

Nicht für die Amtliche Sammlung!

2351 013

Gesetz: . ZPO § 100 Abs 4; BGB § 767 Abs 2

Rechtssatz: Werden Hauptschuldner und Bürge als Streitgenossen verurteilt, so sind sie trotz § 767 BGB nicht als Gesamtschuldner in die Kosten zu verurteilen.

Aktenzeichen: V ZR 74/54

Urteil des BGH vom 12. Juli 1955

OLG Düsseldorf

V ZR 74/54

Verkündet

am 12. Juli 1955

Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

I m N a m e n d e s V o l k e's
In dem Rechtsstreit

1. der G[redacted]gesellschaft mit beschränkter
Haftung in D[redacted], K[redacted]straße [redacted], vertreten durch
ihre Geschäftsführer Michael H[redacted], D[redacted], K[redacted]
straße [redacted] und Herbert F[redacted], O[redacted], A[redacted]
Straße [redacted],

2. des Kaufmanns Herbert F[redacted] wie vor,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

3. des Immobilienmaklers Michael H[redacted] wie vor,

bisherigen Mitbeklagten,

g e g e n

bisher:

die Witwe Gertrud O[redacted] geb. He[redacted] in K[redacted], S[redacted],
als Testamentsvollstreckerin für den Nachlaß der Witwe Marga-
rete He[redacted] geb. Ho[redacted],

bisherige Klägerin,

nunmehr:

a) Frau Gertrud Co[redacted] geb. C[redacted] in K[redacted], Am S[redacted],

b) den Dipl.Ing. Walter C[redacted] in D[redacted], G[redacted]
Allee [redacted],

c) Fritz C[redacted] in M[redacted] (Bayerischer Wald),

d) die Witwe Änne He[redacted] geb. D[redacted] in D[redacted]
I[redacted]allee [redacted],

e) Margarete He[redacted] in I[redacted], I[redacted]allee [redacted],

f) Hans Josef He[redacted] in D[redacted], O[redacted]
Straße [redacted],

als Erben bzw. Erbeserben nach der Witwe Margarete He[redacted],

nunmehrige Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

- 2 -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1955 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. v. Normann, Schuster, Dr. Oechsler, Dr. Großmann und Dr. Spieler

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 10. Februar 1954 insoweit aufgehoben, als der Klagepartei in ihm Zinsen für die Zeit vom 1. Mai 1951 bis 19. Dezember 1951 zugesprochen worden sind. Insoweit wird die Zahlungsklage abgewiesen.
2. Im übrigen wird die Revision auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.
3. Die Kostenentscheidung des Urteils des Oberlandesgerichts wird unter entsprechender Aufhebung gefaßt wie folgt:
Die Beklagten zu 1) und 2) haben zu tragen:
 - a) je 49/100 der Gerichtskosten des ersten Rechtszugs und der außergerichtlichen Kosten der Klägerin im ersten Rechtszug;
 - b) je zur Hälfte: die Gerichtskosten des zweiten Rechtszugs und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin im zweiten Rechtszug;
 - c) ihre eigenen außergerichtlichen Kosten in beiden Rechtszügen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die bisherige Klägerin Gertrud C., geb. He., war Testamentsvollstreckerin für den Nachlaß der am 3. November 1929 verstorbenen Witwe Margarete He. geb. Ho. Gertrud C. ist während des Revisionsverfahrens im Januar 1955 verstorben. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit darüber, daß die im Urteilskopf genannten Erben und Erbeserben nach Margarete He. nunmehr Klagepartei sind, da eine Ersatztestamentsvollstreckung nicht angeordnet worden ist. Im folgenden ist die bisherige Klägerin weiter als Klägerin bezeichnet, wobei gegebenenfalls auch die nunmehrigen Kläger von dem Ausdruck mitumfaßt sein sollen.

In ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin schloß die Klägerin mit dem Beklagten zu 3) als Bevollmächtigten der Beklagten zu 1) am 2. September 1948 vor Notar Dr. B. in D. einen Vertrag, durch den die Klägerin 7/10 Miteigentumsanteil an dem Grundstück D., S. Straße an die Beklagte zu 1) verkaufte, aufließ und die Eintragung der Beklagten zu 1) ins Grundbuch bewilligte. Als Gegenleistung übernahm die Beklagte zu 1) die auf dem Grundbesitz lastenden Hypotheken, die ihnen zugrunde liegenden Forderungen und die Hauszinssteuer-Abgeltungsforderungen mit den Zinsen vom 1. August 1948 an in voller Höhe. Sie verpflichtete sich ferner, 15 000 DM an die Klägerin zu zahlen und das zerstörte Haus S. Straße wieder aufzubauen.

Hinsichtlich der Wiederaufbauverpflichtung vereinbarten die Parteien im einzelnen folgendes:

"Als weitere Gegenleistung für die Übertragung des 7/10 Anteils am Kaufobjekt verpflichtet sich die Erwerberin, das Haus S. Straße, das bis zum Parterre zerstört ist, aufzubauen und zwar nach ihren eigenen Plänen,

die gemäß den baupolizeilichen Vorschriften und entsprechenden Anordnungen des Bauleitungsamtes oder sonstiger behördlicher Stellen auszuführen sind. Über die Entwürfe zum Wiederaufbau, die Art der Ausführung und die gesamte Durchführung entscheidet allein die Erwerberin. Jedoch sind den Verkäufern von Bauplänen Kopie zur Kenntnissnahme zu übersenden.

Die Käuferin ist verpflichtet, unverzüglich die Baupläne zu entwerfen, diese sofort einreichen zu lassen und alles Erforderliche zu veranlassen, um die Baugenehmigung sobald wie möglich zu erhalten. Nach Erhalt derselben ist unverzüglich mit den Bauarbeiten zu beginnen. Die Arbeiten sind so zu fördern, daß innerhalb 12 Monaten, vom Tag der Bauerlaubnis an, das Haus bezugsfertig hergestellt ist. Verzögert sich die Fertigstellung mehr als ein volles Vierteljahr, so ist an die Verkäufer eine Entschädigung von 30 % des nach der Fertigstellung des Hauses zu erwartenden Reinertrags, mindestens jedoch 600 DM zu zahlen, und zwar jeweils für jedes volle Vierteljahr, um das sich die Fertigstellung verzögert.

Wird die Baugenehmigung nur für einzelne Abschnitte des Baues erteilt, so gilt die Frist von 12 Monaten bezüglich der Fertigstellung für diesen genehmigten Bauabschnitt; entsprechend ist, falls sich die Fertigstellung des genehmigten Bauabschnittes mehr als 1 1/4 Jahre verzögert, die vorstehend festgesetzte Vergütung zu zahlen."

