
Datum: 19.12.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 166/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:1219.11U166.00.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 18 O 338/99

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 11.08.2000 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 18 O 338/99 - wird zurückgewiesen: Die Kosten der Berufung fallen dem Kläger zur Last. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden und zwar die durch die Beklagte zu 1) in Höhe von 72.000,00 DM und die durch den Beklagten zu 2) in Höhe von 16.000,00 DM, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in der genannten Höhe leisten. Die Parteien dürfen die Sicherheit durch selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürgen zugelassenen Kreditinstituts erbringen.

Tatbestand

1

##blob##nbsp;

2

Die Parteien streiten um die Rückabwicklung eines Vertrages betreffend den Erwerb eines gewerblichen Objekts (Teileigentum) und aus diesem Anlass von dem Kläger geltend gemachte Schadensersatzansprüche.

3

Der Kläger und die Beklagte zu 1) schlossen am 13.12.1996 einen notariellen Vertrag über den Erwerb einer Ladeneinheit auf dem Grundstück C.straße 75/76, K.straße 11, S.straße 70 in B.-Mitte verbunden mit einem Miteigentumsanteil von 300,48/10.000 (UR-Nr. .../1996 des Notar B. in F. a.M.); es handelt sich um die Ladeneinheit Nr. 4.0.1 der Teilungserklärung (UR-Nr. .../1995, geändert durch Erklärungen UR-Nr. ... und .../1996 des Notars B. in F.). Die Beklagte zu 1) verpflichtete sich unter § 1 Ziffer 2 des Vertrages, auf dem

4

Grundstück ein Bauvorhaben mit 199 Eigentumswohnungen, 11 Läden/Gewerbereinheiten und 133 Tiefgaragenabstellplätzen zu errichten; die Bauausführung sollte sich nach der Baubeschreibung und den Änderungserklärungen dazu richten (§ 3 Ziffer 1 des Vertrages). § 3 Ziffer 4 regelt die Verpflichtung der Beklagten zu 1) zur Durchführung von Sonderwünschen des Klägers. Der Netto-Kaufpreis betrug 2.870.000 DM (§ 4 des Vertrages). § 8 des Vertrages enthält Vereinbarungen zur Fertigstellung und Übergabe des Kaufgegenstandes; als spätester Termin der Bezugsfertigkeit und Übergabe war der 30.06.1997 bestimmt. Ausweislich § 14 des Vertrages waren sämtliche Ladeneinheiten bereits vermietet; der Vertrag nimmt insoweit auf den Generalmietvertrag zwischen der Beklagten zu 1) und der Fa. Q. 201 B Verwaltungsgesellschaft mbH (Bl. 1 ff. des Anlagenheftes, im Folgenden: AH) Bezug. Der Kläger sollte hinsichtlich des Kaufgegenstands ab dem Tag der Übergabe auf Vermieterseite in alle Rechte und Pflichten aus dem Generalmietvertrag eintreten. Die Beklagte zu 1) übernahm für die ordnungsgemäße Erfüllung aller von der Generalmieterin gegenüber dem Vermieter hinsichtlich des Kaufgegenstands übernommenen Verpflichtungen eine Höchstbetragsbürgschaft in Höhe einer Netto-Jahresmiete (193.008,72 DM). Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Anlage K 1 (im Anlagenordner, im Folgenden: AnIO) Bezug genommen.

Der Kläger zahlte den Netto-Kaufpreis in Höhe von 2.870.000 DM noch im Jahre 1996 gegen Stellung einer Sicherheit in Form einer Bankbürgschaft gemäß § 7 der Makler- und Bauträgerverordnung. Hinsichtlich der Mehrwertsteuer trat der Kläger seinen Vorsteuererstattungsanspruch gegen das Finanzamt an die Beklagte zu 1) ab, die diesen Anspruch mit ihrer Umsatzsteuerschuld verrechnete. Am 22.10.1998 wurde der Kläger als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen (Bl. 85 AH), nachdem am 17.06.1998 die Auflassung erklärt worden war (UR-Nr. .../1998 des Notars B.; Bl. 120 f. AH). Zu diesem Zeitpunkt lastete auf dem Eigentum eine Grundschuld in Höhe von 80 Millionen DM. Der Notar beantragte mit Schreiben vom 28.12. 1998 (Bl. 80 f. AH) unter Vorlage der Löschungsbewilligung der Bank vom 02.06.1998 beim Grundbuchamt die Löschung dieser Grundschuld; die Löschung ist zwischenzeitlich erfolgt.

5

Die Fertigstellung der Baumaßnahme verzögerte sich aus einer Vielzahl von Gründen. Deshalb kam es nicht zu der für den 01.12.1997 vorgesehenen Übergabe der Ladeneinheiten an die Generalmieterin. Diese kündigte mit Schreiben vom 08.12.1997 den Generalmietvertrag fristlos. Die Beklagte zu 1) widersprach der Kündigung, worauf hin die Generalmieterin - gegen den Widerspruch der Beklagten zu 1) - wiederholt die Kündigung aussprach. In einem zwischen der Generalmieterin und der Beklagten zu 1) geführten Rechtsstreit verurteilte das Kammergericht B. die Generalmieterin zur Zahlung der Miete; es nahm an, dass die Generalmieterin als Übergabezeitpunkt den 01.02.1998 gelten lassen müsse und dass ihre Kündigungen unwirksam seien (Urteil vom 04.05.2000, Az.: 22 U 7162/98; Bl. 135 ff. AH).

