

25

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib. ZR 53/63

URTEIL

Verkündet am
17. März 1965
Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma "H [REDACTED]" Gaststätten-Inneneinrichtungen
Hermann O [REDACTED], H [REDACTED], A [REDACTED] S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h. c. [REDACTED] -

gegen

die Firma Martin N [REDACTED], Inhaber Karl-Heinz N [REDACTED],
N [REDACTED], G [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Mösl und Alff für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 1. Februar 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin handelt mit Gaststätteneinrichtungen; sie mietet zum Betrieb von Gastwirtschaften geeignete Räume und stattet diese mit ihren Spezialeinrichtungen aus; in einzelnen Fällen bleibt sie Inhaberin der Gaststätte, verpachtet sie oder setzt einen Geschäftsführer ein; in der Regel veräußert sie die Einrichtung.

Die Beklagte ist Eigentümerin des Hausgrundstücks N [REDACTED], G [REDACTED], in dem sich ein kleineres und ein größeres Ladenlokal befinden.

Die Parteien schlossen unter dem 2. Mai 1959 einen formularmäßigen "Mietvertrag für gewerbliche Räume". Nach

§ 1 sollten vermietet werden: "ca. 64 qm Gaststättenräume, ca. 12 qm Keller, dazu 2 Wohnräume mit Toilette ca. 30 qm im gleichen Gebäude". In § 2 heißt es: "Das Mietverhältnis beginnt einen Monat nach der Übergabe der Räume ... Der Mietvertrag wird vorläufig auf 10 Jahre abgeschlossen." Der Mietpreis betrug gemäß § 3 jährlich für die gewerblichen Räume DM 4.200, für die Wohnung DM 600. Die §§ 19 bis 25 enthielten besondere Vereinbarungen; gemäß § 19 ist die Umgestaltung der vermieteten Räume für den Betrieb einer Gaststätte Sache des Mieters.

Da die Klägerin die Räume nicht übergeben erhielt, erhob sie mit Schriftsatz vom 24. Februar 1960 Klage auf Zahlung von DM 3.000 als Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB. Im ersten Rechtszug wurde die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe nicht bewiesen, daß das Mietverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnen sollte, infolgedessen lägen die Voraussetzungen des § 326 BGB nicht vor. In der Berufungsinstanz vor dem Oberlandesgericht schlossen die Parteien am 24. Januar 1961 folgenden Vergleich:

- "1. Die Beklagte verpflichtet sich, dem Kläger bis zum 15. Juni 1961 ein gleichwertiges Objekt in N [REDACTED] nachzuweisen, wie es im Vertrag vom 2. Mai 1959 beschrieben ist. Anstelle eines gleichwertigen Objekts können 2 wirtschaftlich ähnliche Objekte nachgewiesen werden.
2. Über die Gleichwertigkeit oder Ähnlichkeit entscheidet im Streitfalle ein von der Industrie- und Handelskammer in N [REDACTED] zu bestimmender Sachverständiger.
3. Wird nicht ein gleichwertiges oder werden nicht 2 ähnliche Objekte nachgewiesen, übergibt die Beklagte die Räumlichkeiten des Vertrages vom 2. Mai 1959 gemäß § 2 des Vertrages per 1. Juli 1961.
4. ..."



Anläßlich einer Besprechung im April 1961 in N-
bot der Inhaber der Beklagten der Klägerin in
ihrem Haus G- wahlweise das größere Laden-
lokal allein oder beide Ladenlokale an. Der Inhaber der
Klägerin lehnte das Angebot ab.

In einem Schreiben vom 1. Juni 1961 teilte Rechts-
anwalt B- namens der Klägerin der Beklagten mit,
sie habe bis heute ein gleichwertiges Objekt in N-
nicht nachgewiesen und sei daher nach dem Vergleich
verpflichtet, der Klägerin am 1. Juli 1961 die Mieträum-
lichkeiten in ihrem Hause zu übergeben. Die Beklagte ließ
durch Rechtsanwalt Bö- unter dem 6. Juni 1961 antwor-
ten, sie habe beide Lokale ihres Grundstücks Anfang April
1961 angeboten; der Inhaber der Klägerin habe erklärt, daß
ihm der Mietzins zu hoch sei und er die Räumlichkeiten
nicht übernehmen wolle. Die Beklagte biete der Klägerin
nunmehr den Laden N-, A- Straße, an; es
handle sich um Räumlichkeiten in Größe von etwa 80 bis
100 qm. Eigentümerin und Vermieterin des Grundstücks
A- Straße sei die Ehefrau Herta P-, N-
, A- Straße. Der Klägerin werde anheim-
gestellt, sich mit Frau P- in Verbindung zu setzen,
welche aber nur bis etwa 14./15. Juni 1961 einem solchen
Angebot nähertreten werde. Damit habe die Beklagte den
Vergleich vom 24. Januar 1961 erfüllt. Darüber hinaus
sei die Beklagte auch weiterhin bereit, der Firma O-
interessante Objekte anhand zu geben.

