

Verkündet am 14. November 1962
[redacted], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Filmtheaterunternehmers Kurt K [redacted] in G [redacted],
W [redacted] Straße [redacted],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [redacted] -

gegen

den Textilkaufmann Kurt J [redacted] in H [redacted]
[redacted], B [redacted]allee [redacted],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. September 1962 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr.Haidinger sowie der Bundes-
richter Dr.Gelhaar, Dr.Mezger, Dr.Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Celle vom 2. März 1961 wird auf Kosten des
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger beabsichtigte, auf seinem Grundstück H [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED] ein Gebäude zu errichten, in dessen Keller nach Plänen des Diplomarchitekten Sch [REDACTED] ein L [REDACTED]theater eingebaut werden sollte. Durch Vertrag vom 5. November 1956 vermietete der Kläger dieses noch zu errichtende Theater mit den im Vertrage im einzelnen aufgeführten Nebenräumen für 20 Jahre unkündbar mit einer Verlängerungsklausel und einem Vormietrecht zu Gunsten des Mieters an den Beklagten. Der Kläger verpflichtete sich, den Theaterraum trocken verputzt mit der erforderlichen Installation und die übrigen Räume in solider Ausführung gebrauchsfertig zur Verfügung zu stellen. Meinungsverschiedenheiten darüber, ob der Bau der Vereinbarung entsprach, sollten durch einen Sachverständigen für beide Parteien verbindlich entschieden werden. Der monatliche Mietzins war auf 1600 DM vereinbart, jedoch sollte der Kläger das Recht haben, nach seiner Wahl anstelle des Mietzinses 1067 Eintrittskarten des I. Parketts zu verlangen, die der Beklagte an seiner Kasse kostenlos für den Kläger zu veräußern hatte (§ 5 des Mietvertrages). Nach § 6 des Vertrages war die Theatereröffnung zum 1. April 1957 vorgesehen, das Mietverhältnis sollte mit Wirkung vom Tage der Bezugsfertigkeit des Filmtheaters ab beginnen. Nach § 9 des Vertrages hatte der Beklagte dem Kläger ein Darlehen von 100 000 DM zu gewähren, das dieser zu verzinsen und zu tilgen hatte. Von dem Darlehen waren vor Abschluß des Vertrages bereits 20 000 DM gezahlt worden, weitere 30 000 DM waren nach Erteilung der Baugenehmigung und der Restbetrag von 50 000 DM bei der Eröffnung des Theaters fällig.

Auch die zweite Rate des Darlehens in Höhe von 30 000 DM wurde von dem Beklagten an den Kläger geleistet.

Das L [REDACTED] theater wurde erst am 20. Dezember 1957 eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt war das Gebäude noch nicht vollständig hergestellt. Auch in der Folgezeit fehlten nach dem Schiedsgutachten des Dr. Ing. R [REDACTED] vom 10. Oktober 1958 von den für den Kinobetrieb vorgesehenen Räumen, die in den Plänen eingezeichnet und dem Beklagten vermietet waren, die Büroräume und der Süßwarenstand. Die Garderobe und die Toilette für den Vorführraum waren nicht ausgebaut. Außerdem wiesen die vorhandenen Räume verschiedene Mängel auf.

Der Beklagte minderte vom Einzug an die vereinbarte Miete von 1600 DM um 15 %, d.h. um 240 DM, ferner rechnete er jeweils mit einem Zinsanspruch von 250 DM monatlich wegen der von dem Darlehen ausbezahlten 50 000 DM gegen den Mietzinsanspruch auf. Die Auszahlung des Restbetrages des Darlehens in Höhe von 50 000 DM verweigerte er mit Rücksicht auf das Fehlen vermieteter Räume und die Mangelhaftigkeit der ihm übergebenen Räume. Außerdem rechnete er mit Schadensersatzforderungen wegen verzögerter Herstellung des Theaters und vorhandener Mängel sowie einem Anspruch auf Erstattung verauslagter Beträge auf.