Die Parteien vereinbarten ferner, daß die Beklagte zu 1) allein zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Hausgrundstücks berechtigt sein sollte. Sie erteilten dem Beklagten zu 3) Auftrag und Vollmacht zur Verwaltung und zur Leitung der Wiederaufbauarbeiten des Hauses mit der Maßgabe, die gemeinschaftlichen Interessen der Miteigentümer zu wahren und vierteljährlich Rechnung zu legen. Über Streitigkeiten, die sich aus der Verwaltung ergeben könnten, sollte nach dem Inhalt des Vertrages ein von der Industrie- und Handelskammer zu benennender Sachverständiger entscheiden.

Die Beklagte zu 2) übernahm für die sich aus dem Vertrage ergebenden Verpflichtungen der Beklagten zu 1) die selbstschuldnerische Bürgschaft und unterwarf sich wegen der über-

nommenen Zahlungsverpflichtungen ebenso wie die Beklagte zu 1) der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde.

Mit Schreiben vom 21. Juli / 2. September 1948 wiesen die Klägerin und der Beklagte zu 2) den beurkundenden Notar gemeinsam an, den Vertrag erst dann dem Grundbuchamt zur Umschreibung einzureichen, wenn sie ihm dazu Auftrag erteilten. Zur Erteilung dieses Auftrages forderte die Beklagte zu 1) die Klägerin mit Schreiben vom 13. Dezember 1950 auf. Nach anfänglichem Sträuben erklärte sich die Klägerin in einem Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 19. Dezember 1951 mit der Umschreibung des 7/10 Anteils einverstanden. Die Klägerin wies den Notar in einem weiteren Schreiben vom 4. April 1952 noch einmal an, die Umschreibung herbeizuführen.

Die Beklagte zu 1) hat den bar zu entrichtenden Teil des Kaufpreises an die Klägerin gezahlt.

Am 30. Juli 1948 hat die Beklagte zu 1) die generelle Bauerlaubnis zum Wiederaufbau des Hauses beantragt, die bald darauf erteilt wurde. Am 7. Oktober 1948 teilte der Beklagte zu 3) der Klägerin schriftlich mit, die Entschuttungsarbeiten auf dem Grundstück seien beendet und es sei mit den Unterkellerungsarbeiten begonnen worden, der Architekt hoffe, die endgültige Baugenehmigung in etwa 4 - 5 Wochen zu erhalten. Am 10. Dezember 1948 reichte der Architekt J. [REDACTED] im Auftrage der Beklagten zu 1) das offizielle Baugesuch ein. Am 29. Dezember 1948 beantragte er die Erteilung eines Baudispenses, der am 21. Januar 1949 gewährt wurde. Die statischen Berechnungen des Bauvorhabens wurden im Februar 1949 dem Bauordnungsamt übersandt. Die Bearbei-

tung dieser Unterlagen und des Baugesuches wurden aber auf Veranlassung des Architekten im Auftrag der Beklagten zu 1) bis zum Frühjahr 1950 zurückgestellt, so daß die Baugenehmigung erst am 28. Juni 1950 erteilt wurde. Mit Schreiben vom 8. April 1949 stellte die Beklagte zu 1) die Erteilung der Baugenehmigung für Mai / Juni 1949 in Aussicht. Die Klägerin teilte der Beklagten zu 1) am 24. August 1949 mit, sie habe von dem Sachbearbeiter des Bauordnungsamtes erfahren, die Baugenehmigung sei deshalb noch nicht erteilt worden, weil sie, die Beklagte zu 1), die Gebühren hierfür nicht bezahlt habe. Die Klägerin verwies dabei auch auf die vertraglichen Vereinbarungen und verlangte für den Fall der weiteren Verzögerung der Wiederaufbauarbeiten die vorgesehene Entschädigung für den Einnahmeausfall. Darauf erwiderte die Beklagte zu 1) mit ihren Schreiben vom 8. Oktober und 17. November 1949, die Höhe der an die Klägerin zu zahlende Entschädigung liege durch den Vertrag fest; man brauche sich nur über den Zeitpunkt zu einigen, von dem an die Entschädigung zu zahlen sei. Im Schreiben vom 8. Oktober 1949 erwähnte die Beklagte zu 1) der Wiederaufbau habe sich verzögert, u.a. auch deswegen, weil bei der Planung sich Änderungen ergeben hätten, die zum Teil auf persönliche Wünsche des Beklagten zu 2) zurückzuführen seien.

Im Mai 1950 schloß die Beklagte zu 1) einen Mietvertrag mit der Firma M. & S. über die Keller- und Erdgeschoßräume und die I. Etage des zu errichtenden Gebäudes ab und begann mit den Aufbauarbeiten. Am 2. September 1950 überreichte sie der Klägerin eine Rentabilitätsberechnung, nach der ein voraussichtlicher Reinertrag von 19 653 DM jährlich aus dem gesamten Hause erzielt werden sollte. Am 1. Oktober 1950 war das Gebäude, soweit es an die vorgenannte Mieterin vermietet war, nämlich Kellergeschoß, Erdgeschoß und

I. Obergeschoß, fertiggestellt. Der weitere Aufbau des nach den Plänen des Architekten J. [REDACTED] fünfstöckig zu errichtenden Hauses ist bisher unterblieben. Eine Aufstellung über die Kosten des bisherigen Wiederaufbaues und eine Zusammenstellung der Verwaltungskosten erhielt die Klägerin am 22. Mai bzw. 7. August 1951. Am 15. September 1950 hat die Beklagte zu 1) einen Betrag von 1 500 DM an die Klägerin gezahlt. Am 8. November 1951 hat der Beklagte zu 3) die Verwaltung des Grundbesitzes niedergelegt; seitdem verwaltet der Beklagte zu 2) den Grundbesitz.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagten hätten ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt. Der Beklagte zu 3) habe weder ordnungsgemäß und regelmäßig Auskunft über den Stand der Aufbauarbeiten erteilt, noch sei ihr Rechnung gelegt worden. Bis auf die am 15. September 1950 gezahlten 1 500 DM habe sie die ihr zustehende Entschädigung für die Verzögerung des Wiederaufbaues nicht erhalten. Sie hat ferner behauptet, die Beklagten hätten den Wiederaufbau des Hauses schuldhaft verzögert. Die Baugenehmigung sei deshalb erst 1950 erteilt worden, weil die Beklagte zu 1) angegeben habe, die Gebühren hierfür nicht zahlen zu können. Bei rechtzeitiger Zahlung der Gebühren wäre die Genehmigung spätestens im Februar / März 1949 erteilt worden, so daß der Wiederaufbau bis Ende 1949 hätte erfolgen können. Die Beklagte zu 1) habe in ihrem Schreiben vom 8. Oktober 1949 zugegeben, daß sie den Wiederaufbau durch ihre persönlichen Wünsche verzögert habe. Aber selbst wenn die Beklagten kein Verschulden an der Verzögerung träfe, könnte das, so hat die Klägerin ausgeführt, nicht zu ihren, der Klägerin Lasten gehen, weil die Beklagte zu 1) die Garantie für die rechtzeitige Fertigstellung des Hauses übernommen habe. Die Beklagte zu 1) habe dies auch in ihren Schreiben vom 8. Oktober

