit einer baldigen Auflassung gerechnet werden könnte. Dementsprechend hat die Klägerin das Baugesuch erst am 18. Oktober 1955 eingereicht und waren - wie im jetzigen Verfahrensstand zu unterstellen ist - in der zweiten Oktoberhälfte nur Bauzeichnungen im Maßstab 1 : 100,

die statischen Berechnungen erst Ende Oktober 1955 vorhanden. Bei der Prüfung, ob die Säumnis der Beklagten einen Schaden verursacht hat, darf für den hypothetischen Ablauf nach fristgerechter Räumung nicht zugunsten der Klägerin von den weiteren besonderen Maßnahmen ausgegangen werden, die die Beklagte allerdings tatsächlich, jedoch entgegen allgemeiner Verwaltungspraxis, ergriffen hat (beschleunigte Ausstellung eines Bauscheins und die besondere Bitte an den prüfenden Statiker, um baldige Prüfung, vgl. Schreiben der Beklagten vom 29. Oktober 1955 an den Zeugen F [REDACTED] und dessen Antwort vom 14. Januar 1956, Hülle Bl. 310). Vielmehr ist bei der Prüfung des durch die Säumnis der Beklagten verursachten Schadens von der unter den gegebenen Umständen gewöhnlichen Behandlung des Baugesuchs, der üblichen Prüfung der umfangreichen statischen Berechnungen und der der üblichen Verwaltungstätigkeit entsprechenden Baufreigabe nach Erfüllung der festgesetzten Auflagen auszugehen. Im Falle der Räumung des Grundstücks bis zum 30. Oktober 1955 wären nämlich nach bisherigem Sachvortrag auch die Gründe entfallen, die die Beklagte zu der außergewöhnlich schnellen Ausstellung des Bauscheins und der Anregung für baldigste Prüfung der statischen Berechnungen veranlaßt haben.

Weiter rügt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht bei der Feststellung der mutmaßlichen Vergebung und des mutmaßlichen Baubeginns weiteren Beweisantritt im Schriftsatz vom 19. September 1961 (Bl. 330 GA) übergangen hat. Die Beklagte hat mit Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, daß die vorhandenen Zeichnungen im Maßstab 1 : 100 weder für die Ausschreibung noch aber insbesondere für die Bauausführung eine geeignete Unterlage abgegeben hätten und daß die Herstellung aller notwendigen Ausführungszeichnungen (wenigstens im Maßstab 1 : 50) mehrere Monate, mindestens drei Monate erfordert hätte. Das Berufungsgericht konnte

mangels eigener Sachkenntnis dieses Beweisangebot nicht übergehen und sich auch nicht allein auf die allgemeinen Bemerkungen des Zeugen Sch[REDACTED] über diesen hypothetischen Geschehensablauf stützen. Der Hinweis, daß der Abschluß eines Bauvertrags auf Grund von Baubeschreibungen mit genügender Wahrscheinlichkeit dafür spreche, daß der Neubau bei rechtzeitiger Räumung entsprechend früher begonnen hätte, stellt keine hinreichende Begründung dar.

Nach den Aussagen des Zeugen Sch[REDACTED] hat die Klägerin die Vergebung nicht schon im Laufe des Spätherbastes und des Winters vorgenommen, sondern erst im Februar 1956. Die Ausführungen des Berufungsgerichts S. 16 unten und S. 17 oben BU beziehen sich auf die "letzten Ausschreibungen für den Bau" (vgl. Tatbestand S. 7 BU Mitte). Ob das Berufungsgericht dabei übersehen hat, daß auch die Ausschreibung für den erweiterten Rohbau erst am 23. Februar 1956 bei der Firma H[REDACTED] einging (Aussage des Zeugen Sch[REDACTED]) ist nicht eindeutig; jedenfalls hat es darüber keine Feststellungen getroffen. Mit dem Satz, nichts spreche dafür, daß die Ausschreibungen bei einer Baureife des Grundstücks schon zu Anfang November 1955 wesentlich früher beendet gewesen wären, soll wohl nur gesagt werden, daß aus dem Zeitpunkt der "letzten Ausschreibungen" im März 1956 nichts im Sinne der Beklagten entnommen werden könne. Wohl aber hat das Berufungsgericht einen weiteren rechtserheblichen Beweisantritt der Beklagten übersehen. Im Schriftsatz vom 19. September 1961 ist auf S. 5 (Bl. 331 GA) unter Beweis gestellt, daß die Herausgabe der Ausschreibungsunterlagen am 23. Februar 1956 durchaus normal anzusehen und eine frühere Herausgabe dieser Unterlagen gar nicht in Betracht gekommen wäre. Diese Behauptung ist durch Sachverständigengutachten ebenfalls unter Beweis gestellt.