Der Kläger ist der Ansicht, daß der Beklagte ihm hohe Beträge schulde. Er hat mit Rücksicht auf das Verhalten des Beklagten Räumung begehrt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszuge hat der Kläger mit seinem Hauptan-



trag außer der Räumung des Theaters mit Nebenräumen Zahlung von 2657,34 DM nebst Zinsen an sich selbst und von 27 764 DM nebst Zinsen an die Volksbank H[REDACTED] verlangt. Es handelt sich insoweit um nach Auffassung des Klägers rückständige Miete, die er für die Zeit seit dem 1. April 1958 an die Volksbank H[REDACTED] abgetreten hat. Hilfsweise hat der Kläger Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der erwähnten Beträge an den Kläger und die Volksbank H[REDACTED], ferner von 50 000 DM nebst Zinsen (Darlehensschuld) und von 12 000 DM nebst Zinsen (angeblich für den Beklagten an die Stadt H[REDACTED] verauslagte Ablösung für die Befreiung von dem Bau von Einstellplätzen) beantragt.

Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil das Räumungsbegehren und den Anspruch auf rückständige Miete, soweit dieser auf Zahlung von mehr als 906,65 DM an den Kläger und auf Zahlung von 9248 DM an die Volksbank gerichtet war, sowie den Anspruch auf Zahlung von 12 000 DM Ablösungssumme abgewiesen. Es hat den Beklagten verurteilt, an die Volksbank H[REDACTED] 24 600 DM nebst einem Teil der verlangten Zinsen sowie weitere 11 400 DM, ebenfalls mit einem Teil der verlangten Zinsen, Zug um Zug gegen Errichtung verschiedener Räume und Durchführung sonstiger Bauarbeiten zu zahlen. Die Entscheidung über die noch anhängigen Ansprüche hat das Berufungsgericht dem Schlußurteil vorbehalten.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, will der Beklagte die Abweisung der Klage erreichen, soweit ihr in Teilurteil des Berufungsgerichts entsprochen worden ist.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Die Revision hat keine Einwendungen gegen die Annahme des Berufungsgerichts erhoben, daß der Kläger auf Grund von § 5 des Mietvertrages einen höheren Mietzins verlangen könne, weil die Bestimmung des § 3 WährG der Gültigkeit der von den Parteien in § 5 des Mietvertrages getroffenen Vereinbarung nicht entgegenstehe. Das Berufungsgericht befindet sich bei dieser rechtlichen Würdigung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 30. Mai 1962 - V ZR 172/60 - WM 1962,820). Sie ist deshalb nicht zu beanstanden.

2. Den Betrag, den der Beklagte dem Kläger für den Zeitraum schuldet, für den der Kläger die erhöhte Miete begehrt, hat das Berufungsgericht mit 906,65 DM, die an den Kläger selbst zu zahlen sind, und mit 9248 DM, die auf Grund der Abtretung an die Volksbank H. zu entrichten sind, ermittelt. Auch insoweit hat die Revision irgendwelche Angriffe gegen das Berufungsurteil nicht erhoben. Sachliche Rechtsfehler, die in dieser Hinsicht den Bestand des Urteils gefährden könnten, sind nicht hervorgetreten.

3. Ebensowenig wendet sich die Revision gegen die aus Rechtsgründen nicht zu beanstandende Feststellung des Berufungsgerichts, daß die letzte Darlehensrate von 50 000 DM am 20. Dezember 1957 fällig geworden sei. Das Berufungsgericht hat daher, ohne daß dieses Ergebnis einen Rechtsfehler erkennen läßt, zu Gunsten des Klägers Forderungen von 906,65 DM, 9248 DM und 50 000 DM, insgesamt also von 60 154,65 DM als berechtigt angesehen.

4. Von den auf Zahlung gerichteten Gegenforderungen des Beklagten hält das Berufungsgericht lediglich den Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen in Höhe von 23 314,65 DM einschließlich Zinsen für möglicherweise begründet, jedoch noch näherer Prüfung bedürftig. Dagegen ständen, so hat es ausgeführt, dem Beklagten keine Schadensersatzansprüche gegen den Kläger wegen verspäteter Fertigstellung des Kinos und der von dem Berufungsgericht festgestellten Mängel zu. In rechtlicher Hinsicht hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Beklagte mit seinem Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen, falls ein solcher sich nach näherer Prüfung ergeben sollte, gegenüber den Forderungen des Klägers auf Zahlung rückständigen Mietzinses aufrechnen könne, während dem Beklagten gegenüber der Forderung des Klägers auf Auszahlung der letzten Darlehensrate von 50 000 DM die Aufrechnung verschlossen und ihm lediglich die Möglichkeit eröffnet sei, wegen der durch die Aufrechnung nicht verbrauchten Forderung auf Verwendungsersatz ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen. Denn nach der eindeutigen Regelung in § 9 des Mietvertrages, so hat das Berufungsgericht diese Bestimmung ausgelegt, sei hier zwischen dem Darlehensversprechen als Vorvertrag und der Darlehenshingabe als Realvertrag unterschieden, daher seien dem Beklagten die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts aus § 320 BGB versagt, er sei auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB beschränkt.

