

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 5zr17\_11

**letzte Aktualisierung:** 20.12.2011

**BGH**, 30.9.2011 - V ZR 17/11

BGB § 313 Abs. 1

## **Ggf. unmittelbare Klage auf Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage**

a) Der Anspruch der durch eine Störung der Geschäftsgrundlage benachteiligten Partei auf Vertragsanpassung verpflichtet die andere Partei, an der Anpassung mitzuwirken. Wird die Mitwirkung verweigert, kann die benachteiligte Partei auf Zustimmung zu der als angemessen erachteten Anpassung oder unmittelbar auf die Leistung klagen, die sich aus dieser Anpassung ergibt.

b) Die Verletzung der Verpflichtung, an der Anpassung des Vertrages mitzuwirken, kann Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen. Zu einem Rücktritt vom Vertrag berechtigt sie die benachteiligte Partei nur unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 3 BGB.



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

V ZR 17/11

Verkündet am:  
30. September 2011  
Langendörfer-Kunz  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

BGB § 313 Abs. 1

- a) Der Anspruch der durch eine Störung der Geschäftsgrundlage benachteiligten Partei auf Vertragsanpassung verpflichtet die andere Partei, an der Anpassung mitzuwirken. Wird die Mitwirkung verweigert, kann die benachteiligte Partei auf Zustimmung zu der als angemessen erachteten Anpassung oder unmittelbar auf die Leistung klagen, die sich aus dieser Anpassung ergibt.
- b) Die Verletzung der Verpflichtung, an der Anpassung des Vertrages mitzuwirken, kann Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen. Zu einem Rücktritt vom Vertrag berechtigt sie die benachteiligte Partei nur unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 3 BGB.

BGH, Urteil vom 30. September 2011 - V ZR 17/11 - OLG Hamm  
LG Paderborn

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, die Richterin Dr. Stresemann, den Richter Dr. Roth und die Richterinnen Dr. Brückner und Weinland

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 13. Dezember 2010 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn vom 12. Juli 2010 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussberufung der Klägerin wird das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn vom 12. Juli 2010 geändert. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.761,08 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 18. Februar 2010 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Mit notariellem Vertrag vom 4. November 2008 verpflichtete sich der Beklagte, eine unvermessene Fläche "von ca. 28.699 m<sup>2</sup>", welche auf einem dem Vertrag beigefügten Lageplan eingezeichnet ist, an die klagende Stadt zu übertragen. Als Gegenleistung übertrug die Stadt ein 28.699 m<sup>2</sup> großes Flurstück an den Beklagten. Ferner verpflichtete sie sich, einen auf einem Grundstück des Beklagten gelegenen Weg in näher bestimmtem Umfang in Bitumen herzustellen. Unter der Überschrift "Mangelhaftung" schlossen die Parteien Rechte wegen eines Sachmangels aus und hielten ferner fest, dass wechselseitig keine Garantie für Größe, Güte und Beschaffenheit des jeweiligen Kaufgegenstandes übernommen werde.
- 2 Die Vermessung der in dem Lageplan eingezeichneten Fläche ergab eine Größe von nur 18.632 m<sup>2</sup>. Die Klägerin forderte daraufhin den Beklagten, welcher zwischenzeitlich als Eigentümer der an ihn veräußerten Fläche in das Grundbuch eingetragen worden war, zu einer Anpassung des Vertrages auf. Nachdem der Beklagte weder dem Anpassungsvorschlag der Klägerin zugestimmt noch einen anderen Vorschlag unterbreitet hatte, erklärte diese im Januar 2010 den Rücktritt vom Vertrag.
- 3 Die Klägerin verlangt die Rückauflassung des an den Beklagten übertragenen Grundstücks, hilfsweise die Zahlung von 18.120,60 € als Wertausgleich, sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten. Der Beklagte will im Wege der Widerklage die Verurteilung der Klägerin zur Herstellung des Weges in Bitumen erreichen.
- 4 Das Landgericht hat dem Antrag auf Rückübertragung stattgegeben; die weitergehende Klage (Anwaltskosten) und die Widerklage hat es abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewie-

sen und der Widerklage stattgegeben; die wegen der vorgerichtlichen Anwaltskosten eingelegte Anschlussberufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben.