6

Am 07.01.1998 kam es auf der Baustelle zu einer Begehung der vom Kläger erworbenen Ladeneinheit; darüber verhält sich ein mit der Überschrift "Abnahmeprotokoll" versehenes Schriftstück, das von den Teilnehmern der Begehung, u.a. dem Kläger, unterschrieben ist. Hinsichtlich des Inhalts wird auf die Darstellung im Tatbestand des angefochtenen Urteils und auf Bl. die Anlage K 7 (im AnIO) Bezug genommen.

7

Am 10. und 11.08.1998 erfolgte eine Begehung des Gemeinschaftseigentums durch den Sachverständigen R.. Hierüber wurde ein Abnahme-/Übergabeprotokoll nebst Anlagen erstellt, worauf Bezug genommen wird (Bl. 160 ff. AH). Da bei dieser Abnahme Fehler an der Sicherheitstechnik festgestellt wurden, fand im Juni 1999 ein erneuter Abnahmetermin statt

8

(vgl. Schreiben der Beklagten zu 1) an den Kläger vom 02.06.1999, Anlage K 9b, im AnIO).

Zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) bzw. ihrem Rechtsanwalt E. sowie weiteren Beteiligten kam es im Jahr 1998 zu einem umfangreichen Schriftwechsel:

9

Mit Schreiben vom 11.02.1998 teilte die Beklagte zu 1) dem Kläger mit, dass die Generalmieterin das Objekt nicht übernommen habe (AnIO K 16). Mit Schreiben vom 07.04.1998 kündigte sie dem Kläger an, sich um eine neue Vermietung kümmern zu wollen (AnIO K 17). In der Folge fand sich durch Vermittlung der Maklerfirma Re. als Mietinteressent für die Ladeneinheit des Klägers die Firma Fahrrad-L. (Inhaber Es.). Diese wollte die Ladeneinheit des Klägers (Laden 5) jedoch nur zusammen mit der Ladeneinheit des Miteigentümers F. (Laden 6) anmieten und nutzen. Unter dem 26.08./02.09.1998 schloss die Beklagte zu 1), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2) zu diesem Zeitpunkt war, in Vertretung der beiden Miteigentümer einen Mietvertrag mit der Fa. Fahrrad-L. betreffend die Läden 5 und 6 (Bl. 34 ff. AH). Der Kläger äußerte sich dazu mit Schreiben vom 08.09.1998 (AnIO K 18). Er zeigte sich erfreut über den Erfolg der Vermietungsbemühungen, beanstandete aber die Vorgehensweise und die Informationspolitik der Beklagten zu 1) und weigerte sich, den "Gemeinschaftsmietvertrag" zu unterzeichnen, da wichtige Dinge, wie etwa das Mietkasso der gemeinschaftlichen Miete ungeklärt seien. Die Bedenken des Klägers gegen eine Vermietergemeinschaft mit dem Miteigentümer F. ergeben sich auch aus einem Vermerk, den Rechtsanwalt E. über ein mit dem Kläger am 08.09.1998 geführtes Gespräch fertigte (Bl. 55 f. AH). Der Kläger bezog sich auf dieses Gespräch in seinem Schreiben an Rechtsanwalt E. vom 12.09.1998, in dem er einen Dialog über die Probleme verlangte (AnIO K 21). Dies äußerte er auch mit Schreiben an die Beklagte zu 1) vom 13.09.1998 (AnIO K 20). Im Anschluss an ein Gespräch der Parteien vom 25.09.1998 verlangte der Kläger mit Schreiben vom 30.09.1998 (AnIO K 22) u.a., seine Rechtsbeziehungen zu dem Miteigentümer F. "praktikabel zu gestalten"; er führte aus, es sei "unmöglich", "zu einzelnen Fragen, wie der Vertretung ohne Vertretungsmacht verbindlich Stellung zu nehmen", bevor nicht zu allen Fragen Lösungen bzw. Lösungsvorschläge vorlägen. Das Gespräch vom 25.09.1998 ist auch Gegenstand eines Schreibens der Beklagten zu 1) an den Kläger vom 30.09.1998 mit einer anliegenden Gesprächsnotiz (AnIO K 23), die der Kläger mit Schreiben vom 02.10.1998 (AnIO K 24) in einigen Punkten, nicht aber hinsichtlich der Vermietung des Ladens, präzisierte. Mit Schreiben vom 06.11.1998 (Bl. 59 f. AH) übersandte Rechtsanwalt E. dem Kläger den Entwurf einer Vereinbarung über die Trennung des Mietvertrages bezüglich der Läden 5 und 6 (Bl. 61 ff. AH). Mit Schreiben vom 09.11.1998 (AnIO K 30) meldeten sich für den Kläger die Rechtsanwälte Eg. pp. Sie forderten die Einstellung von Umbaumaßnahmen im Laden 5, da dadurch das Eigentumsrecht des Klägers verletzt werde, und verweigerten "endgültig" die Genehmigung des in vollmachtloser Vertretung von der Beklagten zu 1) geschlossenen Mietvertrages. Nach weiterem Schriftverkehr (in zeitlicher Reihenfolge: Bl. 76, 78 AH, AnIO K 27, K 33, K 34, K 38, Bl. 128 AH, Bl. 117 AH = Bl. 419, AnIO K 2, Bl. 129 AH, AnIO K 35, Bl. 134 AH, AnIO K 36, K 37) erklärte der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 08.01.1999 (AnIO K 3) den Rücktritt vom Kaufvertrag. Hinsichtlich des Inhalts der Schreiben im Einzelnen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils und auf die genannten Fundstellen Bezug genommen.

