

# DNot I

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 5zr7199  
letzte Aktualisierung: 08.Novembert 1999

<Dokumentnummer> 5zr7199

<Gericht> BGH

<Aktenzeichen> V ZR 71/99

<Datum> 24.09.1999

<Normen> BGB §§ 249 A, 325 Abs. 1, 326 Abs. 1

<Titel>

<Fundstelle>

<Leitsatz> Ist Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, so orientiert sich der Anspruch am Wert des Interesses, das der Gläubiger an der ordnungsgemäßen Erfüllung der Verbindlichkeit zum vorgesehenen Erfüllungszeitpunkt hatte; die weitere Entwicklung bis zu einem späteren Zeitpunkt braucht er sich grundsätzlich nicht entgegenhalten zu lassen, es sei denn, er macht einen auf die Zukunft bezogenen entgangenen Gewinn geltend.

Die sog. Rentabilitätsvermutung gilt uneingeschränkt nur, wenn der Geschädigte neben der Rückforderung einer bereits erbrachten Leistung lediglich die Erstattung nutzlos gewordener Aufwendungen beansprucht, nicht, wenn er neben diesen Aufwendungen Ersatz solcher Vorteile verlangt, die ihm durch das Ausbleiben der Gegenleistung entgangen sind.

## Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 21. Dezember 1995 kauften die Kläger von der Beklagten als Bauträgerin eine noch zu erstellende Eigentumswohnung zum Preis von 243.371 DM und zahlten im selben Jahr 100.000 DM. Die Beklagte garantierte die Bezugsfertigkeit bis zum 31. März 1997, vermochte aber die Wohnungsanlage nicht rechtzeitig zu erstellen und bot den Klägern unter dem 12. November 1996 die Rückabwicklung des Vertrages und Ersatz des Schadens an. Die Kläger lehnten mit Anwaltsschreiben vom 21. November 1996 die weitere Durchführung des Vertrages ab und verlangten Schadensersatz wegen Nichterfüllung, den sie mit 27.534,55 DM bezifferten. Darin enthalten waren u.a. Aufwendungen für den Vertrag sowie ein steuerlicher Schaden

für das Jahr 1995 in Höhe von 15.622,65 DM. Die Beklagte glich den Gesamtschaden aus.

Mit der Klage verlangen die Kläger Ersatz weiteren steuerlichen Schadens für das Jahr 1996, den sie mit 29.644,95 DM beziffern. Ferner begehren sie Erstattung vorprozessualer Anwaltskosten. Die auf Zahlung von - zuletzt - 31.464,71 DM nebst Zinsen gerichtete Klage ist in den Tatsacheninstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgen die Kläger ihr Klageziel weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

### **Entscheidungsgründe:**

#### I.

Das Berufungsgericht bejaht dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch aus § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB. Es meint jedoch, die Kläger hätten hinsichtlich der geltend gemachten steuerlichen Nachteile einen Vermögensschaden nicht hinreichend dargetan. Erforderlich sei nämlich eine Gegenüberstellung der gesamten Vermögenslage der Kläger, wie sie bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung bestanden hätte, mit der tatsächlich infolge der Nichterfüllung bestehenden Vermögenslage. Daran fehle es; denn die Kläger hätten sich lediglich einen einzelnen Rechnungsposten, den behaupteten Steuernachteil, herausgegriffen, ohne mögliche Nachteile, die bei Durchführung des Vertrages eingetreten sein könnten (sinkende Rendite des Objekts) zu berücksichtigen. Die vorgerichtlichen Anwaltskosten hält das Berufungsgericht nicht für erstattungsfähig, weil diese nur unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens gel-

tend gemacht werden könnten und die Kläger nicht dargelegt hätten, daß die Kosten nach Verzugseintritt entstanden seien.

## II.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Zutreffend und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die Beklagte dem Grunde nach den Klägern Schadensersatz wegen Nichterfüllung schuldet.

a) Dieser Anspruch folgt allerdings nicht aus § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB. Denn zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs war die von der Beklagten geschuldete Leistung nicht unmöglich geworden. Die von den Klägern gekaufte Eigentumswohnung hätte nach wie vor, wenn auch verspätet, hergestellt und den Klägern übergeben und übereignet werden können. Dafür, daß der garantierte Fertigstellungstermin nach dem Willen der Parteien ein absoluter Fixtermin sein sollte, dessen Ablauf im Falle der Nichtleistung ohne weiteres zum Eintritt der Unmöglichkeit führen sollte, ist nichts ersichtlich. Ebensowenig gibt es Anhaltspunkte dafür, daß ein Fall der wirtschaftlichen Unmöglichkeit vorlag (dazu MünchKomm-BGB/Emmerich, 3. Aufl., § 275 Rdn. 33, vor § 275 Rdn. 26).

