

20

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 87/70

URTEIL

Verkündet am

10. März 1972

S c h o r m,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Jakob D [REDACTED] in A [REDACTED]/H [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

die S [REDACTED]-L [REDACTED] S [REDACTED] AG in I [REDACTED], O [REDACTED]-
straße, vertreten durch den Vorsitzenden des Vorstands
Dipl.-Ing. Hermann P [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. März 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Mattern, Hill, Offterdinger und Dr. Grell für Recht erkannt:

Die Revision gegen das an Verkündungs Statt am 2./3. April 1970 zugestellte Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 16. März 1970 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Im Jahre 1964 waren die Eheleute Leonhard und Therese H. in I. gegenüber dem Beklagten und anderen hoch verschuldet. Um die Schulden abzudecken, sollten ihnen gehörende Grundstücke veräußert werden. Am 17. März 1964 wurde vor dem Notar Dr. S. in M., der aus steuerlichen Gründen von einer unwiderruflichen Verkaufsvollmacht für den Beklagten abgeraten hatte, ein Kaufvertrag (Urk.R. Nr. 0/64) beurkundet. Nach dem Inhalt dieses Vertrages veräußerten die Eigentümer H. dem Beklagten ihre im Grundbuch von I. des Amtsgerichts M. Band Blatt S. 321 eingetragenen Flurstücke Nr. 1758

und 1759 für 100 000 und 60 000 DM. Der Kaufpreis sollte mit den beim Beklagten bestehenden Schulden verrechnet werden. Am 10. April 1964 verkaufte der Beklagte das Flurstück 1758 der L-S GmbH, der Rechtsvorgängerin der Klägerin (im weiteren als Klägerin bezeichnet), für 177 240 DM (Urk.R. Nr. 69 Notar Dr. F in M). In diesem Vertrag versicherte der Beklagte, daß er in der Verfügung über das Grundstück in keiner Weise beschränkt sei. Die Klägerin behielt sich vor, in notarieller Form vom Vertrag zurückzutreten, wenn bis zum 31. Dezember 1964 nicht alle erforderlichen Genehmigungen zu diesem und dem Vertrag des Beklagten mit den Eigentümern H in unanfechtbarer Weise vorliegen sollten.

Noch im Jahre 1964 erhoben die Eheleute H gegen den Beklagten Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages vom 17. März 1964 und auf Abgabe einer Löschungsbewilligung hinsichtlich einer inzwischen zugunsten des Beklagten eingetragenen Auflassungsvormerkung (5 O 899/64 LG München I). Die Klage hatte Erfolg. Die Berufung des Beklagten wurde rechtskräftig zurückgewiesen (9 U 2017/66 OLG München). In diesem Urteil ist u.a. ausgeführt, daß der Vertrag vom 17. März 1964 nichtig sei, weil eine wichtige Absprache der Vertragspartner nicht beurkundet worden sei, nämlich daß den Eheleuten H vorbehalten sei, einen Käufer zu finden, der einen höheren Preis als der Beklagte zahle; wenn ihnen das gelingen



würde, sollten der Vertrag mit dem Beklagten aufgehoben und die Grundstücke an den neuen Käufer veräußert werden. Im Laufe dieses Rechtsstreits hatte sich die Klägerin in Vergleichsverhandlungen eingeschaltet und war dem Rechtsstreit zum Abschluß eines Vergleichs beigetreten. Es kam auch zu einem Vergleich vom 25. Juli 1967, in dem sich die Eheleute H. [REDACTED] verpflichteten, der Klägerin das Flurstück Nr. 1758 für 215 000 DM zu verkaufen. Diesen Vergleich hat die Klägerin aber wirksam widerrufen.

Die Klägerin hat den auf ein Bankkonto gezahlten Kaufpreis von 177 240 DM zurückerhalten. Die Eheleute H. [REDACTED] haben das Flurstück Nr. 1758 inzwischen anderweitig verkauft.

Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Klägerin den Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch, weil dieser ihr das Eigentum an dem Flurstück Nr. 1758 nicht verschafft hat. Sie verlangt die Erstattung von Anwaltskosten nebst Zinsen wegen der Bemühungen um den Abschluß des Vergleichs in dem Rechtsstreit 5 O 899/64 LG München I = 9 U 2017/66 OLG München und begehrt ferner die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten hinsichtlich weiteren Schadens, weil sie ein Ersatzgrundstück noch nicht habe erwerben können.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie
3 260,71 DM nebst 4 % Zinsen seit Zu-
stellung der Klageschrift zu zahlen,

sowie festzustellen,

daß der Beklagte verpflichtet ist, ihr den weiteren Schaden zu ersetzen, den sie infolge der Nichterfüllung des notariellen Kaufvertrages vom 10. April 1964 (Urk.R. Nr. 69 Notar Dr. F) erleidet.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er ist der Ansicht, der Vertrag mit der Klägerin sei unter der Bedingung geschlossen worden, daß der Vertrag zwischen ihm und den Eheleuten H durchgeföhrt werde. Die Erfüllung dieses Vertrages sei auch Geschäftsgrundlage für die Veräußerung an die Klägerin gewesen. Daß dieser Vertrag nicht erfüllt worden sei, habe er nicht zu vertreten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Dagegen hat der Beklagte Berufung eingelegt. Beide Parteien haben ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und ergänzt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

I.

Die Revision wendet sich zunächst mit einer Verfahrensrüge dagegen, daß das Berufungsgericht im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 ZPO entschieden hat. Sie hält dies für unzulässig, weil bereits einmal mündlich verhandelt worden und nach der Begründung des Berufungsgerichts der Rechtsstreit damals zur Entscheidung reif gewesen sei, und bittet insbesondere deswegen um Überprüfung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, weil anstelle eines der Richter, die an der mündlichen Verhandlung mitgewirkt hätten, ein anderer Richter über die Berufung mitentschieden habe. Der neue Richter habe vom Beklagten in der mündlichen Verhandlung vorgelegene Tatsachen über eine Schadensminderungspflicht der Klägerin, welche nicht in das Verhandlungsprotokoll aufgenommen seien, nicht berücksichtigen können. Hinzu komme ein Verstoß gegen § 310 ZPO, und es könne nicht ausgeschlossen werden, daß die beiden anderen Richter sich nach mehreren Monaten an wichtiges und wesentliches Parteivorbringen in der mündlichen Verhandlung nicht mehr erinnern könnten.

Diese Rüge hat keinen Erfolg.

Der Umstand, daß im Laufe des Verfahrens eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, hinderte das Gericht grundsätzlich nicht daran, später im

schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 ZPO zu entscheiden. Ob der Rechtsstreit bereits auf Grund der stattgefundenen mündlichen Verhandlung zur Endentscheidung reif war, kann dahinstehen.

Die Revision kann mit dieser Rüge keinen Erfolg haben, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, von der abzugehen der Senat keinen Anlaß sieht, die Rüge nur durchdringt, wenn das Berufungsurteil auf der Verletzung des § 310 Abs. 1 ZPO beruht (BGHZ 17, 118, 121). Die angefochtene Entscheidung könnte anders ausgefallen sein, wenn das Berufungsgericht nur auf Grund des Akteninhalts entschieden, der Beklagte aber in der Berufungsverhandlung noch wesentlichen zusätzlichen Prozeßstoff mündlich vorgetragen hätte, der bei der Entscheidung unberücksichtigt geblieben ist. Die Revision trägt denn auch hierzu vor, der Beklagte habe in der mündlichen Verhandlung dargelegt, daß die Klägerin ihrer Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen sei. Die Klägerin habe nämlich am 6. August 1967 dem Beklagten geschrieben, sie habe ein ebenso passendes, aber billigeres Grundstück angeboten erhalten. Aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils, für den die Beweisregel des § 314 ZPO hinsichtlich etwaigen nur mündlichen Vortrags auch dann gilt, wenn später nach § 128 Abs. 2 ZPO ein schriftliches Verfahren angeordnet wird (BGH MDR 1956, 473, 474; Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 314 Anm. I 1), ergibt sich aber hierzu nichts. Eine Berichtigung des Tatbestandes hat der Beklagte nicht beantragt.