10

Der Kläger verlangt mit der Klage die Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer Zug um Zug gegen Rückübertragung des erworbenen Eigentums, ferner im Wege des Schadensersatzes die Erstattung sämtlicher Vertragskosten und Aufwendungen, die er unter Berücksichtigung bereits geleisteter Zahlungen der Beklagten zu 1) mit 67.111, 93 DM berechnet. Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf die Aufstellung der Schadenspositionen in der Klageschrift vom 23.08.1999, S. 62 ff. (=

11

Bl. 62 ff. d.A.) verwiesen.

Der Kläger hat geltend gemacht:	12
Die Beklagte zu 1) habe sich mit ihren Hauptleistungspflichten in Verzug befunden. Seine Sonderwünsche, die die Beklagte zu 1) gemäß § 3 Ziff. 4 des notariellen Vertrages geschuldet habe, seien nicht fertiggestellt worden. Auch nach der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung habe sie ihre Pflichten nicht erfüllt. Auch habe die Beklagte zu 1) durch ihr Verhalten ihre vertraglichen Pflichten gröblichst verletzt. Der Rücktritt sei danach berechtigt. Ein Festhalten an dem Vertrag sei ihm, dem Kläger, nicht mehr zumutbar gewesen. Der Beklagte zu 2) sei zum Ersatz des ihm entstandenen Schaden verpflichtet, weil er die Vermögensinteressen des Klägers vorsätzlich und in sittenwidriger Weise verletzt habe.	13
Der Kläger hat beantragt,	14
##blob##nbsp;	15
1. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, an ihn, den Kläger, 3.304.805,00 DM nebst 7,5% Zinsen vom 21.01.1999 - 24.05.2000 sowie 8,75 % seit dem 15.05.2000 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückübertragung der Teileigentumseinheit 300,48/10.000 Miteigentumsanteil an den Grundstücken Flur 720, Flurstücke 180, 214, 215, 262, Gebäude- und Freifläche C.straße 75/76, K.straße 11, S.straße 70, eingetragen im Grundbuch von B.-Mitte des Amtsgerichts B.-Mitte Band 342 Blatt ... N,	16
##blob##nbsp;	17
2. die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn, den Kläger, 67.111,93 DM nebst 7,5 % Zinsen seit dem 26.02.1998 bis 14.05.2000 sowie 8,75% seit dem 15.05.2000 zu zahlen,	18
##blob##nbsp;	19
3. festzustellen, dass sich die Beklagte zu 1) mit der Annahme der Rückübertragung des im Grundbuch von B.-Mitte Band 342 Blatt ... N verzeichneten Teileigentums in Verzug befindet,	20
##blob##nbsp;	21
4. festzustellen, dass die Beklagten zu 1) und 2) gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, dem Kläger sämtlichen Schaden zu ersetzen, der dem Kläger durch den Rücktritt vom notariellen Kaufvertrag vom 13.12.1996 und die Rückübertragung des Teileigentums an die Beklagte zu 1) noch entstehen wird.	22
Die Beklagten haben - nachdem der Beklagte zu 2) einen angekündigten Widerklageantrag zurückgenommen hat - beantragt,	23
##blob##nbsp;	24
die Klage abzuweisen.	25
Die Beklagten sind den Ausführungen des Klägers im Einzelnen entgegen getreten.	26
	27

Wegen der Einzelheiten des Parteivortrags in erster Instanz wird auf die Schriftsätze und die überreichten Unterlagen Bezug genommen.	
Durch das angefochtene Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Hinsichtlich der Begründung wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen. Mit Beschluss vom 31.08.2000 hat das Landgericht das Urteil gemäß § 319 im Rubrum und im Tenor berichtigt.	28
Gegen das seinen erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten am 16.08.2000 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 15.09.2000 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit einem am 22.11.2000 eingegangenen Schriftsatz begründet.	29
Der Kläger wiederholt und ergänzt sein erstinstanzliches Vorbringen. Er macht im Wesentlichen geltend:	30
Unter den besonderen Umständen des Falls sei ein Rücktritt möglich gewesen. Eine Abnahme habe vor dem Rücktritt nicht vorgelegen, da insbesondere die Haustechnik ausgeklammert und ein weiterer Abnahmetermin vereinbart gewesen sei; auch das Gemeinschaftseigentum sei nicht abgenommen gewesen. Die Beklagte zu 2) habe sich in Verzug mit Hauptleistungspflichten befunden; der Besitz sei nicht eingeräumt, das Generalmietverhältnis nicht übergeleitet worden. Ein Fall der teilweisen Nichterfüllung liege nicht vor. Ein Anspruch ergebe sich auch aus Werkvertragsrecht, §§ 636, 327 BGB, ferner §§ 634, 633, 467, 465 BGB. Der Rücktritt habe auch wegen positiver Vertragsverletzung der Beklagten zu 1) hinsichtlich der Vermietung des Ladens erklärt werden können. Die Schadensersatzansprüche ergäben sich aus positiver Vertragsverletzung und § 826 BGB. Auch der Beklagten zu 2) hafte als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung.	31
Der Kläger beantragt,	32
##blob##nnbsp;	33
unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach den erstinstanzlich gestellten Anträgen zu erkennen.	34
Die Beklagten beantragen,	35
##blob##nnbsp;	36
die - jeweils gegen sie gerichtete - Berufung zurückzuweisen und Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft zu gestatten.	37
Sie treten den Ausführungen des Klägers im Einzelnen entgegen.	38
Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in zweiter Instanz wird auf die Schriftsätze und die überreichten Unterlagen Bezug genommen.	39
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	40
Die zulässige Berufung ist unbegründet.	41
	42

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger hat gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrages und auf Schadensersatz.