- 5 Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag und den Antrag auf Zurückweisung der Widerklage in vollem Umfang weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

- 6 Das Berufungsgericht hält den Vertrag für wirksam, insbesondere die Leistung der Klägerin für ausreichend bestimmt. Die an den Beklagten zu übertragende Fläche sei anhand der mitbeurkundeten Planzeichnung eindeutig zu identifizieren. Die Klägerin sei auch nicht wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage oder wegen eines Sachmangels berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten. Die Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage werde durch die spezielleren Regelungen des Sachmängelrechts verdrängt. Diese begründeten im konkreten Fall aber keinen Anspruch, weil die Parteien nicht nur eine Haftung für Sachmängel ausgeschlossen, sondern ferner vereinbart hätten, dass sie wechselseitig keine Garantie für die Größe des jeweiligen Kaufgegenstands übernähmen. Angesichts dessen könne in der Größenangabe "ca. 28.699 m<sup>2</sup>" keine Vereinbarung einer Sollbeschaffenheit gesehen werden. Aufgrund der fortbestehenden Wirksamkeit des Tauschvertrages sei die Klägerin zu dem vereinbarten Ausbau des Weges verpflichtet. Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten könne die Klägerin schon mangels zugrundeliegenden Hauptanspruchs nicht verlangen.

II.

7            Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

8            1. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass der  
zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht wegen fehlender inhaltlicher  
Bestimmtheit der an die Klägerin verkauften Teilfläche unwirksam ist.

9            Entgegen der Ansicht der Revision kommen der schriftlichen Größenan-  
gabe ("ca. 28.699 m<sup>2</sup>") im Text des Vertrages und der zeichnerischen Darstel-  
lung in dem Lageplan, die eine Fläche von nur 18.632 m<sup>2</sup> umfasst, keine gleich-  
rangige Bedeutung mit der Folge zu, dass das Vereinbarte wegen der daraus  
folgenden Unbestimmtheit seines Inhalts keine Bindung zu erzeugen vermag  
(§§ 145, 147 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 23. April 1999 - V ZR 54/98, NJW-RR  
1999, 1030; Urteil vom 23. November 2001 - V ZR 282/00, WM 2002, 202).  
Wird bei dem Verkauf einer noch nicht vermessenen Grundstücksfläche der  
Vertragsgegenstand - wie hier - in der notariellen Urkunde sowohl durch eine  
bestimmte Grenzziehung in einem maßstabsgerechten Plan als auch durch  
eine als ungefähr bezeichnete Flächenmaßangabe bestimmt, geht der objektive  
Inhalt der Verkäufer- und der Käufererklärung in der Regel dahin, dass bei Dif-  
ferenzen zwischen der bezifferten und der der Grenzziehung entsprechenden  
umgrenzten Flächengröße die Bezifferung ohne Bedeutung und die Umgren-  
zung allein maßgeblich ist (Senat, Urteil vom 30. Januar 2004 - V ZR 92/03,  
NJW-RR 2004, 735; Urteil vom 13. Juni 1980 - V ZR 119/79, WM 1980, 1013,  
1014; Urteil vom 15. März 1967 - V ZR 60/64, WM 1967, 489). So liegt es auch  
hier.

10            Der Einwand der Revision, der Klägerin sei es auf ein Tauschverhältnis  
1:1 und damit auf die Größe der an sie zu übertragenden Fläche angekommen,  
rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die unzutreffende Vorstellung der Kläge-

rin, die in dem Plan eingezeichnete Fläche entspreche - zumindest annähernd - der Flächenangabe im Vertragstext, ändert nichts daran, dass ihr objektiv erklärter Wille dahin ging, die in dem Plan eingezeichnete und auf dieser Grundlage zu vermessende Fläche zu erwerben. Dass diese Erklärung von einem Irrtum bei der Willensbildung beeinflusst war, ist für die Bestimmung des Leistungsgegenstands ohne Bedeutung.

11           2. Rechtsfehlerhaft ist aber die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne sich wegen dieses Irrtums nicht auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 BGB berufen.

12           a) Richtig ist zwar, dass § 313 BGB im Anwendungsbereich der Sachmängelhaftung nicht herangezogen werden kann, da andernfalls die den Bestimmungen der §§ 437 ff. BGB zugrunde liegende Risikoverteilung über die Annahme einer Störung der Geschäftsgrundlage verändert würde (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2008 - III ZR 200/07, MDR 2008, 615, 616 sowie Senat, Urteil vom 7. Februar 1992 - V ZR 246/90, BGHZ 117, 159, 162 mwN zu dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Schuldrecht). Das gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen einer Mängelhaftung im Einzelfall - etwa aufgrund eines wirksamen Haftungsausschlusses - nicht vorliegen.