und 17. November 1950 anerkannt, in denen sie die Zahlung der vertraglich vorgesehenen Mindestentschädigung angeboten habe. Diese Entschädigung habe sie - die Klägerin - aber abgelehnt, weil sie nach den Bestimmungen des Vertrags eine höhere Entschädigung verlangen könne. Bei rechtzeitigem Wiederaufbau des Hauses hätte sie nämlich seit dem 1. Januar 1950 30 % des erzielten Reingewinns erhalten. Dieser sei auf 25 000 DM jährlich zu bemessen. Sie habe demnach für 1950 ein Betrag von DM 7 500 und einschließlich April 1951 weitere 2 500 DM abzüglich der gezahlten 1 500 DM, von da an aber 625 DM monatlich zu fordern.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu 3) zur Auskunft und Rechnungslegung unter Eidesleistung,
2. die Beklagten zu 1) und 2) zur Zahlung von 8 500 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 1. Mai 1951, ferner vom 30. Mai an bis zur Vollendung des Wiederaufbaues zur Entrichtung von monatlich 625 DM nebst 9 % Zinsen seit Fälligkeit, sowie
3. zum Aufbau des Hauses nach den Plänen des Architekten J. [REDACTED] zu verurteilen.

Die Beklagten zu 1) und 2) haben den Klageantrag zu 3) anerkannt, im übrigen Klagabweisung beantragt.

Sie haben ausgeführt, eine Garantie für die Fertigstellung des Hauses binnen Jahresfrist sei im Kaufvertrag nicht enthalten. Der Sinn der entsprechenden Klausel sei nur gewesen, die Klägerin vor schuldhafter Verzögerung des Wiederaufbaues durch die Beklagten zu schützen. Schuldhafte Verzögerung läge aber nicht vor. Der Wiederaufbau sei zunächst dadurch verzögert worden, daß die ursprünglich für das Lade

lokal vorgesehene Mieterin im April 1949 vom Vertrag zurückgetreten sei und daß erst im Frühjahr 1950 eine neue Mieterin gefunden worden sei. Der vollständige Wiederaufbau sei dann unterblieben, weil die Klägerin sich geweigert habe, ihre Zustimmung zur Umschreibung des 7/10 Grundstücksanteils auf die Beklagte zu 1) zu erteilen. Dadurch sei es der Beklagten zu 1) unmöglich geworden, die für die Fertigstellung des Gebäudes benötigten Darlehen hypothekarisch zu sichern. Durch dieses vertragswidrige Verhalten habe die Beklagte zu 1) einen Schaden in Höhe von 70 % der Einnahmen aus den noch aufzubauenden Stockwerken des Hauses erlitten; mit dieser Schadensersatzforderung rechne sie gegen einen etwaigen Anspruch der Klägerin auf.

Zur Höhe des Zahlungsanspruchs haben die Beklagten zu 1) und 2) vorgetragen, das als zu Ende gebaut, vorgestellte Gebäude werfe den von der Klägerin errechneten Reibetrag von 25 000 DM nicht ab, da die Zinsen für das Fremdkapital und eine angemessene Verzinsung des aufgewendeten Eigenkapitals der Beklagten zu 1) abgesetzt werden müßten. Diese Frage falle überdies unter die Schiedsgutachterklausel.

Das Landgericht hat den Beklagten zu 3) zur Rechnungslegung und Auskunft im bestimmten Umfang verurteilt. Die Beklagten zu 1) und 2) hat es verurteilt, bis zum vollständigen Wiederaufbau des Hauses als Gesamtschuldner eine mit 4 % zu verzinsende monatliche Rente an die Klägerin zu zahlen, und zwar ab 1. Mai 1953 DM 194,40 und ab 1. Juni 1953 in Höhe von 589,20 DM, und das Haus fünfstöckig nach den genehmigten Plänen des Architekten J. [REDACTED] wieder aufzubauen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Gerichtskosten hat es der Klägerin zu 37/50, den Beklagten zu 1) und

2) zu 12/50 und dem Beklagten zu 3) zu 1/50 auferlegt. Es hat ferner festgelegt, daß die Klägerin 38/50 der außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 2) und 37/50 ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten zu tragen habe. Den Beklagten zu 1) und 2) hat es 12/50 der eigenen und 12/50 der außergerichtlichen Kosten, der Klägerin und dem Beklagten zu 3) hat es 1/50 der außergerichtlichen Kosten der Klägerin auferlegt.

Die Klägerin hat mit Berufung die abgewiesenen Zahlungsansprüche gegen die Beklagten zu 1) und 2) abzüglich eines am 5. Januar 1954 gezahlten Betrages von 3 353,40 DM und eines am 17. Januar 1954 gezahlten Betrages von 934,94 DM weiter verfolgt. Die Beklagten zu 1) und 2) haben Berufung eingelegt, insoweit sie zur Zahlung verurteilt worden sind, nicht aber hinsichtlich der Wiederaufbauverpflichtung.

Der Beklagte zu 3) hat keine Berufung eingelegt.

Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten der Berufung der Klägerin stattgegeben, dabei jedoch die gesamtschuldnerische Haftung zur Hauptsache beseitigt und den Beklagten zu 2) nur als selbstschuldnerischen Bürgen verurteilt, die Klägerin durch Zahlung der Beträge zu befriedigen, zu deren Bezahlung die Beklagte zu 1) verurteilt worden ist. Die Kostenentscheidung hat das Berufungsgericht dahin geändert, daß die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner zu tragen hatten

- a) 49/50 der Gerichtskosten des ersten Rechtszuges,
- b) die Gerichtskosten des zweiten Rechtszuges,
- c) 49/50 der außergerichtlichen Kosten der Klägerin im ersten Rechtszug,
- d) die der Klägerin im zweiten Rechtszug entstandenen außergerichtlichen Kosten,

- e) die den Beklagten zu 1) und 2) in beiden Rechtszügen entstandenen außergerichtlichen Kosten."