Unter dem 15. Juni 1961 schrieb Rechtsanwalt B-
der Beklagten u.a., der Hinweis auf den im Hause
N-, A- Straße, befindlichen Laden stelle
nicht den Nachweis eines gleichwertigen Objektes in N-
dar. Es fehle jegliche Angabe über den Zustand

der Räume, die Anzahl der Räume und die Höhe der Mietforderung der Frau P[REDACTED]. Darüber hinaus handele es sich offensichtlich und eindeutig nicht um ein gleichwertiges Objekt. Der Laden sei etwa 10 Schritte von dem Ladenlokal der Beklagten entfernt. Da die Beklagte offenbar in ihrem größeren Laden eine Gaststätte errichten lasse, biete sie Gaststättenräume an, die sich im Einflußbereich einer anderen Gaststätte befänden.

In dem Antwortschreiben des Rechtsanwalts B[REDACTED] vom 5. Juli 1961 heißt es:

"Mein Mandant hat die Bedingungen des Vergleichs vom 24. Januar 1961 erfüllt. Er hat nicht nur Ihrer Partei die beiden Geschäftsräume G[REDACTED] angeboten (April 1961), sondern er hat auch fristgemäß die Ladenräume A[REDACTED]straße angeboten und Ihre Partei aufgefordert, sich mit der Eigentümerin in Verbindung zu setzen. Wenn Ihre Partei dies nicht getan hat, so geht dies zu Lasten Ihrer Partei. Abschließend darf ich noch auf eines hinweisen: das angebotene Objekt A[REDACTED]straße ist nicht etwa "10 Schritte von G[REDACTED]" entfernt, sondern die Entfernung dürfte 100 bis 150 Schritt sein; noch dazu befinden sich diese Räume in einer ganz anderen Straße, aber in unmittelbarer Nähe des Stadtzentrums."

Mit Schreiben vom 28. Juli 1961 ließ die Klägerin der Beklagten zur Erfüllung des Vertrags eine Frist von 10 Tagen setzen mit der Androhung, daß sie nach Ablauf der Frist die Annahme der vertraglichen Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen werde.

Das nach dem Vertrag vom 2. Mai 1959 der Klägerin vermietete Ladenlokal hat bis zum Frühjahr 1962 leer gestanden; das andere, größere Ladenlokal benutzt seit dem 1. Dezember 1961 die Firma K[REDACTED] L[REDACTED] als Gaststätte.

Die Klägerin hat vorgetragen, die Beklagte habe den Vergleich vom 24. Januar 1961 nicht erfüllt; die Angebote im April 1961 seien dem Mietobjekt nicht gleichwertig gewesen. Auch das Ladenlokal A [REDACTED] Straße [REDACTED] habe die Voraussetzungen des Vergleichs nicht erfüllt. Das Angebot in dem Schreiben der Beklagten vom 6. Juni 1961 lasse die Bestimmtheit vermissen, die für einen wirksamen Nachweis erforderlich sei. Das Objekt sei nicht näher beschrieben; es fehlten auch die Angaben über den geforderten Mietzins, die Dauer des Mietverhältnisses, zu leistende Baukostenvorschüsse und die Genehmigungsfähigkeit der Räume als Gaststätte. Infolge der Vermietung des größeren Ladenlokals an eine andere Gaststätte sei es der Beklagten nicht mehr möglich gewesen, ihren vertraglichen Pflichten gemäß Ziffer 3 des Vergleichs nachzukommen, nachdem ihr der Nachweis eines gleichwertigen Objekts im Sinne der Ziffer 1 nicht möglich gewesen sei.

Die Gaststätte in dem mit Vertrag vom 2. Mai 1959 vermieteten Ladenlokal hätte nach Durchführung der erforderlichen Umbauten spätestens am 1. September 1961 eröffnet werden können; erfahrungsgemäß würde der Nettounutzen monatlich mindestens DM 800 betragen haben; das sei ihr Schaden.