Die Revision kann sich auch nicht mit Erfolg auf einen nach der mündlichen Verhandlung eingetretenen Richterwechsel berufen. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 11, 27, 29 f mit Anm. Johannsen, BGH LM § 128 ZPO Nr. 2, 3; BGHZ 17, 118, 120 und Senatsurteil vom 22. Dezember 1967 - V ZR 114/64, MDR 1968, 314), der sich auch das Schrifttum weitgehend angeschlossen hat (vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO 30. Aufl. § 128 Anm. 6 B; Thomas/Putzo, ZPO 5. Aufl. § 128 Anm. III 3 b; Stein/Jonas aaO § 128 Anm. X 2 e; Zöllner, ZPO 10. Aufl. § 128 Anm. B III; § 309 Anm. 5; a.A. Rosenberg, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. § 110 V 1 a), ist ein Richterwechsel nach mündlicher Verhandlung, wenn dann nach § 128 Abs. 2 ZPO entschieden wird, grundsätzlich unschädlich. Die Zulässigkeit einer schriftlichen Entscheidung wird dadurch nicht berührt. Daß mündlich vorgetragener, nicht aktenkundig gewordener Prozeßstoff bei der Entscheidung nicht berücksichtigt worden ist (BGHZ 17, 118, 120), scheidet schon deshalb aus, weil sich der in der Revisionsbegründung angeführte Tatsachenstoff nicht aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils ergibt. Schon aus diesem Grunde liegt auch der Vortrag der Revision, es sei die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß selbst die Richter, die an der mündlichen Verhandlung mitgewirkt hätten, sich nach Monaten nicht mehr an das nur mündlich Vorgetragene erinnern könnten, neben der Sache.

II.

In sachlich-rechtlicher Hinsicht hängt die Entscheidung des Rechtsstreits im wesentlichen davon ab, ob der Beklagte als Verkäufer des Flurstücks Nr. 1758 der Klägerin deswegen zum Schadensersatz verpflichtet ist, weil er ihr das bei Abschluß des Kaufvertrages am 10. April 1964 noch den Eheleuten H[REDACTED] gehörende Grundstück nicht zu Eigentum verschafft hat.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Klägerin die von ihr geltend gemachten Ansprüche deswegen zu, weil der Verkäufer einer ihm - noch - nicht gehörenden Sache mit dem Abschluß eines solchen Kaufvertrages stillschweigend die Garantie dafür übernehme, daß er den Kaufgegenstand beschaffen werde. Für sein Leistungsvermögen habe der eine Verbindlichkeit eingehende Schuldner ohne Rücksicht auf Verschulden oder Nichtverschulden einzustehen. Das gelte erst recht, wenn das Unvermögen auf Umständen beruhe, die er selbst gesetzt habe. Für den Beklagten sei erkennbar gewesen, der von ihm mit den Eheleuten H[REDACTED] geschlossene Vertrag vom 17. März 1964 habe die wesentliche Absprache nicht enthalten, daß die Flurstücke Nr. 1758 und 1759 nur zur Sicherheit dem Beklagten übertragen werden und die Eheleute H[REDACTED] berechtigt sein sollten, innerhalb der nächsten zwei Jahre höhere Preise zahlende Käufer zu suchen. Da der Abschluß dieses Vertrages und die seine Nichtigkeit bewirkenden Umstände im Geschäftskreis des Beklagten gelegen hätten, komme höhere Gewalt für sein Unvermögen nicht

in Betracht. Die Prozeßparteien hätten den von ihnen geschlossenen Vertrag vom 10. April 1964 auch nicht von der Durchführung des Vertrages vom 17. März 1964 abhängig gemacht. Für eine Bedingung enthalte der Vertrag keine Anhaltspunkte. Auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage könne sich der Beklagte nicht berufen. Da die Verhältnisse nicht außerhalb des Vorgestellten lägen, sei kein Anlaß gegeben, den Beklagten seiner Haftung zu entheben. Schließlich sei die Klägerin auch nicht vom Vertrag zurückgetreten. Daraus, daß sie den Kaufpreis zurückgerufen habe, lasse sich solches nicht entnehmen.