Mit der Revision erstreben die Beklagten zu 1) und 2) die Abweisung der Zahlungsklage in vollem Umfang. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat die zusätzlichen Vereinbarungen der Parteien zu der Wiederaufbauverpflichtung der Beklagten zu 1) dahin ausgelegt, daß die Beklagte zu 1) für die unverzügliche Erwirkung der Baugenehmigung und für die Fertigstellung des fünfstöckigen Gebäudes innerhalb von 12 Monaten nach der Baugenehmigung einzustehen habe. Das Landgericht hatte die Verpflichtung, unverzüglich alles Erforderliche zur Erlangung der Baugenehmigung zu tun, und die Verpflichtung der Beklagten zu 1), den Bau binnen 12 Monaten fertigzustellen, unterschieden. Nur für die Fertigstellungsverpflichtung hatte es eine Garantie der Beklagten zu 1) bejaht, Ansprüche der Klägerin aus der Verpflichtung der Beklagten zu 1), die Baugenehmigung herbeizuführen, aber nur für den Fall des Verzuges für gegeben erachtet. Das Berufungsgericht lehnt diese Teilung ab. Die Zusammengehörigkeit der vom Landgericht unterschiedlich beurteilten Verpflichtungen ergebe sich schon aus der Zusammenfassung in einem selbständigen Absatz des Kaufvertrages. Auch die Parteien seien von einheitlicher Beurteilung ausgegangen. Dafür, daß die Parteien zur Sicherung eines erstrebten einheitlichen Erfolges verschiedene Haftungsmaßstäbe hätten begründen wollen, fehle jeder Anhalt. Der Wortlaut der Vereinbarung sei nicht ohne weiteres klar, er bedürfe der Auslegung. Dabei sei davon auszugehen, daß jeder seine Erklärung so gegen sich gelten las-

sen müsse, wie sie der Vertragsgegner nach Treu und Glauben auffassen müsse. Aus der Interessenlage der Parteien bei Abschluß des Vertrages ergebe sich, daß es der Klägerin daran angekommen sei, möglichst bald in den Genuß des entsprechenden Anteils am Reinertrag des wiederaufgebauten Geschäftsgebäudes zu gelangen. Würde die fragliche Klausel die Beklagte zu 1) nur bei schuldhafter Verzögerung zu einer Entschädigung verpflichten, so würde, meint das Oberlandesgericht, in der Klausel nur die Verzugsfolge aus § 326 BGB niedergelegt sein, wozu keine Veranlassung bestanden habe. Die Klägerin habe vielmehr davon ausgehen können, daß sie auf Grund der sofort getroffenen Vereinbarungen ohne Rücksicht auf ein Verschulden der Beklagten zu 1) nach Eintritt der festgelegten Voraussetzungen in den Genuß des Reinertrages kommen werde. Die Behauptung der Beklagten zu 1), schon die Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung ergebe, daß sie keinen Anlaß gehabt habe, eine solche Garantie zu übernehmen, greife deswegen nicht durch, weil dem Vortrag der Beklagten zu 1) zu entnehmen sei, daß sie bei Vertragsschluß davon ausgegangen sei, das Grundstück unverzüglich wieder aufbauen zu können. Die in dieser Hinsicht nach der Darstellung der Beklagten zu 1) später eingetretenen (hemmenden) Umstände seien ohne Belang, weil der Garantieübernehmer im Zweifel die Gefahr des ganzen Unternehmens zu tragen habe (Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht 14. Bearb S 783 Nr 5 und 7).

2. Da es sich um einen Einzelvertrag handelt, ist die Auslegung des Tatrichters in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Für ein Eingreifen des Revisionsgerichts ist im wesentlichen nur dann Raum, wenn entweder gegen gesetzliche Auslegungsregeln verstoßen ist oder wenn die Auslegung des Tatrichters mit dem klaren Sinn und Wortlaut des Vertrages in Widerspruch steht oder endlich wesent-

licher Tatsachenstoff nicht berücksichtigt ist (RGZ 131, 343 /3507; BGH 11. X. 1951 - IV ZR 17/50 -; 18.II. 1954 - IV ZR 195/53). Verstöße dieser Art liegen aber nicht vor.

Daß eine Garantie nur ausdrücklich übernommen werden könnte, wie die Revision meint, weil sie eine Ausnahme sei, ist nicht richtig. Eine derartige gesetzliche Vorschrift oder ein entsprechender Erfahrungssatz bestehe nicht, so daß es beim allgemeinen Grundsatz bleibt, nach dem der Sinn einer Willenserklärung auch durch Auslegung festgestellt werden kann (§ 133 BGB). Es trifft auch nicht zu, daß das Berufungsgericht zwar - richtig - für die Auslegung die Interessenlage der Parteien als bedeutungsvoll erachtet, aber in Wahrheit nur das Interesse der Klägerin berücksichtigt, wie die Revision behauptet. Daß die Beklagte zu 1) durch eine Garantie eine verschärfte Haftung übernahm, hat der Berufungsrichter nicht verkannt. Er hat aber berücksichtigt, daß die Beklagte zu 1) deswegen keinen durchschlagenden Grund hatte, eine dem Interesse der Klägerin Rechnung tragende Garantie abzulehnen, weil die Beklagte zu 1) nach der Feststellung des Berufungsrichters glaubte, dadurch kein nennenswertes Risiko einzugehen. Wenn wider Erwarten doch Schwierigkeiten sich ergaben, etwa durch Abspringen eines vorgesehenen Mieters -, so war das kein Wegfall der Geschäftsgrundlage, das die Beklagte zu 1) gegen die Klagansprüche verwerten könnte; denn es gehört gerade zum Wesen eines derartigen Garantiegeschäftes, daß die Gefahr einer ungünstigen Entwicklung der Umstände vom Garantieleistenden zu tragen ist. Zuzugeben ist der Revision, daß die Auffassung des Berufungsgerichts, die nach der umstrittenen Klausel bestehende Zahlungsverpflichtung würde bei der Auslegung der Beklagten zu 1) nur dem entsprechen, was bei schuldhafter Verzögerung durch die Beklagte zu 1) nach § 326 BGB der Klägerin an Entschädigung ohnedies zustünde, insofern nicht zwingend ist, als die

Klausel auch den Zweck haben konnte, die Rechte der Klägerin aus § 326 BGB, insbesondere den Rücktritt vom Geschäft auszu-schließen oder auch den Schaden auf den unmittelbaren Einnah-meverlust zu begrenzen. Aber nach dieser letzteren Richtung war von den Parteien, die es an näheren Darlegungen über das Zustandekommen der strittigen Bestimmung überhaupt haben fe-len lassen, nichts vorgetragen. Angesichts des offenbaren und unstreitigen Interesses der Klägerin, für die zum Teil bedürftigen Erben baldige Zahlungen zu erwirken, konnte das Berufungsgericht dem Gedanken, daß der Klägerin Geldleistun-gen schon durch das Gesetz bei schuldhafter Verzögerung zu-standen, demnach eine darüber hinausgehende Sicherung solcher Zahlungen der Zweck der Klausel gewesen sein müsse, nämlich die Haftung der Beklagten zu 1) auch für Zufall, ohne Rechts-verstoß verwerten. Für die Vereinbarung einer solchen Garan-tie konnte auch die oft schwierige Beweisführung für ein Ver-schulden bei der Erstellung eines Baues maßgebend sein. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist in diesem Rechtszug auch nicht mit dem Hinweis der Revision zu Fall zu bringen, daß in der Urkunde die Verpflichtung der Beklagten zu 1) nieder-gelegt ist, unverzüglich die Baupläne zu entwerfen und nach Baugenehmigung unverzüglich mit den Bauarbeiten zu beginnen, unverzüglich aber nach § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern be-deutet. Diese Wendung könnte dafür sprechen, daß, wie die Be-klagte zu 1) meint, die Klausel nur den Schutz gegen eine schuldhafte Verzögerung der Erfüllung der Aufbauverpflichtung der Beklagten zu 1) bieten sollte. Aber daß die zweimalige Verwendung des Ausdrucks "unverzüglich" die Auslegung des Berufungsgerichts unmöglich machen würde, läßt sich nicht sagen. Haftete nämlich die Beklagte zu 1) kraft Garantie auch für zufällige Hindernisse, dann erst recht für schuld-hafte Verzögerung. Ein zwingender Umkehrschluß, mit dem Aus-druck "unverzüglich" habe die Haftung auf schuldhaftes Ver-