Die Klägerin hat beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an sie vom 1. September 1961 bis zum 30. Juni 1971 monatlich DM 800 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Auffassung, den Vergleich bereits durch ihre Erklärungen vom April 1961 erfüllt zu haben.

Sie hat vorgetragen, sie habe die Überlassung beider Ladenlokale zu einem Baukostenvorschuß von DM 25.000 und einem Mietpreis von monatlich DM 950 oder des größeren Ladenlokals zu einem Baukostenvorschuß von DM 13.000 und einem Mietzins von DM 750 angeboten. Auch der Nachweis des Ladenlokals A [REDACTED] Straße [REDACTED] durch das Schreiben vom 6. Juni 1961 habe dem Vergleich entsprochen. Es sei Sache der Klägerin gewesen, dem ihr gewordenen Nachweis nachzugehen.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Beklagte sei ihren Verpflichtungen aus dem Vergleich durch die im Schreiben vom 6. Juni 1961 erfolgte Benennung des Ladenlokals im Hause A [REDACTED] Straße [REDACTED] nachgekommen. Die Klägerin sei bei der gegebenen Sachlage verpflichtet gewesen, das nachgewiesene Geschäftslokal auf seine Gleichwertigkeit im Sinne des Vergleichs vom 24. Januar 1961 zu überprüfen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung nach Vernehmung von Zeugen, darunter der Eigentümerin des Grundstücks A [REDACTED] Straße [REDACTED], zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche aus den Vorinstanzen weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Oberlandesgericht verneint den von der Klägerin auf § 326 BGB gestützten Schadensersatzanspruch, weil die Beklagte mit den ihr nach Ziffer 1 des Vergleichs obliegenden Leistungen nicht im Verzuge sei. Im einzelnen führt das Berufungsgericht dazu aus: Es könne dahingestellt bleiben, ob die Erklärungen der Beklagten vom April 1961 als Nachweis im Sinne der Ziffer 1 des Vergleichs anzusehen seien, zumindest seien die Erklärungen durch die weitere Entwicklung, insbesondere durch das Schreiben der Beklagten vom 6. Juni 1961 überholt; die Beklagte habe durch den in diesem Schreiben enthaltenen Hinweis auf das Ladenlokal A [REDACTED] Straße [REDACTED] ihre Nachweisverpflichtung erfüllt. Eine weitere Kennzeichnung sei nicht erforderlich gewesen. Ob die Räume den im Vertrag vom 2. Mai 1959 beschriebenen gleichwertig oder ähnlich gewesen seien, unterliege nicht der Prüfung des Gerichts im vorliegenden Rechtsstreit. Hierüber habe nach der Regelung der Ziffer 2 des Vergleichs vielmehr ein Sachverständiger als Schiedsgutachter zu entscheiden. Wenn die Klägerin habe geltend machen wollen, daß die von der Beklagten erbrachte Leistung keine Erfüllung sei, habe sie die Einholung dieses Sachverständigengutachtens veranlassen müssen. Hierzu sei sie nach Ziffer 2 des Vergleichs berechtigt gewesen. Da sie das nicht getan habe, könne sie die mangelnde Erfüllung der Ziffer 1 des Vergleichs nicht einwenden. Die Klägerin sei nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die bezeichneten Räume auf ihre Eignung für den beabsichtigten Zweck zu überprüfen, da sich ein Zeit- und Kostenaufwand für den Nachweis eines weiteren Ladens dann möglicherweise erübrigt hätte. Hätte das im Streitfalle einzuholende Gutachten ergeben, daß die nachgewiesenen Räume dem im Vertrag vom

2. Mai 1959 beschriebenen Mietgegenstand nicht gleichwertig oder wirtschaftlich ähnlich waren, so wäre die Beklagte berechtigt gewesen, der Klägerin ein weiteres Objekt anzubieten. Anders wäre es nur, wenn die Eigentümerin des Grundstücks nicht bereit gewesen wäre, ihre Räume zum Betrieb einer Gaststätte zu vermieten, oder wenn die Räume von vornherein für die Zwecke der Klägerin augenscheinlich ungeeignet gewesen wären. Beides sei aber nicht der Fall, wie die Beweisaufnahme ergeben habe.