b) Die Haftung der Beklagten ergibt sich vielmehr aus einer zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung über die Rückabwicklung des Vertrages und die Zahlung von Schadensersatz, welche durch ein entsprechendes Angebot der Beklagten mit Schreiben vom 12. November 1996 und eine Annah-

meerklärung der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 12. November 1996 zustande gekommen ist. Ob die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB vorgelegen haben, bedarf daher nicht der Entscheidung.

2. Zutreffend und von der Revision ebenfalls nicht in Zweifel gezogen sind auch die grundsätzlichen Ausführungen des Berufungsgerichts zur Schadensberechnung. Sowohl bei § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB als auch bei § 326 Abs. 1 BGB wird das ursprüngliche Vertragsverhältnis mit Eintreten der Haftungsvoraussetzungen in der Weise umgestaltet, daß an die Stelle der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen ein einseitiges, am Erfüllungsinteresse ausgerichtetes Abrechnungsverhältnis tritt, bei dem die gegenseitigen Ansprüche nur noch unselbständige Rechnungsposten sind (Senat, BGHZ 87, 156, 158 f; Urt. v. 11. Februar 1983, V ZR 191/81, WM 1983, 418). Für den hier vorliegenden Fall der vertraglichen Abrede, wonach den Klägern anstelle des Erfüllungsanspruchs ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung verschafft wurde, gilt nichts anderes. Die Vereinbarung der Parteien ist dahin zu verstehen, daß die Kläger die Rechtsposition erhalten sollten, die ihnen auch unter den - entweder schon gegebenen oder jedenfalls ohne weiteres herbeizuführenden - Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB zustehen würde.

Daraus folgt, daß die Kläger, um ihren Schaden darzulegen, einen Gesamtvermögensvergleich anstellen müssen. Sie müssen - wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat - nach der sog. Differenzhypothese vortragen, wie sich ihre gesamte Vermögenssituation bei ordnungsgemäßer Erfüllung entwickelt hätte, und dem die tatsächliche Vermögensentwicklung gegenüberstellen. Nur die Differenz beider Vermögenslagen kann Gegenstand des Schadensersatzanspruchs sein; unzulässig ist es demgegenüber, einzelne Schadenspositionen herauszugreifen und gesondert, ohne Berücksichtigung anderer für die

Vermögensentwicklung bedeutsame Umstände, als Nichterfüllungsschaden geltend zu machen (st. Rspr. des Bundesgerichtshofes, vgl. BGHZ 2, 310, 314; 99, 182, 196 f; Senat, Urt. v. 11. Februar 1983, V ZR 191/81, WM 1983, 418).

3. Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Kläger. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts bekämpft die Revision mit Erfolg.

a) Das Berufungsgericht hat die Auffassung des Landgerichts gebilligt, daß sich die Kläger bei der Erstellung des Gesamtvermögensvergleichs die hinsichtlich des von ihnen noch zu erbringenden Kaufpreises ersparten Finanzierungskosten entgegenhalten lassen müssen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Denn diese Kosten wären ihnen auch bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung entstanden.

Nicht zu folgen ist den Vorinstanzen aber insoweit, als sie eine Einrechnung der Finanzierungskosten in den Gesamtvermögensvergleich wegen nicht hinreichenden Klagevorbringens unterlassen haben. Aus dem Vortrag der Kläger ergibt sich nämlich, welche Vertrags- und Finanzierungskosten ihnen 1996 entstanden sind (insbesondere Anlage K 5 zur Klageschrift). Soweit Angaben über weitere Finanzierungskosten bis zum vertraglich vorgesehenen Erfüllungszeitpunkt fehlen, hätte auf der Grundlage der für 1996 vorgetragenen Werte und der - auch von der Beklagten angenommenen - Prämisse einer vollständigen Fremdfinanzierung eine Schätzung nach § 287 ZPO erfolgen können.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist bei der Erstellung des Gesamtvermögensvergleichs zur Schadensberechnung nicht die zukünftige Renditeentwicklung der gekauften Immobilie (Entwicklung der Mieten einerseits und der Kosten für die Wohnung andererseits) zu berücksichtigen.