halten beschränkt werden sollen, läßt sich daher nicht ziehen. Unter mehreren ohne Rechtsverstoß möglichen Auslegungen hat der Tatrichter nach seinem Ermessen in nicht nachprüfbarer, das Revisionsgericht bindender Weise zu wählen. Inwiefern die vom Berufungsgericht nicht berührte Bestimmung des Vertrages, die sich mit der Möglichkeit einer Baugenehmigung nur für einzelne Bauabschnitte befaßt, für die Auslegung im Sinn der Beklagten von Bedeutung gewesen sein sollte, ist nicht ersichtlich.

II.

1. a) Auf Grund der Garantieerklärung sei die Beklagte zu 1), erwägt das Berufungsgericht weiter, verpflichtet, die Klägerin so zu stellen, als sei nach unverzüglicher Erwirkung der Baugenehmigung und nach dem weiteren Ablauf von 12 Monaten das fünfstöckige Gebäude fertiggestellt worden. Ohne die von der Beklagten zu 1) veranlaßte Zurückstellung der behördlichen Bearbeitung des Baugesuches wäre nach der Überzeugung des Berufungsgerichts die Baugenehmigung schon im März 1949 erteilt worden, so daß die Zwölfmonatsfrist am 1. April 1949 zu laufen begonnen habe und die Beklagte zu 1) nach Ablauf eines weiteren Vierteljahres, also vom 1. Juli 1950 an zur Zahlung der Entschädigung von 30 % des Reinertrags verpflichtet gewesen sei. Soweit dann am 1. Oktober 1950 ein Teil des Gebäudes fertiggestellt gewesen sei, sei zwar die Gewährleistungspflicht der Beklagten zu 1) erloschen gewesen, aber an deren Stelle ihre Verpflichtung getreten, auf Grund des Gemeinschaftsverhältnisses den Anteil der Klägerin an den Einnahmen aus dem errichteten Teil zu bezahlen. Hierdurch werde zwar der Schuldgrund, aber nicht die Höhe des von der Klägerin zu beanspruchenden Betrages geändert, da für beide Fälle von dem Reinertrag des vollständig aufgebauten Hauses auszugehen sei.

b) Die Gewährleistungspflicht aus der Garantie sei auch nicht so lange unterbrochen gewesen, als sich die Klägerin geweigert habe, der Umschreibung des 7/10 Anteils auf die Beklagte zu 1) zuzustimmen. Zwar sei nach allgemeinen Grundsätzen die Haftung des Garantieübernehmers ausgeschlossen, wenn der Versprechensempfänger den Schaden durch eigene Verschulden verursacht habe. Die Klägerin habe aber ein solches Verschulden nicht nachgewiesen. Wenn die Beklagten behaupten, durch die unterbliebene Umschreibung sei ihnen die Möglichkeit zur Aufnahme von Kapital genommen worden, so müßten sie sich entgegenhalten lassen, daß ihr Prozeßbevollmächtigter erster Instanz in einem Schreiben vom 20. November 1951 an den Vertreter der Klägerin eine Geldbeschaffung durch Belastung des 7/10 Anteils als praktisch unmöglich bezeichnet habe. Daß es der Beklagten zu 1) ausnahmsweise doch möglich gewesen sei, durch Belastung ihres Anteils Kapital zum Aufbau zu erhalten, hätten die Beklagten weder behauptet noch unter Beweis gestellt. Die Beklagte zu 1) habe den Wunsch auf Erteilung der Zustimmung zur Umschreibung zu dem erstmals am 15. (richtig: 13.) Dezember 1950 geäußert, habe demnach vor dem keinen Wert auf die Umschreibung gelegt. Die Umschreibung sei deshalb nicht von so großer Bedeutung für die Beklagte zu 1) gewesen, daß sie davon den weiteren Aufbau des Hauses hätte abhängig machen können, zumal die Klägerin an die notariell erklärte Auflassung ja gebunden gewesen sei. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob die Klägerin nicht zur Zurückhaltung ihrer Zustimmungserklärung berechtigt gewesen sei.

2. Die Revision erhebt auch gegen diese Ausführung des Berufungsgerichts rechtliche Bedenken, aber größtenteils ohne Erfolg.

Wenn nach der Auslegung des Berufungsgerichts die Beklagte zu 1) sich verpflichtet hatte, ohne Rücksicht auf Verschulden dafür einzustehen, daß sie einen bestimmten Erfolg, den Wiederaufbau herbeiführen wollte, und für den Fall der Fristversäumung auch ohne Verschulden Entschädigung zu leisten versprach, so war dies eine ihrer Leistungen aus dem gegenseitigen Vertrage. Der Rechte aus der Natur des Vertrages als eines gegenseitigen begab sich die Beklagte zu 1) durch die Garantieübernahme nicht; sie versprach zwar ohne Rücksicht auf etwa eintretende von ihrem Willen unabhängige Hindernisse den Erfolg herbeizuführen oder doch für seine Herbeiführung einzustehen, es ist aber im Vertrag nicht ausgesprochen, daß eine Partei vorzuleisten gehabt hätte (auch nicht die Klägerin, wie die Revision meint). Die Revision zieht daraus den zunächst gerechtfertigten Schluß, die Beklagte zu 1) habe ihre Leistungen verweigern können, solange die Klägerin nicht das ihre zur Erfüllung der Übereignungspflicht tat (§ 320 BGB). Nun haben jedoch unbestrittenermaßen die Klägerin und der Beklagte zu 2), der Geschäftsführer der Beklagten zu 1), den Notar gemeinsam angewiesen, den Vertrag erst dann zum Grundbuchamt einzureichen, wenn sie beide ihm dazu Auftrag erteilten. Unterm 8. April 1949 stellte weiter die Beklagte zu 1) den Baubeginn für Mai/Juni 1949 in Aussicht, im Schreiben vom 8. Oktober und vom 17. November 1949 legte sie teils die Gründe für die Verzögerung dar, teils erörterte sie die dem Zeitpunkt nach, wie sie meinte, noch festzulegende Entschädigung der Klägerin in Höhe des Vierteljahresbetrags von 600 DM. Erst am 13. Dezember 1950, nachdem die Beklagte zu 1) bereits einen Teil des Hauses wieder aufgebaut hatte, forderte sie die Klägerin zur Erteilung der Anweisung an den Notar auf. Ob sie bereits vorher das mündlich verlangt hat, wie die Revision behauptet, ist in die-