Der Nachweis sei auch in zeitlicher Hinsicht ausreichend im Sinne des Vergleichs gewesen. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des Vergleichs sei zu entnehmen, daß der Klägerin bis zum 15. Juni 1961 die Möglichkeit einer eingehenden Prüfung hätte gegeben sein müssen. Zwar habe die Klägerin bis Mitte Juni mit der Zeugin Piassek, der Grundstückseigentümerin, Verbindung aufnehmen und die Räume besichtigen müssen. Die nähere Prüfung, ob die Räume für eine Gaststätte geeignet gewesen seien, habe jedoch auch später erfolgen können. Auch die Klägerin habe die Verpflichtung gehabt, zum Gelingen des Vergleichs beizutragen, da der Vergleich die Beklagte nicht nur verpflichtet, sondern ihr auch das Recht gegeben habe, zu verlangen, daß die Klägerin sich an Stelle des ihr durch den Vertrag vom 2. Mai 1959 vermieteten Ladenlokals mit anderen Räumlichkeiten begnüge, sofern diese den Erfordernissen der Ziffer 1 des Vergleichs entsprächen. Daraus folge die Verpflichtung der Klägerin, sich ihrerseits in eine Prüfung einzulassen, ob die nachgewiesenen Räume für ihre Zwecke geeignet seien, und die erforderlichen Erkundigungen einzuziehen. Die in das Wissen des Vizepräsidenten Dr. Ranninger gestellte Tatsache, nach der Vorstellung der Parteien bei

Abschluß des Vergleichs vom 24. Januar 1961 habe der Nachweis eines gleichwertigen oder wirtschaftlich ähnlichen Objekts im Sinne der Ziffer 1 des Vergleichs die Beibringung eines Vermietungsangebots mit "näheren Angaben" über das Objekt erfordert, seien demgegenüber für die Entscheidung unerheblich, zumal die Klägerin nicht substantiiert vorgetragen habe, die Parteien hätten die behaupteten Vorstellungen auch zum Ausdruck gebracht und zum Gegenstand des Vertrags gemacht; dem Beweisantritt sei daher nicht stattzugeben.

1. a) Die Revision wendet sich gegen diese Auslegung des Vergleichs; nach dem Vortrag der Klägerin sei die Bestimmung der Ziffer 1 in dem Sinne zu verstehen, daß die Beklagte ein Vermietungsangebot eines gleichwertigen oder wirtschaftlich ähnlichen Objekts bis zum 15. Juni 1961 beizubringen hatte, das heiße, von ihrer Verpflichtung nur durch ein Vermietungsangebot eines gleichwertigen Objekts mit näheren Angaben über das Objekt frei werde; dafür habe die Klägerin Beweis durch Vizepräsident Dr. R. [REDACTED] als Zeugen angetreten. Die Erfahrung lehre, daß der beiderseitige Parteiwille häufig in der Vertragsurkunde nur unzureichend zum Ausdruck komme, dagegen sich aus den Umständen klar ergebe. Diese durch Dr. R. [REDACTED] unter Beweis gestellten Umstände habe das Berufungsgericht nicht berücksichtigt und damit § 133 BGB verletzt; die Nichterhebung des Beweises verstoße damit gegen § 286 ZPO.

b) Diese Rügen der Revision haben im Ergebnis keinen Erfolg.

aa) Das Berufungsgericht hätte allerdings richtigerweise von Ziffer 3 des Vergleichs ausgehen müssen;

denn nur dort ist eine echte Leistungspflicht der Beklagten festgelegt, mit der diese in Verzug kommen konnte und bezüglich deren die Vorschriften der §§ 323 ff BGB anwendbar sind. Ziffer 1 des Vergleichs enthält demgegenüber die Befugnis der Beklagten, die nach dem Vertrag vom 2. Mai 1959 geschuldete Leistung, nämlich die Übergabe der dort bezeichneten Räume, durch den in Ziffer 1 näher bezeichneten Nachweis eines gleichwertigen Objekts oder von zwei wirtschaftlich ähnlichen Objekten zu ersetzen. Die Beklagte ist mit ihrer nach Ziffer 3 geschuldeten Leistung in Verzug gekommen, wenn sie, ohne ein Objekt im Sinne der Ziffer 1 nachgewiesen zu haben, die ihr nach Ziffer 3 obliegende Leistung nicht erbracht hat. Die Beklagte hat die nach dem Vertrag vom 2. Mai 1959 vorgesehenen Räume nicht zur Verfügung gestellt; infolgedessen hat das Oberlandesgericht sich zu Recht mit der Frage befaßt, ob die Beklagte bis zum 15. Juni 1961 ein Objekt im Sinne der Ziffer 1 nachgewiesen hatte.