A. Klage gegen die Beklagte zu 1) 43

I. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages. 44

1. Er ist nicht wirksam nach § 326 BGB zurück getreten. Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach § 326 BGB nicht vorliegen. 45

a) Ein Rücktritt nach § 326 BGB war hinsichtlich des Sondereigentums nicht mehr möglich, da dieses am 07.01.1998 abgenommen worden war. 46

Die Rechte aus § 326 BGB kann der Besteller beim Werkvertrag nur bis zur Abnahme geltend machen (BGH, BauR 1974, 199, 200 = BGHZ 62, 83; std. Rspr. vgl. zuletzt NJW 1999, 2046, 2047 f.); findet eine selbständige Teilabnahme, etwa des Sondereigentums statt, so ist die Geltendmachung der Rechte aus den allgemeinen Vorschriften für den abgenommenen Teil ausgeschlossen (vgl. Schmidt, BauR 1997, 216, 218 mit weiteren Nachweisen). Sondereigentum und gemeinschaftliches Eigentum können auch in Teilen abgenommen werden, denn die Zuordnung zum einen und zum andern ist tatsächlich möglich (BGH, BauR 1983, 573, 575 = SFH § 640 BGB Nr. 10; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl., Rn. 504; Schmidt, BauR 1997, 216, 217 mit weiteren Nachweisen). 47

In § 8 des Kaufvertrages (S. 18 ff.) haben die Vertragsparteien eine getrennte Abnahme des "Ladens" und des Gemeinschaftseigentums vereinbart. Am 07.01.1998 fand eine Abnahmeverhandlung hinsichtlich des Ladens statt. Eine Abnahme war möglich, weil das fertig gestellte Ladenlokal als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung anerkannt werden konnte. Das Abnahmeprotokoll K 7 weist eindeutig eine rechtliche Abnahme des vom Kläger gekauften Ladens 4.01 aus. Dafür spricht entscheidend, dass die Gewährleistungsfristen ab dem 08.01.1997 laufen sollten und Mängel sowie nicht fertig gestellte Arbeiten als noch zu beseitigende "Mängel" erfasst wurden, die der Verkäufer binnen bestimmter Fristen zu erledigen hatte. Ferner ist zwar ein Hinweis auf die notwendigen öffentlich-rechtlichen Abnahmen und die getrennt durchzuführende bzw. bereits durchgeführte Abnahme des Gemeinschaftseigentums vorhanden; irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass im Hinblick auf die festgestellten Mängel und fehlenden Leistungen eine erneute, ergänzende oder sonst wie zu bezeichnende Abnahme vorgesehen war, finden sich in dem Protokoll indes nicht. 48

Dem Kläger, der unstreitig seit mehr als 30 Jahren als Anwalt im Immobilienbereich tätig ist, kann nicht verborgen geblieben sein, dass er hier eine rechtsgeschäftliche Abnahmeerklärung abgab. Seine entgegen stehenden Ausführungen, mit denen er das Gegenteil darzulegen versucht, überzeugen nicht. 49

Der Annahme, dass eine Abnahme stattgefunden habe, steht nicht entgegen, dass dem Kläger nicht der Besitz an dem Laden durch Schlüsselübergabe oder Ähnliches eingeräumt wurde. Dabei mag davon ausgegangen werden, dass die körperliche Hinnahme des Werkes in der Regel mit der Besitzeinräumung verbunden ist (vgl. Palandt/Sprau, 60. Aufl., § 640 Rn. 2 mit weiteren Nachweisen). Zwingend ist dies nicht (vgl. OLG Braunschweig, BauR 2000, 105); die Modalitäten der Abnahme können im Rahmen der Vertragsfreiheit von den Beteiligten modifiziert werden (Palandt a.a.O. Rn. 10 mit weiteren Nachweisen). Hier war vorgesehen, dass das Objekt zeitnah an den Generalmieter übergeben werden sollte (Nr. 6 des Abnahmeprotokolls); es ist auch nicht ersichtlich, welchen 50

Sinn die Übergabe des Schlüssels an den in E. im T. residierenden Kläger hätte haben sollen, wenn das Objekt binnen der dem Hauptmieter gesetzten Nachfrist zu übergeben war. Dass der Generalmieter die Übernahme - zu Unrecht, vgl. Urteil des KG vom 04.05.2000, AH 135 ff. - verweigerte, änderte nichts an der getroffenen Vereinbarung, dass die Übergabe an den Kläger durch die an den Generalmieter ersetzt werden sollte. Es ist auch - ohne dass es insoweit rechtlich darauf ankommt - nicht ersichtlich, dass der Kläger eine Übergabe an sich in der Folge verlangt hat; ihm war es offenbar recht, dass sich die Beklagte zu 1) um eine Ersatzvermietung bemühte (vgl. etwa Schreiben des Klägers vom 08.09.1998, AnlO K 18); Zutritt zu dem Objekt hatte der Kläger jederzeit (vgl. etwa den Vorgang betreffend die Objektbegehung vom 31.08.1998, AnlO K 13, K 14).