aa) Ist Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, so orientiert sich der nach § 251 Abs. 1 BGB geschuldete Geldersatz am Wert des Interesses, das der Gläubiger an der ordnungsgemäßen Erfüllung der Verbindlichkeit zum vorgesehenen Erfüllungszeitpunkt hatte. Die weitere Entwicklung bis zu einem späteren Zeitpunkt braucht er sich grundsätzlich nicht entgegenhalten zu lassen (vgl. Senat, Urt. v. 19. September 1980, V ZR 51/78, NJW 1981, 45, 47; Soergel/Mertens, BGB, 12. Aufl., § 249 Rdn. 128; Staudinger/Schiemann, BGB, 1998, vor § 249 Rdn. 81). Es spielt daher im konkreten Fall keine Rolle, wie sich die Wirtschaftlichkeit des Immobilienerwerbs nach dem geschuldeten Leistungszeitpunkt bei Durchführung des Vertrages entwickelt hätte. Entscheidend ist der Vermögensstatus zum Erfüllungszeitpunkt Ende März 1997. Darauf stellen die Kläger - zutreffend - ab, wenn sie steuerliche Nachteile bis zu diesem Zeitpunkt geltend machen.

bb) Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht aus der Entscheidung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 27. Oktober 1983 (VII ZR 12/82, NJW 1984, 863). In jenem Verfahren hatte der Kläger Schadensersatz mit der Begründung begehrt, die Beklagte habe ihn nicht rechtzeitig davon unterrichtet, daß Verlustzuweisungen, die er durch die Beteiligung an einem Anlageobjekt der Beklagten erlangen wollte, nicht in voller Höhe vom Finanzamt anerkannt worden seien. Dadurch habe er, der Kläger, sich in dem folgenden Steuerjahr nicht mehr an anderen Anlageprojekten beteiligen können, um zusätzliche Verlustzuweisungen zu erhalten, die seine Steuerschuld gemindert hätten. Der VII. Zivilsenat führt aus, daß es zur Darlegung eines Schadens nicht ausreiche, allein auf die gescheiterte Möglichkeit abzustellen, weitere steuermindernde Verlustzuweisungen zu erhalten; gegenüberzustellen seien die Aufwendungen für die Anlageobjekte und deren

wirtschaftliche Rendite. Denn es gebe keinen Erfahrungssatz, daß die steuerlich als abzugsfähig anerkannten Provisionen, Gebühren und Vergütungen, die der Investor zu entrichten habe, stets schon durch den Wert der Anlage aufgewogen würden.

Diese Ausführungen enthalten keine von dem hier vertretenen Standpunkt abweichende Aussagen. Wenn der Geschädigte - wie dort - einen Schaden im Sinne von § 252 BGB geltend macht, sich also auf eine zukünftige, wahrscheinlich eingetretene Geschäftsentwicklung beruft, kann er nicht einen positiven Aspekt des hypothetischen Geschäfts herausgreifen (steuerliche Abschreibung), ohne dem die Kosten und Nachteile der Anlagebeteiligung gegenüberzustellen (Aufwendungen für die Beteiligung; Rendite). Nur die Differenz macht den wahrscheinlich eingetretenen Gewinn im Sinne des § 252 Satz 2 BGB aus. Eine zeitliche Grenze sieht die Norm für die Beurteilung nicht vor. Sie ergibt sich aus den natürlichen Grenzen einer Wahrscheinlichkeitsprognose.

Um eine solche auf die Zukunft bezogene Gewinneinschätzung geht es hier nicht. Die Kläger wollen nicht Ersatz für ausgebliebene gewinnverheißende Geschäfte, sondern ein Äquivalent für den von der Beklagten geschuldeten aber nicht geleisteten Gegenstand. Die Beklagte war verpflichtet, zum 31. März 1997 eine bestimmte Eigentumswohnung zu erstellen und den Klägern zu Besitz und Eigentum zu übertragen. Hätte sie diese Verpflichtung erfüllt, hätten - nach Vortrag der Kläger - Anschaffungskosten, die zuvor angefallen waren, steuerlich berücksichtigt werden können. Darin liegt - nicht anders als bei einem Sachschaden - ein Vermögensnachteil, wenn im übrigen - wovon mangels entgegenstehenden Parteivorbringens auszugehen ist - Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind. Dieser Schaden steht im Zeitpunkt, da der Vertrag hätte erfüllt werden müssen, fest. Er ergibt sich nicht erst aus einer nach diesem