bb) Soweit das Berufungsgericht in dem Hinweis der Beklagten in ihrem Schreiben vom 6. Juni 1961 auf das Ladenlokal A [REDACTED] Straße [REDACTED] eine ausreichende Konkretisierung der angebotenen Ersatzräume erblickt, ist dies rechtlich bedenkenfrei. Es stellt insbesondere keinen Rechtsverstoß dar, daß das Berufungsgericht die in das Wissen des Vizepräsidenten Dr. R. [REDACTED] gestellte Behauptung der Beklagten für unerheblich hält, nach den Vorstellungen der Parteien habe der Nachweis gemäß Ziffer 1 des Vergleichs nähere Angaben über das angetretene Mietobjekt erfordert, als sie in dem Schreiben vom 6. Juni 1961 enthalten gewesen seien. Aus der Besonderheit der vertraglichen Beziehungen, die nicht dem Verhältnis des Maklers zu seinem Auftraggeber ähnlich seien, entnimmt das Berufungsgericht unter Anwendung der

Grundsätze von Treu und Glauben, daß die Klägerin gehalten gewesen sei, sich aufgrund der in dem Schreiben vom 6. Juni 1961 gemachten Angaben in eine Prüfung einzulassen, sich an die Grundstückseigentümerin zu wenden und die erforderlichen Erkundigungen einzuziehen.

Diese Auslegung des Vertrages steht nicht im Widerspruch mit der besonderen von der Klägerin behaupteten und unter Beweis gestellten Vorstellung der Parteien über den Umfang und den Inhalt des Nachweises. Das Ergebnis des Berufungsgerichts, daß der in dem Schreiben vom 6. Juni 1961 enthaltene Hinweis auf die Räume A [REDACTED] Straße [REDACTED] als Nachweis im Sinne der Ziffer 1 des Vergleichs jedenfalls nicht deshalb von vornherein ungeeignet gewesen sei, weil er keine ausreichenden Angaben über das angebotene Mietobjekt enthalten habe, ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2. a) Dagegen ist die Revision begründet, soweit sie geltend macht, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die unter Beweis gestellte Behauptung der Klägerin nicht für entscheidungserheblich gehalten, wonach die Räume A [REDACTED] Straße [REDACTED] für die Einrichtung einer Gaststätte ungeeignet gewesen seien.

Wie bereits dargelegt (vgl. I 1 b aa), konnte sich die Beklagte nach dem Wortlaut und Sinn des Vergleichs von ihrer Leistungspflicht gemäß Ziffer 3 des Vergleichs nur durch den Nachweis eines geeigneten Objekts im Sinne der Ziffer 1 des Vergleichs befreien. Offenbar geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Klägerin die Ungeeignetheit der ihr durch Schreiben vom 6. Juni 1961 nachgewiesenen Räume für den nach dem Vergleich vorgesehenen Zweck deshalb nicht mehr geltend machen könne, weil sie

diesem Nachweis nicht rechtzeitig nachgegangen und die Einholung eines Schiedsgutachtens über die Gleichwertigkeit oder wirtschaftliche Ähnlichkeit der angebotenen Ersatzräume verabsäumt habe. Es kann dahinstehen, ob dieser Ansicht beigespflichtet werden könnte, wenn der Beklagten - im Fall einer berechtigten Ablehnung dieser Räume aufgrund eines von der Klägerin beigezogenen Schiedsgutachtens - die Möglichkeit offengestanden hätte - wovon das Berufungsgericht auszugehen scheint -, der Klägerin innerhalb der im Vergleich vorgesehenen Frist ein anderes geeignetes Objekt anzubieten. Denn so liegt es im Streitfall nicht. Nach Ziffer 1 des Vergleichs sollte der Nachweis bis 15. Juni 1961 erfolgen. Nach dem Schreiben der Beklagten vom 6. Juni 1961 war weiterhin die Vermieterin der Räume A [REDACTED] Straße [REDACTED] nur bis 14./15. Juni 1961 bereit, einem etwaigen Mietangebot der Klägerin näherzutreten. Es erscheint aber nach der Lebenserfahrung ausgeschlossen, daß es der Klägerin möglich gewesen wäre, die Klärung der Frage, ob die angebotenen Räume den Vergleichsbedingungen entsprachen, etwa so rechtzeitig vor Ablauf der Nachweisfrist am 15. Juni 1961 durch Beiziehung eines Schiedsgutachtens herbeizuführen, daß die Beklagte ihr, falls dies vom Schiedsgutachten verneint wurde, noch vor dem 15. Juni 1961 ein anderes Mietobjekt hätte anbieten können. Dies ist auch von der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit nicht geltend gemacht worden.