b) Ob das Gemeinschaftseigentum bereits im August 1998 (also vor dem Rücktritt) oder erst im August 1999 (also nach dem Rücktritt) abgenommen worden ist, ist unerheblich, da insoweit nur noch ein Teilrücktritt in Betracht kam; für einen Interessenwegfall ist nichts ersichtlich, wie bereits das Landgericht ausgeführt hat (Seite 19 f. des Urteils). 51

c) Es handelt sich bezüglich des Sondereigentums um eine Hauptabnahme, nicht um eine Teilabnahme. Soweit der Kläger den Rücktritt auf die Nichterfüllung von Sonderwünschen stützt, handelt es sich nach der Anlage des Kaufvertrages und seinem Verständnis nicht um Hauptleistungen, aus deren unterlassener bzw. verzögerter Ausführung nach der Abnahme noch Rechte aus § 326 BGB hergeleitet werden konnten. § 3 Ziffer 4 des Kaufvertrages enthält hinsichtlich der Sonderwünsche eine eigenständige Herstellungspflicht der Beklagten zu 1). 52

d) Selbst wenn man aber von einer Teilabnahme in Bezug auf die Ladeneinheit ausgeht, ist eine abweichende Beurteilung nicht gerechtfertigt. Dem Erwerber stehen wegen der Nichterfüllung einer Teilleistung (Restleistung) die Rechte aus § 326 BGB hinsichtlich der Gesamtleistung einschließlich der abgenommenen Teile nur in Ausnahmefällen zu. Voraussetzung ist der Wegfall des Interesses, welches objektiv und unter Berücksichtigung des Vertragszweckes zu beurteilen ist. Beim Kauf von einem Bauträger kann ein solches Interesse in der Regel nicht bejaht werden, wenn der Käufer die Hauptleistung erhalten hat und nutzen kann und nur noch Restarbeiten ausstehen. 53

Im Streitfall kann weder ein Interessenwegfall bejaht werden noch tragen die vom Kläger zur Begründung seiner Kündigung heran gezogenen Gründe: 54

Der Kläger hat das Objekt als Kapitalanlage erworben. Die Erträge sollten aus den Mieten des Generalmieters fließen. Eine Verpflichtung zur Vermietung hat die Beklagte zu 1) nicht übernommen; in dem Kaufvertrag (§ 14) ist lediglich vereinbart, dass der Kläger das bereits zwischen der Beklagten zu 1) und dem Generalmieter bestehende Mietverhältnis übernimmt, dass dem Kläger ab dem Tag der Übergabe die Mieten zustehen und dass die Beklagte zu 1) für 10 Jahre eine Höchstbetragsbürgschaft im Umfang einer Jahresmiete (193.008,72 DM) übernimmt. 55

Bei Abschluss des Kaufvertrages lag der Generalmietvertrag mit dem Generalmieter, der Firma Q. 201 B, vor. Diese musste die Endmieter finden und im Hinblick darauf waren ihr in dem Generalmietvertrag weitgehende Rechte eingeräumt. Nach § 7 dieses Vertrages (Bl. 5 AH) darf der Vermieter die Zustimmung zu baulichen Veränderungen und der Installation etwa für den Gewerbebetrieb des Mieters bzw. seiner Untermieter erforderlicher Zusatzeinrichtungen nur aus wichtigem Grund verweigern; keiner Zustimmung des Vermieters bedürfen Veränderungen des Innenausbaus in den einzelnen (Unter-) Mietbereichen, soweit diese im Rahmen der Untervermietung erforderlich sind, wozu auch die 56

Teilung und Zusammenlegung von Läden gehört. In diesen Vertrag trat der Kläger "ab dem Tag der Übergabe" (§ 14 Ziffer 2 des Kaufvertrages), spätestens mit dem Übergang des Eigentums auf ihn, am 22.10.1998, ein. Unabhängig davon, dass die Generalmieterin ihren Pflichten aus dem Generalmietvertrag nicht nachgekommen ist, stand für den Kläger bis zu einer Vermietung an einen Endnutzer nicht fest, wie die von ihm erworbene Ladeneinheit genutzt werden würde, welche Um- und Einbauten erforderlich werden würden und ob und inwieweit gegebenenfalls eine Teilung oder Zusammenlegung von Ladenflächen erforderlich werden würde.

Nun hängen die aufgetretenen Querelen damit zusammen, dass der Generalmieter den Mietvertrag schon vor der Umschreibung auf den Kläger - unberechtigt - gekündigt hat (am 08.12.1997; inzwischen ist er auch insolvent) und zwar ersichtlich deshalb, weil die vereinbarte Miete von 46,88 DM/qm auf dem Markt nicht zu erzielen war. Da dieser Umstand den Kläger und die Beklagte zu 1) in gleicher Weise traf, waren die Vertragsbeteiligten darauf angewiesen, nach neuen Lösungsmöglichkeiten zu suchen. Dadurch notwendig auftretende Anpassungen der beiderseitigen Leistungspflichten durften nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) und im Hinblick auf die werkvertragliche Komponente wegen der hier bestehenden Kooperationspflicht (vgl. dazu BGHZ 133, 44, 47 und 143, 89, 93; Senatsurteil vom 27.04.2001 - 11 U 63/00 - OLGR 2001, 268 ff.) nicht ohne hinreichenden Grund zum Anlass für eine Abstandnahme vom Vertrag genommen werden (vgl. auch BGH, BGH-Report 2001, 450 f. und dazu Lauer in IBR 2001, 513).