13           b) Allerdings besteht der Vorrang nur insoweit, als der maßgebliche Umstand überhaupt geeignet ist, Sachmängelansprüche auszulösen (vgl. Senat, Urteil vom 7. Februar 1992 - V ZR 246/90, aaO, S. 163). Das trifft auf die Größenangabe einer unvermessenen Teilfläche im Vertragstext nicht zu, wenn die verkaufte Fläche, wie hier, auf einem maßstabsgerechten und mitbeurkundeten Plan eingezeichnet worden ist. Wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang zutreffend erkennt, bestimmt sich die zu übertragende Fläche in einem solchen Fall nämlich allein nach der mitbeurkundeten Planzeichnung. Das

hat zur Folge, dass sich auch die Sollbeschaffenheit des Grundstücks hinsichtlich Lage, Zuschnitt und Größe nach der Zeichnung richtet. Mit der herausgemessenen Fläche von 18.632 m<sup>2</sup> erhält die Klägerin mithin den Kaufgegenstand in der vereinbarten Beschaffenheit; ein Sachmangel liegt gerade nicht vor.

14            Ebenso verhielt es sich in der Entscheidung des Senats vom 30. Januar 2004 (V ZR 92/03, NJW-RR 2004, 735), welche Anlass für die Revisionszulassung durch das Berufungsgericht gegeben hat. Auch dort konnte die im Vertrag enthaltene Flächenangabe von 4000 m<sup>2</sup> nicht Grundlage von Sachmängelansprüchen sein, weil sich der Kaufgegenstand (einschließlich seiner Sollbeschaffenheit) allein nach der Eintragung der Fläche in einem Lageplan richtete. Vermochte die Abweichung der bezifferten von der zeichnerisch dargestellten Flächengröße aber keinen Sachmangel zu begründen, war der Rückgriff auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht durch die Vorschriften über die Sachmängelhaftung gesperrt.

15            3. a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht auch der wechselseitige vertragliche Ausschluss der Sachmängelhaftung und einer Garantie für die Größe, Güte und Beschaffenheit der Grundstücke einem Anspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage nicht entgegen. Zwar ist § 313 BGB nicht anwendbar, wenn sich durch die Störung der Geschäftsgrundlage ein Risiko verwirklicht, das nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fällt (BGH, Urteil vom 21. September 2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 901; Urteil vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1716; Senat, Urteil vom 1. Juni 1979 - V ZR 80/77, BGHZ 74, 370, 373). So verhält es hier aber nicht.

16 Nach den im Berufungsurteil in Bezug genommenen und mangels förmlicher Gegenrüge auch für das Revisionsverfahren zugrunde zulegenden Feststellungen des Landgerichts ist Geschäftsgrundlage die Annahme der Parteien bzw. die dem Beklagten erkennbar gewordene und von ihm nicht beanstandete Vorstellung der Klägerin geworden, dass die zu tauschenden Grundstücke zumindest annähernd dasselbe Flächenmaß haben. Objektiver Ausdruck dessen ist die Angabe der Größe der an die Klägerin zu übertragenden unvermessenen Fläche im Vertragstext ("ca. 28.699 m<sup>2</sup>"), die der ebenfalls in den Vertrag aufgenommenen Größe des als Gegenleistung an den Beklagten zu übereigenden Grundstücks (28.699 m<sup>2</sup>) entspricht. Die maßgebliche Annahme bezieht sich dabei allerdings nicht auf eine bestimmte Beschaffenheit des einzelnen Grundstücks, sondern auf das Flächenverhältnis der Grundstücke zueinander und damit auf das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung (Tauschverhältnis 1:1).

17 Das Risiko einer erheblichen Verschiebung dieses Äquivalenzverhältnisses - sei es zu Lasten der Klägerin, sei es zu Lasten des Beklagten, wenn die in den Plan eingezeichnete Fläche deutlich größer als angenommen gewesen wäre - ist durch den Ausschluss jeglicher Mängelansprüche nicht der hierdurch benachteiligten Vertragspartei auferlegt worden. Einer solchen Annahme steht bereits entgegen, dass es sich bei der Differenz zwischen der bezifferten und der der Grenzziehung im Lageplan entsprechenden Flächengröße weder um einen Sachmangel noch um die Abweichung von einer bestimmten Beschaffenheit handelt (vgl. oben II. 2. b). Der Ausschluss darauf bezogener Rechte enthält also keine Aussage darüber, wer das Risiko einer Störung des angestrebten Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung tragen sollte.