Hieraus aber folgt, daß die Durchführung des Vergleichs nicht etwa dadurch zu Lasten der Beklagten erschwert worden ist, daß die Klägerin dem Hinweis der Beklagten vom 6. Juni 1961 nicht unverzüglich nachging und von der Beiziehung eines Schiedsgutachtens über die Geeignetheit der fraglichen Räume Abstand nahm. In Anbetracht des kurzen Zeit-

raums zwischen dem Hinweis vom 6. Juni 1961 und dem Ablauf der Nachweisfrist am 15. Juni 1961 handelte es sich insoweit nur um eine Obliegenheit der Klägerin im eigenen Interesse; denn sie traf der Nachteil, falls eine spätere Prüfung ergab, daß sie die Räume zu Unrecht als ungeeignet angesehen hatte. Bei dieser Sachlage kann nicht etwa angenommen werden, die Klägerin könne sich im vorliegenden Rechtsstreit deshalb nicht darauf berufen, daß die Räume A [REDACTED] Straße [REDACTED] nicht den in Ziffer 1 des Vergleichs niedergelegten Erfordernissen entsprochen hätten, weil sie diesen Vorschlag der Beklagten ohne nähere Prüfung abgelehnt hat. Vielmehr konnte die Klägerin gemäß Ziffer 3 des Vergleichs die Übergabe der Räumlichkeiten des Vertrages vom 2. Mai 1959 verlangen oder nach Ablauf des 1. Juli 1961 aus § 326 BGB gegen die Beklagte vorgehen, falls die Räume A [REDACTED] Straße [REDACTED] tatsächlich nicht den ursprünglich gemieteten Räumen gleichwertig waren. Die Begründetheit des mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzanspruches hängt also von dieser Vorfrage ab.

Es ist nun zwar richtig, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, daß über die Gleichwertigkeit oder Ähnlichkeit der angebotenen Räume nach Ziffer 2 des Vergleichs ein Schiedsgutachten entscheiden sollte und daß über die nach dem Vergleich dem Schiedsgutachter zu unterbreitenden Tatsachen dem Gericht grundsätzlich eine Feststellung verwehrt ist. Da aber im vorliegenden Rechtsstreit sich beide Parteien (Beklagte im Schriftsatz vom 22. November 1962 - GA 108) hinsichtlich der Frage der Gleichwertigkeit des Objekts A [REDACTED] Straße [REDACTED] auf das Gutachten eines vom Gericht zu bestellenden Sachverständigen berufen haben, bestand Anlaß zur Prüfung, ob die Schiedsgutachterabrede in Ziffer 2 des Vergleichs nach

der übereinstimmenden Vorstellung der Parteien etwa nur so lange Geltung haben sollte, als dem Ergebnis der Prüfung durch einen Schiedsgutachter noch für die Frage Bedeutung zukam, ob die Beklagte sich in eigenem Interesse um den Nachweis eines weiteren Ersatzmietobjektes bemühen mußte, falls sie von ihren Verpflichtungen aus Ziffer 3 des Vergleichs freigestellt sein wollte, eine Bedeutung, die nach Ablauf der Nachweisfrist entfiel.

Sollte die Erörterung der Ziffer 2 des Vergleichs unter diesem Gesichtspunkt ergeben, daß die Frage, ob die Räume Altonaer Straße 3 den in Ziffer 1 des Vergleichs niedergelegten Voraussetzungen entsprachen, nach dem übereinstimmenden Parteiwillen auch nach Ablauf der Nachweisfrist im Streitfall nicht durch das ordentliche Gericht, sondern durch ein von den Parteien einzuholendes Schiedsgutachten geklärt werden sollte, so wird weiterhin zu prüfen sein, ob die Parteien nicht - was ihnen freisteht - diese Schiedsgutachterabrede aufgehoben haben, indem sie im vorliegenden Rechtsstreit übereinstimmend beantragt haben, zu der strittigen Frage einen vom Gericht zu bestellenden Sachverständigen zu hören.

Sollte diese Prüfung zu dem Ergebnis führen, daß es bei der Regelung der Ziffer 2 des Vergleichs verbleibt, so wird das Gericht der Klägerin zur Beibringung des Schiedsgutachtens eine Frist gemäß § 356 ZPO setzen müssen (vgl. Baumbach/Lauterbach, Zivilprozeßordnung 28. Aufl. vor § 1025 Anm. 3 C).

II. Nach alledem war das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und

Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens,
an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Krüger-Nieland

Jungbluth

Pehle

Mösl

Alff