57

Gemessen daran tragen die Rücktrittsgründe, die in dem Abmahnungsschreiben vom 03.12.1998 und dem Kündigungsschreiben vom 08.01.1998 (AnIO K 2, K3) aufgeführt sind, nicht:

58

aa) Der Kläger hat sich auf eine Verletzung der Bauverpflichtung bezogen. Das ist ersichtlich treuwidrig. Der Kläger hat sich - ob notgedrungen oder nicht - darauf eingelassen, dass die Beklagte zu 1) einen neuen Mieter suchte; eigene Bemühungen in dieser Richtung sind nicht festzustellen. Er hat dann im Anschluss an die Besprechung vom 25.09.1998 (dazu AnIO K 22, 23, 24) bis zum Rücktritt zunehmend taktiert und den Rückzug aus dem Vertrag mit Forderungen vorbereitet, die nach der Sachlage kaum als sinnvoll erscheinen konnten. An der Forderung, den Laden für die Aufteilung in 4 Läden technisch auszustatten, konnte kein aktuelles Interesse bestehen, da eine solche Aufteilung in absehbarer Zeit nicht in Frage stand und einzelne Maßnahmen wegen der Herrichtung des Objekts für den gefundenen Mieter nicht möglich, jedenfalls aber zur Zeit sinnlos waren. Um den Interessen des Klägers für die Zukunft insoweit Rechnung zu tragen, hatte sich die Beklagte zu 1) damit einverstanden erklärt, eine Sicherheit von 170.000,00 DM zu leisten. Die Einwendungen gegen den - auf Kosten der Beklagten zu 1) vorgenommenen - Umbau des Ladens für die Neuvermietung sind schon deshalb treuwidrig, weil der Kläger entsprechende Maßnahmen des Generalmieters, insbesondere auch das Zusammenlegen der beiden Läden, nicht hätte ablehnen können; es ist nicht ersichtlich, dass ein "wichtiger Grund" für eine solche Ablehnung bestand, denn für andere Vermietungschancen ist konkret nichts vorgetragen. Der Umbau des Ladens und die vom Kläger behauptete Missachtung des "Baustopps" - der nach dem Vortrag der Beklagten zurück genommen wurde - mögen sich formal als Eingriffe in die Eigentümerstellung des Klägers darstellen. Es ist aber nicht ersichtlich, was die Beklagte zu 1) mangels Eigeninitiative des Klägers hätte tun sollen, um die Dinge möglichst schadensmindernd einigermaßen voranzutreiben. Die Aufforderung des Klägers mit Schreiben vom 03.12.1998 (AnIO K 2), die Eingriffe in die Bausubstanz rückgängig zu machen, die alleine den Einzug des neuen Mieters ermöglichten, kann auf diesem Hintergrund nicht als gerechtfertigt oder auch nur als verständlich angesehen werden;

59

sie diene - wie auch die übrigen unerfüllbaren Aufforderungen in diesem Schreiben - ersichtlich dazu, den Rücktritt vorzubereiten.

bb) Der Rücktritt war auch nicht wegen der unterlassenen Übergabe an den Generalmieter gerechtfertigt. Der Generalmieter weigerte sich das Objekt zu übernehmen. Ob dies berechtigt war oder - folgt man der Auffassung des Kammergerichts - nicht, ist unerheblich. Jedenfalls blieb der Generalmieter tatsächlich untätig und zahlte auch nicht die vereinbarte Miete. Dem gegenüber übernahm die Beklagte zu 1) für 15 Monate ab 01.02.1998 die Miete bzw. Mietdifferenz zur Zahlung des neuen Mieters bis zur Höhe des im Generalmietvertrag ausgewiesenen Mietzinses von 46,88 DM/qm. Es eilte deshalb, ein Ersatzmietverhältnis zu begründen. Die Beklagte zu 1) hat sich bemüht, den Wünschen des Klägers im Hinblick auf die Ausgestaltung dieses Mietverhältnisses so weit wie möglich entgegen zu kommen. Mit Schreiben vom 06.11.1998 (Bl. 59 f. AH) übersandte Rechtsanwalt E. dem Kläger den Entwurf einer Vereinbarung über die Trennung des Mietvertrages bezüglich der Läden 5 und 6 (Bl. 61 ff. AH). Schon zuvor hatte die Beklagte zu 1) in dem Gespräch vom 25.09.1998 ihre Bereitschaft erklärt, den Wünschen des Klägers insoweit Rechnung zu tragen (vgl. Schreiben der Beklagten zu 1) an den Kläger vom 30.09.1998 mit anliegender Gesprächsnotiz, AnlO K 23), ohne dass der Kläger in seinem Schreiben vom 02.10.1998 (AnlO K 24) verlangte, die Ersatzvermietung des Ladens generell rückgängig zu machen. Das Verlangen, den Laden zu diesem Zeitpunkt für die Generalmieterin zur Verfügung zu halten, wäre auch völlig an den Tatsachen, wie sie sich entwickelt hatten, vorbei gegangen.

60

cc) Ein Rücktrittsgrund wegen der fehlenden Übergabe des Ladens an den Kläger bestand nicht. Wie schon ausgeführt sollte die Übergabe an den Generalmieter nicht an den Kläger erfolgen; eine Übergabe an den Generalmieter scheiterte dann aus den schon erörterten Gründen. Eine Übergabe an sich hat der Kläger in der Folge auch nicht verlangt.

61

dd) Auch aus sonstigen Gründen, worunter insbesondere eine unzureichende Unterrichtung des Klägers angeführt wird, ist der Rücktritt angesichts des umfangreichen Schriftwechsels und der mündlichen Unterredungen der Beteiligten nicht berechtigt. Dass es unter den gegebenen Umständen Abstimmungsprobleme gegeben haben mag und der Kläger möglicherweise in dem einen oder anderen Punkt über ein allzu forsches Vorgehen der Beklagten zu 1) verärgert sein konnte, stellt noch keine schwerwiegende, zur Kündigung berechtigende Vertragverletzung der Beklagten dar. Wie ausgeführt waren die Parteien genötigt, aber auch verpflichtet, durch ein kooperatives Zusammenwirken den Tatsachen Rechnung zu tragen und eine die berechtigten Interessen der Beteiligten berücksichtigende Lösung herbei zu führen.