18           b) Ebenso wenig kommt es darauf an, dass die Vorstellung, die in dem Lageplan ausgewiesene Fläche entspreche 28.699 m<sup>2</sup> und damit der Größe des von der Klägerin an den Beklagten tauschweise zu übereignenden Grundstücks, auf einen Fehler im Verantwortungsbereich der Klägerin bei der Einzeichnung in den Lageplan zurückgehen dürfte. Ansprüche wegen beiderseitigen Irrtums über die für die Preisbildung maßgeblichen Umstände setzen nicht voraus, dass die Fehlvorstellung auf Seiten des Anspruchstellers unverschuldet ist; auch führt der Umstand, dass eine zur Geschäftsgrundlage erhobene fehlerhafte Berechnung, Bewertung oder sonstige Einschätzung von einer der Parteien stammt, grundsätzlich nicht dazu, dass der anderen Partei eine Anpassung des Vertrages von vornherein unzumutbar wäre.

### III.

19           Das Berufungsurteil kann demnach keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

20           1. Dies führt hinsichtlich des Hauptantrages zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Rückauflassung des dem Beklagten übertragenen Grundstücks entsprechend § 346 Abs. 1 BGB zu, da sie wegen der Störung der Geschäftsgrundlage berechtigt war, den Vertrag aufzulösen.

21           a) Angesichts der dem Tauschvertrag zugrunde liegenden Vorstellung, beide Grundstücke seien aufgrund übereinstimmender Größe wertgleich (§ 313

Abs. 2 BGB; siehe oben zu II. 3. a) und einer Flächendifferenz von mehr als 10.000 m<sup>2</sup> - dies entspricht einer Abweichung von 35 % gegenüber der von den Parteien zugrunde gelegten Größe - ist der Klägerin ein Festhalten an dem Vertrag in seiner ursprünglichen Form nicht zuzumuten, während dem Beklagten ein Abgehen von dem Vereinbarten, beispielsweise durch Rückübertragung eines der Größendifferenz entsprechenden Teils der ihm übertragenen Fläche, angesonnen werden konnte.

22            b) Obwohl eine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB in erster Linie zu einem Anspruch auf Vertragsanpassung führt, ist die Klägerin berechtigt, sich von dem Vertrag zu lösen.

23            aa) Dies folgt allerdings nicht schon daraus, dass der Beklagte vorprozessual die Aufforderungen zu Verhandlungen über eine Vertragsanpassung ignoriert und die Klägerin daraufhin den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat.

24            (1) Zwar kann die Weigerung einer Vertragspartei, dem berechtigten Verlangen der anderen Partei auf Anpassung des Vertrags zu entsprechen, ausnahmsweise dazu führen, dass dieser ein weiteres Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar wird und sie daher zum sofortigen Rücktritt vom Vertrag berechtigt ist. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn andernfalls der Vertrag unter den als unzumutbar anzuerkennenden Bedingungen zunächst fortgeführt werden und der Anpassungsgläubiger noch weitere Nachteile als die bereits entstandenen auf sich nehmen müsste (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1968 - VII ZR 89/66, NJW 1969, 233, 234 für einen Bauvertrag).

25            Grundsätzlich besteht ein Rücktrittsrecht aber nicht allein deshalb, weil der von einer Störung der Geschäftsgrundlage Begünstigte trotz entsprechender (und berechtigter) Aufforderung, die Mitwirkung an einer Vertragsanpassung verweigert. Der Rücktritt ist in § 313 Abs. 3 BGB nur nachrangig für den

Fall vorgesehen, dass eine Vertragsanpassung nicht möglich oder einer der Parteien nicht (mehr) zumutbar ist (vgl. PWW/Medicus/Stürner, BGB, 6. Aufl., § 313 Rn. 25; Erman/Hohloch, BGB, 13. Aufl., § 313 Rn. 44). Angesichts der Möglichkeit, den Anpassungsanspruch gerichtlich durchzusetzen, führt die Weigerung des Begünstigten, an einer Vertragsanpassung mitzuwirken, für sich genommen nicht dazu, dass dem Benachteiligten ein weiteres Festhalten an dem Vertrag und dessen (künftige) Anpassung unzumutbar wird (vgl. AnwK/Krebs, BGB, § 313 Rn. 83 sowie Soergel/Teichmann, 12. Aufl., § 242 Rn. 268; zur praktischen Durchsetzbarkeit eines Anspruchs auf Verhandlungen siehe - für einen Vorvertrag - Senat, Urteil vom 12. Mai 2006 - V ZR 97/05, NJW 2006, 2843, 2845 Rn. 26). Auch der Klägerin wäre es zumutbar gewesen, ihren Anspruch auf Anpassung des Vertrages gerichtlich durchzusetzen.