Zeitpunkt liegenden Entwicklung, die - wie im Fall des VII. Zivilsenats - nicht ohne Gesamtschau erfaßt werden kann und für die es eine feste zeitliche Grenze nicht gibt.

cc) Den Klägern obliegt auch nicht deswegen eine weitergehende, die Renditeentwicklung der gekauften Eigentumswohnung betreffende Darlegungspflicht, weil sie entgangene Steuervorteile als Schadensersatz geltend machen. Denn anders als bei der Anschaffung beweglicher Wirtschaftsgüter und unbeweglicher zu einem Betriebsvermögen gehörender Wirtschaftsgüter sieht das die steuerliche Abschreibung ermöglichende Fördergebietsgesetz (vom 23. September 1993, BGBl. I S. 1654, geändert durch Jahressteuergesetz 1996 vom 11. Oktober 1995, BGBl. I S. 1250) für unbewegliche Wirtschaftsgüter der privaten Nutzung keine generelle Mindestdauer vor, während der der Steuerpflichtige das begünstigte Wirtschaftsgut behalten muß, um die Steuervorteile nicht einzubüßen (vgl. Mayer/Ball, FinanzRschr 1997, 210 ff).

4. Mit Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Abweisung der Klage auf Ersatz des Schadens, der den Klägern in Form vorprozessualer Anwaltskosten entstanden ist. Diese Kosten gehören grundsätzlich zu dem Nichterfüllungsschaden, der nach der Vereinbarung der Parteien von der Beklagten zu erstatten war.

### III.

Nach allem hat das angefochtene Urteil keinen Bestand. Das Berufungsgericht wird prüfen müssen, ob den Klägern der geltend gemachte steuerliche Schaden entstanden ist und in welcher Höhe die Anwaltskosten erstattungsfähig sind. Es wird davon die nach § 287 ZPO zu schätzenden Finanzierungskosten

ten abzuziehen haben, die den Klägern bei Durchführung des Vertrages (bis zum Erfüllungszeitpunkt) entstanden wären. Ferner wird es zu berücksichtigen haben, daß die Kläger von der Beklagten bereits einen Teil des Nichterfüllungsschadens ersetzt erhalten haben, wobei sowohl die nutzlos gewordenen Aufwendungen für den Vertrag erstattet worden sind als auch Ersatz für entgangene Vorteile geleistet worden ist. Dafür besteht keine Rechtsgrundlage. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind allerdings Aufwendungen des Käufers, die sich im Falle der Nichterfüllung der Gegenleistung als nutzlos erweisen, unter schadensersatzrechtlichen Gesichtspunkten erstattungsfähig, wenn ihnen im Falle der Erfüllung ein Gegenwert gegenübergestanden hätte. Dafür besteht eine - widerlegbare - Vermutung; denn es darf angenommen werden, daß die Parteien Leistung und Gegenleistung als gleichwertig einschätzen mit der Folge, daß die Aufwendungen durch die Vorteile der erwarteten Gegenleistung ausgeglichen werden ("Rentabilitätsvermutung", vgl. Senat, BGHZ 71, 234, 238; BGHZ 99, 182, 197; Senat, Urt. v. 26. März 1999, V ZR 364/97, ZIP 1999, 845). Das gilt allerdings uneingeschränkt nur, wenn der Geschädigte neben der Rückforderung einer bereits erbrachten Leistung lediglich die Erstattung nutzlos gewordener Aufwendungen beansprucht ("Mindestschaden", vgl. Senat, BGHZ 21, 234, 238; "erster handgreiflicher Schaden", RGZ 127, 245, 248). Beläßt es der Geschädigte demgegenüber nicht hierbei und verlangt er neben diesen Aufwendungen Ersatz solcher Vorteile, die ihm nach seiner Darstellung durch das Ausbleiben der Gegenleistung entgangen sind, so ist für den Gedanken der Rentabilitätsvermutung kein Raum mehr. Denn der Geschädigte verlangt unter diesen Umständen sowohl wegen des Ausbleibens der Gegenleistung Ersatz als auch wegen der getätigten Aufwendungen, obwohl deren Erstattung nur vor dem Hintergrund gerechtfertigt ist, daß im allgemeinen ein Ausgleich durch die Gegenleistung erfolgt wäre (woran es gerade fehlt). Verlangt der Geschädigte konkret Ersatz von Vorteilen, die er

aus der Gegenleistung hätte ziehen können, so kann er - jedenfalls bis zur Höhe dieser Vorteile - Erstattung von Aufwendungen nicht mehr verlangen.