1. Hiergegen bringt die Revision zunächst vor, es komme nicht darauf an, ob es für den Beklagten erkennbar gewesen sei, daß der von ihm mit den Eheleuten H. am 17. März 1964 geschlossene notarielle Vertrag wesentliche Absprachen nicht enthalten habe. Denn nach der Lebenserfahrung habe er als Laie davon ausgehen können, daß ein vom Notar protokollierter Vertrag die Rechtswirkungen erzeuge, die sich nach seinem Wortlaut und abschließenden Inhalt ergäben. Daß er die der Wirksamkeit entgegenstehende Bestimmung des § 313 BGB und deren Auswirkung gekannt habe, sei nicht festgestellt. Es widerspreche auch der Lebenserfahrung, daß er als offensichtlich versierter Geschäftsmann mit dem Abschluß des Vertrages mit der Klägerin bewußt erhebliche Schadensersatzansprüche riskiert habe. Bei solchen Umständen wie im vorliegenden Fall gehe es zu weit, eine schrankenlose Garantie für das Leistungsvermögen eines Verkäufers anzunehmen.

Diese Rüge hat keinen Erfolg.

Verkauft jemand eine ihm nicht gehörende Sache, liegt - wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat - kein Fall der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrages (§ 306 BGB) vor (Senatsurteil vom 24. Februar 1967 - V ZR 75/65, BGHZ 47, 266, 269). Vielmehr handelt es sich darum, daß die Erbringung der Leistung nur dem Verkäufer unmöglich (anfängliches Unvermögen) ist. Ein auf eine solche Leistung gerichteter Vertrag ist wirksam und gewährt dem Käufer, wenn das Unvermögen wie hier ein dauerndes ist, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Dieser Anspruch ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs grundsätzlich gegeben, ohne daß noch weitere Voraussetzungen wie etwa Vertretenmüssen erfüllt sein müßten, weil der Schuldner mit der Leistungsverpflichtung zugleich die Haftung für sein Leistungsvermögen übernehme (RGZ 69, 355, 357; 80, 247, 250; BGHZ 11, 16, 22; BGH WM 1956, 539, 541; 1957, 670, 671; 1964, 234; BGB-RGRK 11. Aufl. § 440 Anm. 8; Erman, BGB 4. Aufl. § 306 Anm. 7; vgl. auch Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse 15. Bearb. § 29 II 2). Larenz (Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil 10. Aufl. § 8 II), auf den sich auch die Revision beruft, will im Anschluß an Oertmann (BGB 5. Aufl. § 306 Anm. 1 b), die Haftung des Schuldners dahin einschränken, daß dieser nur für die Zulänglichkeit des eigenen Geschäftskreises, nicht aber auch für Umstände, die darin nicht ihren Urgrund haben, aufkommen soll. Ins-

besondere bei Einwirkung eines Dritten, die der Schuldner bei Anwendung verkehrsgemäßer Sorgfalt nicht zu verhindern vermag, und bei sonstigen Umständen, die sich für ihn als "höhere Gewalt" darstellen, soll seine Verantwortlichkeit entfallen (vgl. Esser, Schuldrecht Allgemeiner Teil 4. Aufl. § 33 II 2; Fikentscher, Schuldrecht 2. Aufl. § 43 III 4; Soergel/Schmidt, BGB 10. Aufl. vor § 275 Rdn. 22; ferner Gudian, NJW 1971, 1239 ff).