26           (2) Ein Rücktrittsrecht lässt sich auch nicht auf die Vorschrift des § 323 Abs. 1 BGB stützen; diese wird durch die speziellere, vorrangig auf eine Aufrechterhaltung des Vertrages gerichtete Regelung des § 313 Abs. 3 BGB verdrängt (so zutreffend Bamberger/Roth/Unberath, BGB, 2. Aufl., § 313 Rn. 91; AnwK/Krebs, BGB, § 313 Rn. 83 aE; a.A. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 313 Rn. 41).

27           bb) Auch ohne wirksamen Rücktritt kommt es aber dann zu einer von der benachteiligten Partei gewünschten Rückabwicklung des Vertrages, wenn die Gegenseite im Prozess nur die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB in Abrede stellt, ohne sich für den Fall, dass das Gericht eine Störung der Geschäftsgrundlage annehmen sollte, gegen die Rückabwicklung des Vertrages als deren Rechtsfolge zu wenden. Angesichts der Pflicht, an einer Vertragsanpassung mitzuwirken, kommt einem solchen Verhalten der objektive Erklärungswert zu, mit dem Vorschlag der Gegenseite (Rückabwicklung) einverstanden zu sein (vgl. dazu Senat, Urteil vom 12. Mai 2006 - V ZR 97/05,

NJW 2006, 2843, 2845 Rn. 26). Die in § 313 Abs. 3 BGB angeordnete Nachrangigkeit des Rücktritts steht dem nicht entgegen. Sie beruht auf dem Gedanken, dass die Auflösung eines Vertrages tiefer in die Privatautonomie eingreift als dessen Anpassung (vgl. PWW/Medicus/Stürner, BGB, 6. Aufl., § 313 Rn. 25), kommt also nicht zum Tragen, wenn beiden Parteien nicht (mehr) an einer Aufrechterhaltung des Vertrages gelegen ist.

28                So liegt es auch hier. Der Beklagte hat in den Vorinstanzen zwar in Abrede gestellt, dass die Klägerin aus der Flächendifferenz Rechte herleiten kann, aber für den Fall, dass ein Anspruch nach § 313 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 BGB besteht, sich weder gegen die Auflösung des Vertrages als dessen Rechtsfolge gewendet noch die Wirksamkeit des Rücktritts wegen Vorrangs der Vertragsanpassung in Zweifel gezogen. Die mögliche Bereitschaft des Beklagten zu Zugeständnissen im Rahmen eines auf die Beendigung des Rechtsstreits gerichteten Vergleichs steht einem solchen Einwand nicht gleich.

29                2. Eine abschließende Entscheidung ist auch hinsichtlich der Widerklage und des mit der Anschlussberufung verfolgten Antrags auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten zu treffen.

30                a) Die Revision ist insoweit ebenfalls zulässig, da sie unbeschränkt zugelassen worden ist. Der Tenor des Berufungsurteils enthält keine Einschränkung. Zwar kann sich eine Beschränkung der Revisionszulassung auch aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ergeben. Hierfür dürfen sich die Ausführungen aber nicht lediglich mit einer Begründung für die Zulassung der Revision befassen, vielmehr muss aus den Entscheidungsgründen der Wille des Berufungsgerichts, die Revision in bestimmter Hinsicht zu beschränken, klar und eindeutig hervorgehen (Senat, Beschluss vom 29. Januar 2004 - V ZR 244/03, NJW-RR 2004, 1365, 1366 mwN). Daran fehlt es hier. In den Entschei-

dungsgründen heißt es, die Revision sei vor dem Hintergrund der Senatsentscheidung vom 30. Januar 2004 (NJW-RR 2004, 735) und der dort nicht angenommenen Verdrängung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage durch die Regelungen des Gewährleistungsrechts erfolgt. Das lässt den Willen zu einer beschränkten Revisionszulassung nicht erkennen. Denn von der Frage, ob sich die Klägerin auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann, hängen auch der mit der Widerklage verfolgte Anspruch auf Herstellung des Weges und ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz ihrer vorgerichtlichen Kosten ab. Dass das Berufungsgericht die Zurückweisung der Anschlussberufung auch auf einen zweiten, von dem Bestehen eines Rückgewähranspruchs unabhängigen Grund gestützt hat, lässt diesen Zusammenhang nicht entfallen.