62

Nach Ansicht des Senats führt eine wertende Betrachtung des vorliegenden Schriftwechsels zu dem Ergebnis, dass der Kläger diesem Kooperationserfordernis jedenfalls nicht in der Weise nachgekommen ist, dass Anfang Dezember 1998 die - bereits auf einen Abbruch der Verhandlungen angelegte - Abmahnung und Anfang Januar 1999 der Rücktritt vom Kaufvertrag gerechtfertigt war. Der Senat sieht durchaus, dass dem Kläger aufgrund des Vorgehens der Beklagten zu 1) einiges abverlangt wurde, was bei isolierter Betrachtung als nicht hinzunehmende Beschränkung seiner Käufer- und Eigentümerrechte erscheinen könnte. Nachdem er sich auf die Vermietungsbemühungen der Beklagten zu 1) eingelassen hatte und in Verhandlungen über die weitere Durchführung des Kaufvertrages eingetreten war, musste er indes den inzwischen geschaffenen Tatsachen und den berechtigten Interessen der Beklagten zu 1) Rechnung tragen.

63

64

In dem Schreiben vom 08.09.1998 (AnIO K 18) beanstandete der Kläger zwar die Vorgehensweise und die Informationspolitik der Beklagten zu 1) und weigerte sich, den "Gemeinschaftsmietvertrag" zu unterzeichnen, da wichtige Dinge, wie etwa das Mietinkasso der gemeinschaftlichen Miete ungeklärt seien; er zeigte sich aber erfreut über den Erfolg der Vermietungsbemühungen, und gab damit zu erkennen, dass gegen eine Vermietung des Kaufobjekts durch die Beklagte zu 1) im Prinzip nichts einzuwenden hatte. Dies durfte die Beklagte auch dem Schreiben des Klägers vom 30.09.1998 (AnIO K 22) entnehmen. Dort verlangte der Kläger im Anschluss an das Gespräch der Parteien vom 25.09.1998 u.a., seine Rechtsbeziehungen zu dem Miteigentümer F. "praktikabel zu gestalten". Dies durfte die Beklagte zu 1) durchaus dahin verstehen, dass man sich bei gegenseitigem Bemühen auf eine vernünftige Lösung würde verständigen können. Dem trugen dann auch die nachfolgenden Schreiben der Beklagten zu 1), die auf eine Lösung abzielen, Rechnung. Die Beklagte musste deshalb auch nicht davon ausgehen, mit den - vom Kläger mit Schreiben vom 09.11.1998, AnIO K 30 gerügten - Baumaßnahmen, die auf den Vollzug des Mietvertrages mit der Firma Fahrrad-L. abzielten, unberechtigt in das Eigentum des Klägers einzugreifen, zumal dieser auch entsprechende Baumaßnahmen des Generalmieters hätte hinnehmen müssen.

Zwar führte der Kläger in dem Schreiben vom 30.09.1998 auch aus, es sei "unmöglich", "zu einzelnen Fragen, wie der Vertretung ohne Vertretungsmacht verbindlich Stellung zu nehmen", bevor nicht zu allen Fragen Lösungen bzw. Lösungsvorschläge vorlägen. Darauf, sich damit in keiner Weise festgelegt und die Beklagte zu 1) quasi "in der Luft hängen" gelassen zu haben, um sich alle Möglichkeiten, insbesondere einen Rücktritt vom Vertrag unter Berufung auf den bisher vorliegenden und angelegten Sachverhalt offen zu halten, könnte sich der Kläger nach Treu und Glauben nicht mit Erfolg berufen. Er durfte die Beklagte zu 1) hinsichtlich des weiteren Vorgehens nicht im Ungewissen lassen, nachdem er deren Lösungsansatz vom Grundsatz her positiv bewertet hatte. Dem weiteren Vorgehen der Beklagten auf dem einmal eingeschlagenen Weg hätte er mit eigenen positiven Vorschlägen zur Lösung der aufgetretenen und lösungsbedürftigen Probleme entgegen treten müssen. 65

Eine grundsätzlich neue Situation, die bei einer Gesamtbetrachtung sämtlicher angeführter Gründe den Rücktritt als berechtigt erscheinen lassen könnte, hatte sich zwischen September 1998 und Januar 1999 nicht ergeben. Die Beklagte zu 1) war auf dem eingeschlagenen Weg fortgeschritten; sie hatte dem Kläger einen Vorschlag zur Lösung des "Gemeinschaftsmietvertrages" und der übrigen Probleme unterbreitet, mit denen sich der Kläger nicht mehr auseinandergesetzt hat. Der Miteigentümer F. hatte dem Kläger zwar mit Schreiben vom 26.11.1998 mitgeteilt, in den "Mietvertrag" nicht eintreten zu wollen (AnIO K 38); er hat aber der Beklagten zu 1) mit Schreiben vom selben Tag (Bl. 128 AH) mitgeteilt, Einwände gegen eine Untervermietung an die Firma Fahrrad-L. habe er nicht, und mit Schreiben vom 09.12.1998 an Rechtsanwalt E. (Bl. 129 AH) hat er insoweit Verhandlungsbereitschaft signalisiert, so dass davon auszugehen ist, dass bei kooperativem Verhalten aller Beteiligten eine Problemlösung möglich gewesen wäre. 66

2. Ein Rücktritt nach § 636 BGB in Verbindung mit § 326 BGB wegen verspäteter Herstellung scheidet schon deshalb aus, weil das Werk im Zeitpunkt des Rücktritts abgenommen war (vgl. Palandt/Sprau, 60. Aufl., § 636 Rn. 1 a.E.). 67