Der Senat sieht bei erneuter Prüfung der Rechtsfrage keinen Anlaß, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen. Soweit darin beim Vorliegen besonderer Umstände die Haftung für die Leistungsfähigkeit unter den Gesichtspunkten des Überschreitens der Opfergrenze, der Nichterkennbarkeit des eigenen Unvermögens sowie deshalb verneint worden ist, weil das Erfüllungshindernis außerhalb der Sphäre des Schuldners lag, handelt es sich um die Frage der Zumutbarkeit des Entstehens für die Erfüllung, die nach § 242 BGB zu lösen ist. Ein so gestalteter Sachverhalt liegt hier nicht vor. Im April 1964, als der Verkauf zwischen den Parteien getätigt wurde, war der Erstkaufvertrag noch nicht einmal genehmigt, die behördlichen Genehmigungen sollten sogar vorerst gar nicht eingeholt werden. Der Beklagte hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den Eheleuten H. [REDACTED] zugebilligt, innerhalb der nächsten zwei Jahre Käufer zu suchen, die höhere Preise zahlten. Daß es zu Schwierigkeiten kommen könne, wenn er innerhalb kurzer Zeit das Grundstück an die Klägerin weiterveräußerte, lag bei diesem Sach-

verhalt auf der Hand. Auch die von der Revision als übergangen gerügten Gesichtspunkte können eine andere rechtliche Beurteilung nicht herbeiführen (der Beklagte habe keine Kenntnis von der Ungültigkeit des Vorvertrages gehabt, er habe an dessen Rechtswirksamkeit geglaubt, er habe eine "Fehlleistung" des Notars nicht zu erwarten brauchen, zumindest auf eine Heilung des Vorvertrages nach § 313 Satz 2 BGB vertrauen dürfen, er sei stets darauf aus gewesen, alles zu tun, um die Rechtswirksamkeit beider Verträge herbeizuführen). Bemerkte sei nur noch, daß auch Larenz aaO den Verkäufer voll einstehen läßt, wenn er dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache nicht verschaffen kann (unter Berufung auf BGH NJW 1960, 720). So liegt der Fall aber hier.

2. Die Revision beanstandet ferner, daß das Berufungsgericht die Wirksamkeit des Vertrages zwischen dem Beklagten und den Eheleuten H. [REDACTED] und die sich daraus ergebende Rechtsposition des Beklagten nicht als Bedingung für den Bestand des Vertrages zwischen den Parteien angesehen hat. Sie meint, der Tatrichter habe verkannt, daß er nicht nur vom Wortlaut des Vertrages ausgehen dürfe. Vielmehr seien die ganzen Umstände und der Sinn und Zweck des Vertrages zu berücksichtigen. Daraus ergebe sich, daß die Wirksamkeit des Vertrages vom 17. März 1964 stillschweigend zur Bedingung des Vertrages zwischen den Parteien gemacht worden sei.

Auch diese Rüge bleibt erfolglos.

Der Berufungsrichter hat bei der Auslegung dieses Individualvertrages im Hinblick auf eine etwaige Bedingung nicht gegen Auslegungsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB) verstoßen. Er hat den Inhalt des Vertrages, was die Revision verkennt, ersichtlich nicht nur nach seinem Wortlaut beurteilt. Dafür, daß das Berufungsgericht den Sinn und Zweck des Vertrages und alle sonst etwa für Rückschlüsse auf eine Bedingung in Betracht kommenden Umstände wie etwa die Tatsache, daß das Grundstück dem Beklagten noch nicht gehörte, nicht bedacht hätte, sind keine Anhaltspunkte vorhanden. Diese letztgenannte Tatsache zwingt auch nicht zur Annahme einer Bedingung. Daß der Beklagte das Grundstück für die ersten zwei Jahre nur als Sicherheit erhalten sollte, scheidet als Umstand für die Annahme einer Bedingung schon deswegen aus, weil das Berufungsgericht nicht festgestellt hat, daß der Beklagte die Klägerin vor oder bei Vertragsschluß davon unterrichtet hat. Welche Umstände sonst im einzelnen für die stillschweigende Vereinbarung einer Bedingung in Betracht kommen, ist nicht ersichtlich; die Revision hat solche auch nicht aufgezeigt.