31           b) Hinsichtlich der Widerklage ist das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen. Mit dem Rücktritt vom Vertrag ist die Grundlage für die Verpflichtung der Klägerin entfallen, den Weg auf dem Grundstück des Beklagten in Bitumen herzustellen.

32           c) Auf die Anschlussberufung der Klägerin sind ihr die geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten unter dem Gesichtspunkt des Verzuges zuzuerkennen (§ 280 Abs. 1 i.V.m. § 286 BGB).

33           aa) Nach den Feststellungen des Landgerichts ist der Beklagte vorprozessual zunächst von der Klägerin selbst aufgefordert worden, an der Vertragsanpassung mitzuwirken. Indem er hierauf nicht reagiert hat, ist der Beklagte in Verzug geraten (§ 286 Abs. 1 Satz 1 BGB). Denn der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) eingeführte Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB verpflichtet die durch eine Störung der Geschäftsgrundlage begünstigte Vertragspartei, im Zusammenwirken mit der anderen Partei eine Anpassung des Vertrages herbeizu-

führen. Hierbei handelt es sich um eine vertragliche Mitwirkungspflicht, deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann (so auch Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 313 Rn. 41; Dauner-Lieb/Dötsch, NJW 2003, 921, 925; Riesenhuber, BB 2003, 2697, 2699; einschränkend MünchKomm-BGB/Roth, 5. Aufl., § 313 Rn. 93).

34 Der dagegen erhobene Einwand, eine Verhandlungspflicht könne nicht vollstreckt werden und sei daher abzulehnen (z.B. PWW/Medicus/Stürner, BGB, 6. Aufl., § 313 Rn. 20; Bamberger/Roth/Unberath, BGB, 2. Aufl., § 313 Rn. 85; Jauernig/Stadler, BGB, 13. Aufl. § 313 Rn. 27; AnwK/Krebs, BGB, § 313 Rn. 81), überzeugt nicht. Mit dem Anspruch der benachteiligten Partei auf Vertragsanpassung korrespondiert die Verpflichtung der begünstigten Partei, an dieser Anpassung mitzuwirken. Anspruch und Verpflichtung sind zwei Seiten desselben Rechts. Durchgesetzt wird die Mitwirkungspflicht demgemäß durch die gerichtliche Geltendmachung des Anpassungsanspruchs. Hierzu kann die benachteiligte Partei eine von ihr formulierte Änderung des Vertrages zum Gegenstand der Klage machen (vgl. Senat, Urteil vom 12. Mai 2006 - V ZR 97/05, NJW 2006, 2843, 2845 Rn. 26 für die aus einem Vorvertrag folgende Mitwirkungspflicht) oder aber unmittelbar auf die Leistung klagen, die sich aus der von ihr als angemessen erachteten Vertragsanpassung ergibt. Letzteres ist nicht nur die Geltendmachung des Anspruchs aus der Anpassung, sondern zugleich die Durchsetzung des Anspruchs auf Anpassung (ähnlich jurisPK-BGB/Pfeiffer, 5. Aufl., § 313 Rn. 70; aA PWW/Medicus/Stürner, BGB, 6. Aufl., § 313 Rn. 20).

35 bb) Die Beauftragung eines Rechtsanwalts durch die Klägerin stellte eine durch den Verzug bedingte und zweckentsprechende Maßnahme zur Rechtsverfolgung dar. Dass der Anwalt nach einer letztmaligen Aufforderung zur Mitwirkung bei der Vertragsanpassung den Rücktritt vom Vertrag erklärt und an-

schließlich mit der Rückauffassung des Grundstücks eine andere Leistung als die angemahnte Leistung von dem Beklagten verlangt hat, ändert nichts daran, dass seine Inanspruchnahme durch den Verzug des Beklagten bedingt und zur Durchsetzung der Rechte der Klägerin erforderlich war (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 2011 - VIII ZR 132/10, NJW 2011, 1222, 1224 Rn. 23).

IV.

36 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 und § 97 Abs. 1 ZPO.

Krüger

Stresemann

Roth

Brückner

Weinland

Vorinstanzen:

LG Paderborn, Entscheidung vom 12.07.2010 - 4 O 66/10 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 13.12.2010 - I-22 U 120/10 -