5. Ob die von der Revision angegriffenen Erwägungen des Berufungsgerichts über die rechtliche Einordnung der Vertragsbeziehungen der Parteien hinsichtlich des Darlehens Billigung verdienen, bedarf nicht der Prü-

fung. Auch wenn der Revision darin gefolgt werden würde, daß in Wirklichkeit ein sogenanntes Versprechens- oder Konsensuldarlehen vereinbart worden sei und der Beklagte deshalb mit Gegenforderungen gegen den Anspruch auf Auszahlung des Darlehens aufrechnen könne, wäre die Verurteilung des Beklagten in dem Umfange, in dem sie das Berufungsgericht ausgesprochen hat, nicht zu beanstanden. Stand nämlich dem Beklagten, wie das Berufungsgericht angenommen hat, eine Gegenforderung von nicht mehr als 23 314,65 DM zu, so ist die Verurteilung zur Zahlung von insgesamt 36 000 DM, die das Berufungsgericht ausgesprochen hat, auch dann gerechtfertigt, wenn der Beklagte mit dem vollen Betrage von 23 314,65 DM aufrechnen konnte, denn die Gesamtforderung des Klägers betrug über 60 000 DM. Nach Abzug der Gegenforderung des Beklagten blieben daher immer noch mehr als die zuerkannten 36 000 DM übrig. Sind also, was die Revision allerdings angreift, die Schadensersatzforderungen des Beklagten vom Berufungsgericht mit Recht verneint worden, so kommt es für die Entscheidung des erkennenden Senats auf die vom Berufungsgericht erörterte Frage, ob das in § 9 des Mietvertrages enthaltene Darlehensversprechen rechtlich als Realvertrag zu werten ist mit der Folge des Ausschlusses der Aufrechnung, überhaupt nicht an. Mit seinem Anspruch auf Beseitigung der Mängel des Baues kann der Beklagte entgegen der Ansicht der Revision keinesfalls aufrechnen, da der Gegenstand dieser von dem Kläger geschuldeten Leistung mit der ihm gegen den Beklagten zustehenden Forderung auf Auszahlung des Restdarlehens nicht gleichartig ist (§ 387 BGB). Daß dem Beklagten wegen dieses Anspruchs ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, hat das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung berücksichtigt.

Im Zusammenhang hiermit sind von der Revision auch Rügen nicht erhoben worden.

6. Die Ablehnung der Schadensersatzansprüche des Beklagten gegen den Kläger wird von der Revision zu Unrecht beanstandet.

a) Soweit der Beklagte den Schaden ersetzt verlangt, der ihm nach seiner Behauptung dadurch entstanden ist, daß das Kino infolge der schleppenden Fertigstellung des Baues erst im Dezember 1957 hat eröffnet werden können, hat das Berufungsgericht dem Beklagten einen Anspruch deshalb versagt, weil sich der Kläger nicht im Verzuge befunden habe. Der Kläger habe, so legt es dar, keine Gewähr für die Einhaltung eines bestimmten Zeitpunktes übernommen, zu dem das Kino sollte eröffnet werden können, und der Beklagte habe die Verzögerung der Fertigstellung des Baues als unvermeidbar hingenommen.

Wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat und die Revision auch nicht in Zweifel zieht, können Ansprüche des Beklagten wegen der angeblich verspäteten Eröffnung des Kinos nur auf den rechtlichen Gesichtspunkt des Ersatzes von Verzugsschaden gestützt werden. Die Revision meint, daß das Berufungsgericht die Vorschrift des § 284 BGB durch eine Überspannung der Anforderungen verletzt habe, die an eine den Verzug begründende Mahnung zu stellen sind. Sie will eine von dem Beklagten gegenüber dem Kläger ausgesprochene Mahnung aus einer von dem Beklagten bekundeten Erklärung entnehmen, die er im Juli 1957 dem Kläger gegenüber abgegeben und in der er zum Ausdruck gebracht haben will, die Parteien müßten nun aber schon, daß das Kino