3. Die Revision bekämpft ferner die Ausführungen des Berufungsgerichts über einen Rücktritt vom Vertrag. Sie meint, dem Berufungsrichter habe nur das im Vertrag vereinbarte Rücktrittsrecht vorgeschwebt. Es habe sich aber um einen Rücktritt im Sinne des § 325 BGB gehandelt. Diesen habe die Klägerin durch konkludentes Handeln, nämlich durch die

Rücknahme des hinterlegten Kaufpreises erklärt. Da die Klägerin bei einem Schadensersatzverlangen ihre eigene Leistung zu erbringen habe, könne die Rücknahme ihrer bereits erbrachten Vertragsleistung nicht anders gewertet werden.

Auch dieser Angriff ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat ein von der vertraglichen Vereinbarung (XI des Vertrages) unabhängiges Rücktrittsrecht nicht unberücksichtigt gelassen. Es hat das vereinbarte Rücktrittsrecht nur an erster Stelle geprüft und dessen formgerechte Ausübung verneint. Dann aber hat es geprüft, ob nicht in der Rücknahme des auf einem besonderen Konto hinterlegten Kaufpreises eine Rücktrittserklärung gefunden werden könne. Wenn es darin keinen Rücktritt erblickt hat, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (BGH WM 1961, 597). Auslegungsfehler und Verstöße gegen Erfahrungssätze und Denkgesetze fallen dem Berufungsrichter insoweit nicht zur Last. Es mag zunächst dahinstehen, ob die Klägerin ihre Leistung überhaupt schon erbracht hatte, wie die Revision annimmt, oder ob dies nicht erst dann der Fall gewesen wäre, wenn sie den der bisher nur gemeinsamen Verfügung beider Vertragspartner unterliegenden Kaufpreis dem Beklagten zur alleinigen Verfügung freigegeben hätte (vgl. Nr. IX des Vertrages). Selbst wenn davon ausgegangen wird, sie habe bereits erfüllt gehabt, zwingt das Verlangen nach Herausgabe des Geleisteten jedenfalls im hier zu entscheidenden

Fall nicht zur Annahme einer Rücktrittserklärung. Denn nach der Differenztheorie stellt der vom Käufer in Geld bezahlte Kaufpreis, wenn der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, lediglich einen Rechnungsposten dar, und das Herausverlangen dieses Betrages kann demnach durchaus auch ein Verlangen nach dem bereits ohne weiteres überschaubaren Teil des gesamten Schadensersatzes sein.

4. Die Revision wirft dem Berufungsgericht weiterhin vor, es habe Wesen und Wirkung der Geschäftsgrundlage verkannt. Die Wirksamkeit des Vertrages zwischen dem Beklagten und den Eigentümern H [REDACTED] sei Geschäftsgrundlage des von den Parteien am 10. April 1964 geschlossenen Vertrages gewesen. Denn der Beklagte sei von der Wirksamkeit ausgegangen, und die Klägerin habe dies erkannt. Aus den Ausführungen des Berufungsgerichts sei nicht zu ersehen, ob es sich insoweit der Rechtslage bewußt gewesen sei. Anscheinend habe es verkannt, daß auch die Vorstellung nur einer Partei über das Vorhandensein eines bestimmten Umstandes Geschäftsgrundlage sein könne. Inwiefern die Unwirksamkeit des Vertrages vom 17. März 1964 nicht außerhalb des Vorgestellten gelegen habe, sei nicht ersichtlich.

Der Angriff dringt nicht durch.

Es sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, daß das Berufungsgericht Wesen und Wirkung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage verkannt hat. Zutreffend

geht es davon aus, daß es nicht allein darauf ankomme, ob eine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten ist; hinzukommen müsse, daß die Veränderung für die Vertragspartei, die sich darauf berufe, nicht voraussehbar war (Senatsurteil vom 18. Oktober 1968, V ZR 93/65 WM 1969, 64, 65; BGHZ 2, 176, 188). Es ist mit Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht unter den von ihm festgestellten Umständen annimmt, daß die Nichtverschaffung des Eigentums an dem verkauften Grundstück voraussehbar war.

5. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß zu dem der Klägerin zu ersetzenden Schaden auch die ihr durch die Tätigkeit ihrer Anwälte bei dem Versuch, einen Vergleich zu schließen, erwachsenen Kosten gehören. Dieser Versuch sei - so hat es ausgeführt - nach der Sachlage angemessen gewesen. Es hat dazu festgestellt, daß die Anwälte der Klägerin nur einen Vergleich schließen sollten, aber keinen Auftrag zur Klageerhebung hatten. Deswegen sei nach seiner Auffassung eine Geschäfts- und eine Besprechungsgebühr angefallen, und zwar gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BRAGO je eine 10/10 Gebühr. Gegen die Höhe der Gebühren könne sich der Beklagte nicht wenden, da er selbst vorgetragen habe, welche arbeitsmäßigen Aufwendungen für die Vergleichsbemühungen erbracht worden seien. Auf die im vorliegenden Rechtsstreit angefallenen Gebühren seien jene Gebühren nicht anzurechnen. Es handele sich nicht um denselben Prozeßgegenstand.

Der dagegen geführte Revisionsangriff bleibt ohne Erfolg.

Eine Anrechnung der gemäß § 118 Abs. 1 BRAGO entstandenen auf die im vorliegenden Rechtsstreit entstandenen Gebühren käme nur dann in Betracht, wenn sich der zweite anwaltliche Auftrag zur Prozeßführung an den vorangegangenen Auftrag im Sinne des § 118 Abs. 2 BRAGO anschließen würde. Der für den Anschluß erforderliche innere Zusammenhang zwischen beiden Aufträgen setzt in der Regel voraus, daß ein Begehren, das zunächst außergerichtlich geltend gemacht worden ist, nunmehr gerichtlich verfolgt wird (Gerold/Schmidt, BRAGO 4. Aufl. § 118 Rdn. 21). Das trifft aber nach den tatrichterlichen Feststellungen hier nicht zu. Danach hatten die Anwälte der Klägerin zunächst nur einen Auftrag, mit den Eheleuten H[REDACTED] und dem Beklagten eine vergleichsweise Regelung des Inhalts zu erreichen, daß das Eigentum an dem Grundstück von den Eheleuten H[REDACTED] unmittelbar auf sie übergehe. Er ging aber nicht auf die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen den Beklagten, was den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ausmacht.

Auch im übrigen läßt die Beurteilung des bezifferten Klageanspruchs durch das Berufungsgericht einen Rechtsfehler nicht erkennen. Es ist zutreffend (unter Bezugnahme auf BGH NJW 1961, 1469) davon ausgegangen, daß für das Betreiben des Geschäfts und ferner für die Mitwirkung an Besprechungen mit dem Gegner oder einem Dritten dem Anwalt nach § 118 Abs. 1

Nr. 1 und Nr. 2 BRAGO je eine Gebühr zusteht, und zwar auch dann, wenn es nicht zum Abschluß eines Vergleichs kommt. Ein Verstoß gegen die Grundsätze des § 12 BRAGO bei der Bemessung der Gebühren ist nicht ersichtlich.

Da die Klägerin wegen der Nichterfüllung berechtigt war, sich um den Erwerb des Grundstücks unmittelbar von den Eigentümern H. zu bemühen, hat der Beklagte die ihr dadurch entstandenen Anwaltsgebühren und Nebenkosten zu erstatten (vgl. BGB-RGRK aaO § 325 Anm. 10; siehe auch Staudinger/Kaduk, BGB 10./11. Aufl. § 325 Rdn. 54).

6. Unbegründet ist auch die weitere Rüge der Revision, für eine Feststellungsklage sei kein Raum, weil sich der Schaden der Klägerin beziffern lasse. Soweit sich die Revision insoweit auf Seite 5 der Berufungsbegründung (GA Bl. 74) bezieht, ist nicht zu erkennen, was für die Möglichkeit einer genauen Schadensberechnung sprechen könnte. Dort hat der Beklagte nur vorgetragen, die Klägerin habe kein Interesse mehr an der Feststellung wegen der inzwischen geschehenen "Fusionierung mit Steinheil", wegen der Entwicklung des Grundstücksmarktes und der Bedürfnisse der Klägerin. Dieses Vorbringen hat das Berufungsgericht zu Recht - ersichtlich im Hinblick auf den Vortrag der Klägerin, ihr Aufsichtsrat habe ihrem Vorstand die eindeutige Anweisung erteilt, sich weiterhin um ein benachbartes Grundstück zu bemühen - als nicht hinreichend substantiiert bezeichnet.