sem Rechtszug nicht mehr zu erörtern; denn die Beklagten haben der Behauptung der Klägerin, die Aufforderung vom 13. Dezember 1950 sei die erste gewesen, keine positive Behauptung entgegengesetzt. In der Revisionsinstanz können sie aber mit einer neuen Tatsachenbehauptung nicht mehr gehört werden. Bei dieser Sachlage würde sich die Beklagte zu 1) in unzulässiger Weise mit ihrem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn sie geltend machen wollte, sie sei vor der Aufforderung vom 13. Dezember 1950 ihrer Verpflichtung zur Herbeiführung der Baugenehmigung und zur Erstellung des Hauses deswegen nicht nachgekommen, weil die Klägerin die Umschreibungsbevollichtigung nicht an das Grundbuchamt habe weitergehen lassen. Das gilt umso mehr, als die Beklagte zu 1) vorträgt, sie selbst habe den Zeitpunkt der Umschreibung des Eigentums im Grundbuch bestimmen wollen (Schriftsatz vom 17. Mai 1951 S 7). Daß sich die Möglichkeit, die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu erheben, den Schuldnerverzug ausschließt (Palandt BGB 14. Aufl § 320 Anm 3 a), ist ohne Bedeutung, weil die Ansprüche der Klägerin auf Garantie und nicht auf Verzug beruhen. Es bleibt also dabei, daß ohne das wegen der Garantie von ihr zu vertretende Verhalten der Beklagten zu 1) die Baugenehmigung im März 1949 erteilt worden wäre und die Entschädigung daher vom 1. Juli 1950 an zu zahlen war.

Fraglich kann nur sein, ob die Beklagte zu 1) auch für die Zeit von der Aufforderung vom 13. Dezember 1950 bis zur Bewilligung der Umschreibung den Monatsbetrag zu leisten hat. Als Erbringung der Leistung durch die Klägerin ist dabei bereits die Erklärung im Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 19. Dezember 1951 zu werten, da sie zwar keine Anweisung an den Notar unmittelbar enthielt, die Beklagte zu 1), die sich die Bestimmung des Umschreibungszeitpunkts vorbehalten hatte, aber in der Lage war, mit dieser

Erklärung und ihrer eigenen die Rechtsänderung herbeizuführen und sonstige Hindernisse für den Eigentumsübergang nicht geltend gemacht sind. Auch für die hiernach in Betracht kommende Zeit vom 13. September 1950 bis 19. November 1951 ist die Zahlungspflicht der Beklagten zu 1) zu bejahen; denn, wie oben ausgeführt, muß die Beklagte zu 1) gegen sich gelten lassen, daß das Haus spätestens am 1. Juli 1950 voll wieder aufgebaut hätte sein können. Die noch fehlende Übereignung des 7/10 Anteils berechnete demzufolge zwar die Beklagte zu 1), den auf die Klägerin treffenden Teil zurückzubehalten, wenn sie nicht Zug um Zug die Bewilligung erhielt, setzte sie aber ebensowenig in stande, die Zahlung überhaupt abzulehnen, als etwa ein Käufer von der Kaufpreiszahlung endgültig dadurch befreit wäre, daß der Verkäufer seine Übereignungspflicht nicht sogleich, sondern erst nach einiger Zeit erfüllt hat. Solange die Beklagte zu 1) den Monatsbetrag zurückbehalten durfte, waren Zinsen nicht geschuldet. In diesem Umfang war das Berufungsurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Wenn das Berufungsgericht allerdings der Weigerung der Klägerin, den 7/10 Anteil zu übereignen, schon deswegen eine Einwirkung auf die Gewährleistungspflicht abspricht, weil die Beklagten der Klägerin insoweit kein Verschulden nachgewiesen hätten, so kann dem nicht zugestimmt werden, weil verkannt ist, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch dann gegeben ist, wenn die (nicht unmöglich gewordene) Leistung des Vertragsgegners ausbleibt ohne Rücksicht darauf, ob das Ausbleiben in einem Verschulden des Vertragsgegners seinen Grund hat.

Die Frage, ob das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Beklagten zu 1) mit Recht verneint und die Aufrechnung gegen die Zahlungsansprüche der Klägerin ohne

Rechtsverstoß nicht hat durchgreifen lassen, ist weiter unten noch gesondert zu erörtern.

III.

1. Was die Errechnung des Reinertrags des als vollständig wiederaufgebaut vorgestellten Gebäudes anlangt, genauer gesagt die Entscheidung darüber, ob die Zinsen des von der Beklagten zu 1) hierfür aufgewendeten Fremdkapitals oder Eigenkapitals von den Einnahmen aus dem Hause abzusetzen sind oder von der Beklagten zu 1) allein getragen werden müssen, so glaubt die Revision, daß das Berufungsgericht seiner Entscheidung ein Schiedsgutachten hätte zugrunde legen müssen, weil es sich um eine aus der Verwaltung des Hauses fließenden Streitigkeit handle über die nach dem Vertrag ein von der Industrie- und Handelskammer zu benennender Sachverständiger zu befinden habe. Die Vorinstanzen haben hierzu jedoch ohne Rechtsverstoß ausgeführt, daß sich in diesen Punkten um die Vertragsauslegung und die Anwendung gesetzlicher Bestimmungen (über die Gemeinschaft) handle, nicht aber um eine Frage der Verwaltung des Grundbesitzes. Inwiefern diese Auslegung des Kaufvertrags den § 133 BGB verletzen soll, ist nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hätte noch darauf hinweisen können, daß die für Verwaltungshandlungen im Vertrage aufgezählten Beispiele "Mietverträge abzuschließen, zu ändern, zu kündigen, Mieten einzuziehen, alle Rechtsgeschäfte, die sich auf Instandhaltung - namentlich Reparaturen - beziehen, abzuschließen, überhaupt alle zu diesem Zweck erforderlichen Verwaltungsmaßnahmen vorzunehmen", die Auffassung des Berufungsgerichts stützen; grundsätzliche Fragen der Gesetzes- und Vertragsauslegung sollten von der Beurteilung durch den Schiedsgutachter ausgeschlossen sein. Außerdem wäre es noch die Frage, ob es bei gegenteiliger Auslegung nicht der Vereinbarung eines Schiedsgerichts bedurft hätte.

2. Das Berufungsgericht geht für die Berechnung des Reinertrags davon aus, daß der Vertrag die Verpflichtung der Beklagten zu 1) das Haus wieder aufzubauen ausdrücklich als weitere Gegenleistung für die Übertragung des 7/10 Anteils bezeichnet. Daraus schließt das Berufungsgericht, daß hier, wie auch sonst, stets der Schuldner, also die Beklagte zu 1), seine Leistung auf eigene Kosten erbringen müsse und daß daher die Zinsen für das zum Aufbau allenfalls benötigte fremde Kapital und erst recht die Beträge, die aufgewendetes eigenes Kapital der Beklagten zu 1) bei anderweitem Einsatz als Zins erbracht hätte, keine Lasten des gemeinschaftlichen Grundbesitzes der Miterben und der Beklagten zu 1) seien. Dieser Auffassung kann aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Sie entspricht den Grundsätzen des Schuldrechts und es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht bei der Ablehnung der entgegengesetzten Auslegung der Beklagten gesetzliche Auslegungsregeln verletzt oder für die Auslegung bedeutsame Tatsachen nicht berücksichtigt hätte.