spätestens Anfang August eröffnet werden könne. Das Berufungsgericht hat indes keinen Rechtsfehler begangen, wenn es unterlassen hat, in dieser von ihm nicht ausdrücklich erwähnten Erklärung des Beklagten eine Mahnung im Sinne des § 284 BGB zu erblicken. Das Berufungsgericht hat angenommen, dem im § 6 des Vertrages enthaltenen Satz, die Theatereröffnung sei zum 1. April 1957 vorgesehen, komme nur die Bedeutung bei, daß damit ein unverbindlicher Zeitpunkt für die Fertigstellung des Theaters habe genannt werden sollen. Daraus ergibt sich aber weiter, daß das Berufungsgericht nicht hat die Feststellung treffen können, die Leistung des Klägers, d.h. die Herstellung des Theaters, sei bereits am 1. April 1957 fällig gewesen. Aus dem Urteil ist auch nicht zu entnehmen, daß die Fälligkeit schon vor dem Zeitpunkt, in dem die von dem Beklagten in seiner Aussage geschilderte Rücksprache der Parteien stattgefunden hat, eingetreten war. Auch aus dem Vorbringen der Revision läßt sich hierfür nichts herleiten. War aber im Juli 1957 die Leistung des Klägers noch gar nicht fällig, so kann schon aus diesem Grunde die vor Eintritt der Fälligkeit abgegebene Erklärung des Beklagten nicht als Mahnung gewertet werden.

b) Den weiteren Schadensersatzanspruch, den der Beklagte darauf stützt, daß das Publikum nach Eröffnung des Kinos durch den unfertigen Zustand des Gebäudes abgeschreckt worden sei und außerdem die vorhandenen Mängel der Kinoräume zu Mindereinnahmen geführt hätten, hat das Berufungsgericht deshalb abgelehnt, weil das Vorbringen des Beklagten zur Feststellung eines Schadens nicht ausreiche.

Diese Begründung ist zwar äußerst knapp, sie rechtfertigt jedoch im Zusammenhang mit unstreitigen oder von dem Berufungsgericht festgestellten Tatsachen die von ihm getroffene Entscheidung. Zuzugeben ist der Revision, daß zur Zeit der Eröffnung des Kinos und auch noch längere Zeit danach die Fassade des Gebäudes unfertig war und das Kino außerdem entsprechend den Feststellungen im Schiedsgutachten des Sachverständigen Dr. Ing. R. [REDACTED] vom 10. Oktober 1958 eine Reihe von Fehlern aufwies, weil für den Kinobetrieb vorgesehene Räume nicht hergestellt oder nicht eingerichtet waren und die Theaterräume außerdem Mängel aufwiesen.

Es mag rechtlich davon ausgegangen werden, daß der Beklagte grundsätzlich das Recht hatte, mit Rücksicht auf vorhandene Mängel des Baues Schadensersatz zu verlangen, obwohl er wegen der Mängel der Mieträume bereits von seinem Recht, die Miete zu mindern, Gebrauch gemacht und das Berufungsgericht für den hier streitigen Zeitraum rechtskräftig ein solches Recht bejaht hatte. Denn die herrschende Meinung hält trotz des Wortlauts des § 538 BGB den Mieter, der sich zunächst auf Minderung berufen hatte, für befugt, den Ersatz weitergehenden Schadens zu verlangen (Kiefersauer bei Staudinger BGB 11.Aufl. § 538 Nr.1; Soergel BGB 9.Aufl. § 537 Nr.2, § 538 Nr.1, beide mit Nachweisen; nicht ganz klar, aber wohl enger Roquette, Mietrecht 51Aufl. S.265 B I und Anmerkung 36). Trotzdem reicht das Vorbringen des Beklagten jedoch nicht aus, um einen Schadensersatzanspruch wegen Fehler der Mietsache zu begründen.