Soweit die Revision auf den Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 20. Dezember 1969 verweist, wonach die Klägerin den Eigentumserwerb selbst vereitelt und damit ihre Schadensminderungspflicht verletzt habe, der Schaden daher allenfalls in der Differenz zwischen dem nach dem widerrufenen Vergleich zu zahlenden und dem ursprünglichen Kaufpreis bestehe, also (215 000 DM - 177 240 DM =) 37 760 DM betrage, ist dieses Vorbringen mangels ausreichender Substantiierung nicht geeignet, das Feststellungsinteresse der Klägerin in Frage zu stellen.

7. Die auf § 551 Nr. 7 ZPO gestützte Rüge, der Berufungsrichter sei im angefochtenen Urteil nicht auf die Frage eines Mitverschuldens der Klägerin eingegangen, verhilft der Revision ebenfalls nicht zum Erfolg.

a) Soweit die Revision in diesem Zusammenhang behauptet, der Beklagte habe in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht mündlich vorgetragen, daß die Klägerin ihm am 6. August 1967 geschrieben habe, sie habe ein ebenso passendes, aber billigeres Grundstück angeboten erhalten, ist ihr entgegenzuhalten, daß sich solches aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils nicht ergibt und eine Tatbestandsberichtigung nicht beantragt worden ist (vgl. oben unter I). Schon deswegen liegt auch die gleichfalls erhobene Aufklärungsrüge (§ 139 ZPO), das Berufungsgericht hätte, wenn ihm dies nicht genügt hätte, auf entsprechenden weiteren Vortrag und Beweistritt drängen müssen, neben der Sache.

b) Was den Vortrag des Beklagten in der Berufungsbegründungsschrift zum Mitverschulden anbelangt, kann das Übergehen dieses Vortrages im Berufungsurteil der Revision jedenfalls deswegen nicht zum Erfolg verhelfen, weil dieser Mangel nicht ursächlich für die Entscheidung des Berufungsgerichts ist (BGHZ 39, 333, 338 f). Denn dieses schriftsätzliche Vorbringen reicht nicht aus, um eine Verletzung einer Schadensminderungspflicht durch die Klägerin schlüssig darzutun.

Aus alledem folgt, daß das Berufungsgericht zu Recht Zulässigkeit und Begründetheit der Feststellungsklage bejaht hat.

Abschließend sei noch auf folgendes verwiesen:

Da es sich bei dem verkauften Objekt um ein landwirtschaftliches Grundstück im Sinne des § 1 GrdstVG handelt, wirft sich die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit des schuldrechtlichen Vertrages auf (§ 2 GrdstVG). Nach Art. 2 des Bayerischen Ausführungsgesetzes zum Grundstücksverkehrsgesetz vom 21. Dezember 1961 (BayerGVBl S. 259) bedarf indessen die Veräußerung von Grundstücken bis zu einer Größe von 1 ha keiner Genehmigung. Sollte eine Genehmigung nach dem Bundesbaugesetz (etwa nach § 19) einzuholen sein (vgl. hierzu Nr. IV, VI, VII des Vertrages vom 10. April 1964), so berührte dies die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts nicht (BGHZ 37, 233, 240).

Daß die Genehmigung endgültig versagt worden oder von vornherein völlig unwahrscheinlich gewesen ist, wird auch von der Revision nicht behauptet. Bedenken gegen das Klagebegehren bestehen mithin auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt nicht.

III.

Da das angefochtene Urteil auch sonst keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen läßt, ist das Rechtsmittel mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Mattern

Hill

Offterdinger

Dr. Grell