3. Ein Anspruch auf Rückgängigmachung des Kaufvertrages aus § 634 BGB ist zu verneinen. Selbst wenn man die Rücktrittserklärung in eine Wandelungserklärung umdeuten und eine ausreichende Abmahnung bejahen oder für entbehrlich halten wollte, scheitert der Anspruch jedenfalls aus den vorgenannten Gründen. Es lag kein wesentlicher 68

Mangel vor, der zur Wandelung berechtigte (§ 634 Abs. 3 BGB). Das Gutachten des Sachverständigen Sch. (Bl. 385 ff. d.A.), auf das die Berufungsbegründung in diesem Zusammenhang abstellt, befasst sich mit den Sonderwünschen und dem Rückbau der für das Fahrradgeschäft vorgenommenen Umbauten. Die Sonderwünsche waren für die aktuelle Vermietbarkeit wertlos; für ihre spätere Verwirklichung wollte die Beklagte zu 1) 170.000,00 DM Sicherheit leisten. Der Umbau für das Fahrradgeschäft stellte keinen Mangel dar, da der Laden nur in dem umgebauten Zustand vermietbar war, durch den Umbau also der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch (gewerbliche Vermietung) sichergestellt wurde; jedenfalls kann sich der Kläger auf einen begrifflich vielleicht doch zu definierenden Mangel aus den dargestellten Gründen nicht mit Erfolg berufen.

II. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Schadensersatz. 69

1. Ein gesetzlicher Anspruch in Folge der Ausübung der Rechte aus § 326 BGB scheitert bereits daran, dass der Kläger ausdrücklich den Rücktritt gewählt hat, weil ihm die Schadensberechnung zu schwierig war. Einen Rücktritt in Kombination mit Schadensersatz gibt es aber nach der bisherigen Gesetzeslage nicht. 70

2. Ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung scheidet aus, weil der Kläger eben die Nichterfüllungsansprüche geltend macht, die er hätte, wenn er nicht den Rücktritt, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt hätte. Das Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung dient nicht dazu, die vom Gesetz verbotene Kombination doch zuzulassen. 71

3. Der Ansicht des Klägers, der Anspruch lasse sich auf § 826 BGB stützen, folgt der Senat nicht. Es ist weder ein Verstoß gegen die guten Sitten noch eine vorsätzliche Schadenszufügung ersichtlich. Selbst wenn man annehmen wollte, dass die Beklagte zu 1) in ihren Rettungsbemühungen zu weit gegangen ist, ist für die Voraussetzungen des § 826 BGB nichts ersichtlich. Das Bemühen eines Vertragspartners, in einer verfahrenen Situation den vorgestellten Vertragszweck (hier: Vermietung des von den Käufern zum Zweck der Vermietung erworbenen Teileigentums) zu verwirklichen, stellt sich nicht deshalb als sittenwidriges, auf eine Schädigung des anderen Vertragspartners gerichtetes Handeln dar, weil der eine Vertragspartner die Dinge zunächst allzu forsch in die Hand nimmt. Dies gilt auf jeden Fall dann, wenn er sich in der Folge auf die Einwände des anderen Vertragspartners einlässt und die Lösung der Probleme im Verhandlungswege sucht. Einzelne "schädigende" Maßnahmen (hier: Umbau des Ladens für die vorgesehene Vermietung) erfüllen den Tatbestand des § 826 BGB nicht, wenn sie in Verfolgung des angestrebten Ziels erfolgen und bei einem vernünftigen Fortgang der Verhandlungen mit ihrer Billigung durch den Vertragspartners gerechnet werden kann. 72

B. Die Klage gegen den Beklagten zu 2) 73

Die Klage ist unbegründet. Eine Haftung des Beklagten zu 2) aus positiver Vertragsverletzung oder aus § 826 BGB scheidet aus den oben unter A genannten Gründen aus. Für eine auf positive Vertragsverletzung gestützte Vertreterhaftung ist im Übrigen nicht schlüssig vorgetragen, dass der Beklagte zu 2) mit dem erforderlichen wirtschaftlichen Eigeninteresse gehandelt oder dass der Kläger besonderes Vertrauen des Beklagte zu 2) in Anspruch genommen hat (vgl. dazu BGH NJW 1986, 587; 1988, 2238; 1994, 2220; 1995, 1544; NJW-RR 1989, 111; 1991, 1313; Palandt/Heinrichs, 60.Aufl., § 276 Rn. 92 ff., 97 mit weiteren Nachweisen). Zu Letzterem ist nichts vorgetragen oder ersichtlich. Für die Bejahung eines wirtschaftlichen Eigeninteresses reichen weder die Beteiligung des Beklagten zu 2) an der Beklagten zu 1) bzw. der Komplementär-GmbH noch sein Interesse 74

am Erfolg der Gesellschaft nicht aus. Er müsste, um zu haften, quasi in eigener Sache gehandelt haben. Dafür geben aber auch die Ausführungen in dem Schriftsatz des Klägers vom 01.10.2001 (Bl. 499 d.A., hier: S. 52 ff. = Bl. 550 ff. d.A.) nichts her. Es ist im Übrigen nicht nachvollziehbar, dass der Beklagte deshalb haften soll, weil er das Projekt nach dem vertragswidrigen Ausscheiden des Generalmieters auch durch besonderen finanziellen Einsatz gerettet hat.

C.	75
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	76
Die Beschwer des Klägers übersteigt 60.000,00 DM.	77
Berufungsstreitwert: 3.566.916,93 DM (Antrag zu 1 gegen die Beklagte zu 1: 3.304.805,00 DM; Antrag zu 2 gegen beide Beklagte: 67.111,93 DM; Antrag zu 3: ohne Ansatz; Antrag zu 4 gegen beide Beklagte: 195.000,00 DM).	78