Die unfertige Fassade mußte der Beklagte hinnehmen, ohne Ersatz hierauf zurückzuführenden Schadens

verlangen zu können. Das Kino wurde als erster Bauteil fertiggestellt und eröffnet, während sich der Ausbau der anderen Teile des Hauses noch geraume Zeit hinzog. Die Fertigstellung der Fassade kam naturgemäß aber erst zu einer Zeit in Frage, als auch die übrigen Teile des Hauses vollendet waren. Wer Räume in einem erst zu errichtenden Bauwerk mietet und diese entsprechend der getroffenen Vereinbarung in Benutzung nimmt, bevor das Gebäude vollständig fertiggestellt ist, muß Mängel und Unannehmlichkeiten in Kauf nehmen, die darauf zurückzuführen sind, daß das Haus nach seinem Einzug in einer wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechenden Weise vollendet und die endgültige Herichtung der Fassade zunächst zurückgestellt wird, bis das ganze Haus fertig ist. Beeinträchtigungen, die auf eine diese Umstände berücksichtigende Bauausführung zurückzuführen sind, begründen deshalb für den Mieter keinen Schadensersatzanspruch.

Dagegen könnten dem Beklagten Schadensersatzansprüche wegen der von dem Sachverständigen festgestellten Mängel der Mieträume zustehen. Jedoch hat der Beklagte, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen hat, es an einer ausreichend schlüssigen Darlegung eines hierauf zurückzuführenden Schadens fehlen lassen. Daß das Nichtvorhandensein des Büroraums und der Toilette für den Vorführraum jemand von dem Besuch des Kinos abgeschreckt hat, erscheint angesichts der Natur dieser Mängel ausgeschlossen. Dasselbe gilt auch für die fehlenden Siebgitter an den Kippfenstern des Vorführraums und die mangelhaft oder überhaupt nicht gestrichenen Notausgänge. Daß die Feuchtigkeit einer Wand im Kinotreppenhaus sowie der Anblick der

nur notdürftig abgedeckten Vitrinen im Kinoeingang den Besuch des Kinos wesentlich beeinflusst hat, ist ebenfalls von dem Kläger nicht näher begründet worden. Dasselbe gilt auch für die auf den überreichten Lichtbildern erkennbaren sonstigen kleinen Schönheitsfehler, die bei der Besichtigung durch den Sachverständigen Dr. Ing. R. [REDACTED] vor Erstattung des Schiedsgutachtens überdies bereits beseitigt gewesen sein müssen, denn in dem Schiedsgutachten werden sie nicht mehr erwähnt. Die Mängel des Asphaltfußbodens im Zuschauerraum und in den Vorräumen hat der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts selbst verschuldet oder zumindest in Kauf genommen, so daß ein auf diese Mängel zurückzuführender Einnahmeausfall keinen Schadensersatzanspruch des Beklagten gegen den Kläger rechtfertigen würde. Es bleibt daher nur zu prüfen, ob der Beklagte Schadensersatzansprüche damit begründen kann, daß der Kläger vereinbarungswidrig den Süßwarenstand und die Garderobe nicht eingerichtet hat.

Wie die Revision zutreffend hervorhebt, hat der Beklagte seinen Ausfall bei den Süßwarenverkaufseinnahmen auf 5000 DM und bei den Garderobeeinnahmen auf rund 1000 DM jährlich beziffert. Es fehlt aber auch insoweit an jeder Substantiierung. Was den Süßwarenverkauf anbelangt, so ist dieser unstreitig von einem fahrbaren Verkaufsstand aus erfolgt, und es sind keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, daß mehr Süßwaren verkauft worden wären, wenn der Kläger seiner Verpflichtung gemäß einen festen Süßwarenverkaufsstand eingerichtet hätte.

Selbst wenn aber unterstellt wird, daß der Beklagte durch den vom Kläger unterlassenen Ausbau des Süßwarenstandes und des Garderoberraumes einen Schaden ge-

habt hat, so könnte er ihn doch nur insoweit ersetzt verlangen, als er den Betrag übersteigt, um den der Beklagte die Miete mindert. Denn dieser kann, wenn zu seinen Gunsten der herrschenden Meinung gefolgt und die Zulässigkeit eines Schadensersatzanspruches neben der Minderung grundsätzlich bejaht wird, jedenfalls nur den darüber hinausgehenden Schaden geltend machen, wie bereits erwähnt ist. Insoweit fehlt es aber ebenfalls an jeder schlüssigen Behauptung des Beklagten.

Im Ergebnis läßt somit das Berufungsurteil keinen Rechtsfehler erkennen, so daß die Revision zurückgewiesen werden muß.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Haidinger Dr.Gelhaar Dr.Mezger Dr.Messner Mormann