Die Revision versucht darzutun, daß die Auffassung des Berufungsgerichts zu einer dem Preisstop überschreitenden Gegenleistung der Beklagten zu 1) führe, die deshalb nicht gewollt gewesen sein könne. Richtiger Ansicht nach waren zur Zeit des Vertragsschlusses die Grundstückspreise nicht gebunden (WiGBI 1949, 98). Die Parteien mögen aber an eine Bindung geglaubt haben, da die Rechtslage zweifelhaft war. Der Gesichtspunkt der Revision greift deshalb nicht durch, weil die Genehmigung, d.h. Ausnahmegenehmigung, nach der Preisstopverordnung im Verträge vorsorglich erbeten ist und die Parteien auch für den Fall der Versagung eine Bestimmung getroffen haben. Ein Schluß, daß eine den Stoppreis überschreitende Bemessung der Gegenleistung nicht gewollt gewesen sein könne, ist somit nicht zwingend. Das

Berufungsgericht hatte keine Veranlassung und keine Verpflichtung, nach § 139 ZPO in Erörterung darüber einzutreten, wie die Preisbehörde den Vertrag ausgelegt habe, ganz abgesehen davon, daß diese Auslegung der Verwaltungsbehörde für das Berufungsgericht nicht bindend gewesen wäre. Da die Parteien anwaltschaftlich vertreten waren und da die Benennung des Notars als Zeugen zur Klärung des Sinnes einer vor ihm errichteten Urkunde eine alltägliche Erscheinung ist, brauchte das Gericht schon deswegen auch nach dieser Richtung keinen Parteivortrag und keinen Beweisantrag herbeizuführen. Es konnte annehmen, daß die Parteien hierzu Sachdienliches nicht vorzutragen hatten. Die Revision behauptet auch nur, der Notar habe den Vertrag zu der hier strittigen Frage im Sinn der Auslegung der Beklagten zu 1) aufgefaßt, nicht aber, daß er Tatsachen, etwa entsprechende Äußerungen der Parteien, bei der Besprechung des Urkundeninhalts bekunden könne.

Richtig ist, daß bei der Auslegung des Berufungsgerichts die Gegenleistung der Beklagten zu 1) insofern nicht fest bestimmt war, als der 3/10 Anteil der Miterben am Hause unwertvoller war, je umfangreicher das von der Beklagten zu 1) - laut Vertrag entsprechend ihrem alleinigen Ermessen - zu errichtende Gebäude war, während das hinsichtlich des Ertrags nicht im gleichen Maße der Fall war, wenn die Zinsen entsprechend der Auffassung der Beklagten zu 1) vom Ertrag abgesetzt wurden, obwohl auch hier, wenn überhaupt ein Überschuß verblieb, er bei größerem Kapitalaufwand auch größer sein konnte. Die Übernahme einer derartigen durch den Schuldner dem Umfang nach zu bestimmenden Leistung ist aber wirksam (§ 315 BGB). Auch ist die Auslegung des Berufungsgerichts nicht unmöglich, vom Standpunkt der Beklagten zu 1) deswegen

nicht, weil diese in der Bauplangestaltung nach dem Vertrage frei war, vom Standpunkt der Klägerin aus aber ebenfalls nicht, weil sie sich darauf verlassen konnte, daß die Beklagte zu 1) schon im eigenen Interesse kein zu kleines Objekt erbauen würde.

Darauf, wie die Grunderwerbssteuerbehörde den Vertrag auslegte, kam es für die allein dem Tatrichter zustehende Beurteilung der rechtlichen Beziehungen der Parteien auf Grund des Vertrages nicht an. Wenn das Berufungsgericht in dieser Hinsicht keinen Parteivortrag veranlaßt hat, so hat es auch hier nicht gegen § 139 ZPO verstoßen.

3. Die Revision beanstandet in diesem Zusammenhang noch, daß das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, die Beklagte zu 1) sei verpflichtet gewesen, ein fünfstöckiges Gebäude zu errichten, während über die Wiederaufbaupläne nach dem Vertrag, was zutrifft, die Beklagte zu 1) allein zu entscheiden gehabt habe. Soweit sich dieser Einwand nicht dadurch erledigt, daß die Beklagte zu 1) schon rechtskräftig verurteilt ist, das Haus fünfstöckig wieder aufzubauen, ist zu sagen: Die Beklagte zu 1) war nach dem Vertrag verpflichtet, die Pläne unverzüglich zu entwerfen, sie sofort einzureichen und nach Genehmigung alsbald zu bauen. Hat sie deswegen einen Bauplan behördlich genehmigen lassen, so galt das Gebäude als das von Anfang an geschuldete, und die Beklagte zu 1) kann nunmehr nicht geltend machen, sie hätte auch einen anderen kleineren Bau planen und errichten können, zumal in den Tatsacheninstanzen keinerlei Einwendungen dagegen erhoben hat, daß das Projekt des Architekten J. [REDACTED] mit 5 Stockwerken als das geplante und geschuldete Bauwerk von Gericht und Gegner behandelt wurde.

IV.

a) Das Berufungsgericht, das die Zahlungspflicht der Beklagten - wie erörtert, mit Recht - aus dem Vertrag für gegeben erachtet, hat auch die Aufrechnung der Beklagten zu 1) gegen die Zahlungsansprüche der Klägerin nicht durchgreifen lassen. Zu der Aufrechnung aus Schadensersatz wegen verspäteter Bewilligung der Weiterleitung der Auflassung an das Grundbuchamt - nur insoweit wird das Berufungsurteil zur Aufrechnungsfrage angegriffen - führt das Berufungsgericht aus:

Das Vorbringen der Beklagten zu 1), mit dem sie ihren Schadensersatzanspruch begründe, sei nicht schlüssig. Zum Nachweis erlittenen Schadens hätte sie im einzelnen darlegen müssen, daß sie bei rechtzeitiger Erteilung der Zustimmung in der Lage gewesen wäre, den Aufbau durchzuführen. Sie habe sich aber auf die allgemeine Erklärung beschränkt, die Aufnahme von Fremdkapital sei ihr ohne Umschreibung des 7/10-Grundstücksanteils unmöglich gewesen. Daraus würde aber die Entstehung eines Schadens nur dann folgen, fährt das Oberlandesgericht fort, wenn die Beklagte zu 1) im konkreten Falle der rechtzeitigen Erteilung der Zustimmung zur Umschreibung tatsächlich hätte weiterbauen können und auch hätte weiterbauen wollen. Dagegen spreche sowohl das schon angeführte Schreiben des Prozeßbevollmächtigten I. Instanz der Klägerin vom 22. November 1951, in dem an die Klägerin das Verlangen gestellt wurde, für die Fertigstellung des Bauwerks in die Belastung des ganzen Grundstücks, also auch der 3/10 der Miterben, mit einer Baugeldhypothek zu willigen, da zu anderen Bedingungen ein hypothekarisch zu sichern des Darlehen nicht zu bekommen sei, als auch die im Prozeßvortrag zum Ausdruck gekommene - unrichtige - Auffassung der