Weiter beruht, wie die Revision darlegt, auch die auf Grund der Aussagen des Zeugen Sch[REDACTED] getroffene Feststellung,

die Baufirma hätte eine Verzögerung der Bauarbeiten wegen des Frostes innerhalb der vertraglichen Bauzeit durch beschleunigte Fertigstellung wettgemacht, auf einem Verfahrensverstöß (§ 286 ZPO). Nicht gewürdigt ist, daß der Zeuge bei seiner Aussage von der § 3 Abs. 2 Satz 2 des Bauvertrags vom 13. April 1956 widersprechenden und daher unzutreffenden Voraussetzung ausging, diese Verzögerung hätte das Bauunternehmen vertreten müssen. Überdies ist nicht beachtet, daß die Firma H [REDACTED] die vertragliche Bauzeit ohnehin um einen Monat überschritten (Fertigstellungstermin: 30. April 1957, Bl. 349, Fertigstellung: 1. Juni 1957, Bl. 291, Gebrauchsabnahme: 22. August 1957, Akten des Bauaufsichtsamts der Beklagten). Weiter ist - der Versuch einer Einholung des Zeitverlustes unterstellt - durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt (Bl. 32), daß die Einholung des Zeitverlustes unter den gegebenen Umständen unmöglich gewesen wäre. Da die Aussagen des Zeugen in diesem Punkt den allgemeinen Erfahrungen widersprechen, konnte das Gericht diese Frage nicht aus eigener Sachkunde entscheiden. Entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu diesem Punkt auch nicht nur allgemeine Behauptungen aufgestellt.

Mit Recht rügt die Revision schließlich die Ausführungen über den tatsächlichen Baubeginn. Da dieser Zeitpunkt allein für die Frage erheblich ist, in welcher Zeitspanne bei Räumung am 30. Oktober 1955 der Bau früher beendet worden wäre als er tatsächlich beendet worden ist, so ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht allein der Zeitpunkt der Aushebung der neuen Fundamente maßgebend, sondern auch alle notwendigen Vorarbeiten, wie die Errichtung eines Bauzauns, der Unterkunft für Arbeiter und Baubüro (ungeachtet, ob diese Maßnahme auch schon für die Enttrümmerung erforderlich war), Probebohrungen, Rammung der Spundwände und Maßnahmen

zur Sicherung des Nachbargiebels. Diese Arbeiten wären genau so erforderlich gewesen und hätten Zeit in Anspruch genommen, wenn der Neubau schon im Herbst begonnen worden wäre; es ist auch unwesentlich, ob gleichzeitig mit ihnen noch Aufräumungsarbeiten durchgeführt worden sind oder nicht. Dagegen hat die Klägerin (zwar behauptet, aber) nicht unter Beweis gestellt, daß sie diese Arbeiten auch schon vor dem 15. November 1956 etwa in Verbindung mit den seinerzeit fällig gewesenem Aufräumungsarbeiten hätte vorweg ausführen lassen können.

4. Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe den Nachteil der Baukostenerhöhung und des Mietzinsausfalls durch den Abschluß von Mietverträgen mit höheren Mieten als sie bei geringeren Baukosten hätte vereinbaren können, ausgeglichen, ermangelt nach Ansicht des Berufungsgerichts des Vortrags geeigneter Tatsachen, die einen solchen Schluß rechtfertigen könnten. Demgegenüber verweist die Revision auf die Ausführungen in der Berufungsbegründung (S. 38 Bl. 250 GA); dort ist ausgeführt und mit Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, daß sich Geschäftsräumlichkeiten nicht nur nach der Nachfrage, sondern auch nach den Baukosten gerichtet hätten; bestche aber ein solcher Erfahrungssatz, so könne auch im Falle der Klägerin angenommen werden, daß sie infolge der höheren Baukosten Verträge mit höheren Mietzinsen abgeschlossen habe, als sie es bei einem - unterstellten - geringeren Bauaufwand getan hätte. Dieser Vortrag enthält die Behauptung, die Klägerin habe die Mietzinsen auf Grund ihrer tatsächlichen Baukosten kalkuliert, also höhere Mietzinsen errechnet und auch vereinbart, als sie solche bei niedrigeren Baukosten berechnet und vereinbart hätte. Da sich die Klägerin darauf nicht

erklärt hat, hätte dieses Vorbringen der Beklagten jedenfalls nicht mit dem Hinweis auf eine mangelhafte Substantiierung zurückgewiesen werden dürfen. Ob das Ereignis, das die Baukostensteigerung verursacht hat, in adäquater Weise der Klägerin einen Vorteil (hier höhere Mietzinsen) erbracht hat und gegebenenfalls in welcher Höhe, ist notfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen gemäß § 287 ZPO zu ermitteln. Diese Frage könnte entgegen der Ansicht der Revisionsabwiderung nur dann dem Betragsverfahren überlassen bleiben, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit feststeht, daß ein entstandener Schaden durch diesen möglichen Vorteil nicht ausgeglichen wird.

IV.

Da im Hinblick auf die erfolgreichen Prozeßrügen noch keine hinreichende prozeßrechtlich fehlerfreie Feststellungen darüber getroffen sind, daß der Verzug der Beklagten mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden der Klägerin geführt hat, war das angefochtene Urteil über den Grund des

Anspruchs aufzuheben und zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Dr. Augustin	Schuster	Dr. Piepenbrock
Dr. Freitag	Offterdinger	