Beklagten zu 1), sie sei zur Fortsetzung des Baues nicht verpflichtet gewesen, solange die Frage der Kapitalverzinsung, d.h. deren Absetzung oder Nichtabsetzung vom Vertrag des Hauses nicht durch einen Schiedsgutachter geklärt worden sei.

b) Die Revision rügt Verletzung der §§ 139 und 287 ZPO, ihren Darlegungen nach auch Verletzung des § 286 ZPO. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe unzutreffenderweise eine Behauptung der Beklagten zu 1) vermißt, daß es ihr möglich gewesen wäre, den 7/10 Anteil zur Gewinnung weiteren Kapitals zu beleihen, obwohl schon die Aufrechnung in dem Schadensersatzanspruch die entsprechende Behauptung der Beklagten zu 1) in sich schließe. Hier mißversteht die Revision anscheinend das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hatte selbst im Tatbestand des Berufungsurteils (S 20) die Behauptung der Beklagten zu 1) erwähnt, durch Verweigerung zur Umschreibung sei ihr die Möglichkeit genommen worden, fremdes Kapital zur Durchführung des Aufbaues aufzunehmen, was nur dahin verstanden werden kann, daß der 7/10 Anteil des Hauses dem Darlehensgeber hätte hypothekarisch verpfändet werden sollen, wie dies auch in dem vom Urteil in Bezug genommenen Schriftsatz der Beklagten vom 31. März 1953 klar ausgesprochen worden war. Was der Berufungsrichter vermißte, war die Darlegung einer konkreten Möglichkeit durch die Beklagte zu 1), entgegen der allgemeinen Erfahrung und ihrem der Gegenpartei erklärten Standpunkt, durch hypothekarische Belastung eines bloßen Hausanteils Geld darlehensweise zu erhalten, etwa eine, wenn auch noch unverbindliche, entsprechende Erklärung eines Geldgebers oder dergleichen. Die praktische Möglichkeit solcher Belastungen des 7/10 Anteils war von der Klägerin bestritten (Schriftsatz vom 8. April 1952 S8). Ob das Berufungsgericht verpflichtet war, die Beklagte zu 1) nach § 139 ZPO in dieser Hin-

sicht zu näheren Angaben zu veranlassen, kann dahingestellt bleiben, weil eine erfolgreiche Rüge die auf entsprechende Frage s.Zt. vorzubringenden Tatsachen angeben muß (Baumbach-Lauterbach ZPO 23. Aufl § 139 Anm 1 B), die Revision jedoch sich auf die nicht näher konkretisierte Angabe schränkt, der Anteil sei "in späterer Zeit" geliehen worden, obwohl das Grundbuch konkrete Angaben hier besonders leicht gemacht hätte.

Fraglich könnte erscheinen, ob das Berufungsgericht nicht § 287 ZPO insofern verletzt hat, als auch der ursächliche Zusammenhang zwischen dem nach § 286 ZPO festzustellenden konkreten Haftungsgrund - hier: der unterlassenen Anteilsübereignung - und dem für diese Betrachtung gegebenenfalls zu unterstellenden Schaden der Beklagten zu 1) der erleichterten Beurteilung nach § 287 ZPO unterliegt (BGH NJW 1951, 405). Die Bedenken beziehen sich insbesondere darauf, daß das Berufungsgericht ins einzelne gehende Darlegungen verlangt, die das Gesetz im Rahmen des § 287 ZPO dem Geschädigten gerade ersparen will. Die Würdigung des Tatrichters, die sich insbesondere auf die anzuerkennende allgemeine Schwierigkeit stützt, auf einen bloßen Eigentumsanteil hypothekarisches Geld darlehensweise zu bekommen, und auf den konkreten Umstand, nämlich daß die Beklagte zu 1) sogar selbst diesen Standpunkt gerade gegenüber der Klägerin vertreten hatte, läßt erkennen, daß eine rechtsirrtumsfreie Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs zu keiner anderen Entscheidung des Berufungsgerichts geführt hätte, so daß ein etwaiger Verfahrensverstoß nach § 287 ZPO für die Sachentscheidung nicht ursächlich wäre.

V.

Nach alledem erwies sich die Revision, abgesehen von der oben zu II 2 behandelten Zinsfrage, als unbegründet und

war mit der genannten Ausnahme zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts, die von Amts wegen nachzuprüfen war, konnte insoweit nicht bestehen bleiben, als die Beklagten zu 1) und 2) gesamtschuldnerisch in die Kosten verurteilt worden sind. Sie haften zur Hauptsache nicht als Gesamtschuldner, obwohl der Beklagte zu 2) selbstschuldnerischer Bürge ist (RGZ 134, 128). Demnach tritt auch keine gesamtschuldnerische Haftung für die Kosten des Prozesses ein, sondern es bleibt bei der Regel der Haftung nach Kopfteilen (§ 100 Abs 1 und 4 ZPO). Daran ändert auch § 767 Abs 2 BGB nichts, wo bestimmt ist, daß der Bürge für die Kosten haftet, die der Hauptschuldner dem Gläubiger zu ersetzen hat. Die materielle Haftung des Bürgen ist durch besonderen Klagantrag zu verfolgen (Kann ZPO § 100 Anm 3 c a.E.; a.A. Seuffert-Walsmann ZPO 12. Aufl § 100 Anm 5 a.E., anscheinend auch Baumbach-Lauterbach ZPO § 100 Anm 5; Stein-Jonas-Schönke ZPO § 100 III 4, siehe aber auch vor § 91 III 4 und 16. Aufl § 793 II 5). Gesamtschuldnerische Haftung von Hauptschuldner und Bürge für die Kosten eines Prozesses, in dem sie Streitgenossen waren, würde auch eine Haftung des Hauptschuldners für den Bürgen bedeuten, für die eine Rechtsgrundlage fehlen würde.

Gemäß § 92 Abs 2 war das geringfügige Unterliegen der Klagepartei im dritten Rechtszug kein Anlaß, die Kostenentscheidung der Vorinstanzen zu Ungunsten der Klagepartei zu

ändern oder ihr einen Teil der Kosten der Revision aufzu-
erlegen. Letztere sind vielmehr von den Beklagten allein
zu tragen.

Dr.v.Normann

Schuster

Dr. Oechßler

Dr. Großmann

Dr. Spieler