

Verkündet
am 28. September 1964
Klett,
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 Facharztes für innere Krankheiten Dr. Heinrich
T[REDACTED] in O[REDACTED] bei B[REDACTED], Bo[REDACTED]wog [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Margret W[REDACTED] in St[REDACTED], K[REDACTED]straße [REDACTED],
Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. September 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl,
Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Celle vom 31. Januar
1963 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Seit Juni 1961 verhandelten die Parteien über die Vermietung von Räumen im Anwesen der Klägerin in St[REDACTED]. Die Verhandlungen wurden für diese von ihrem Schwiegersohn und ihrer Tochter, den Eheleuten J[REDACTED], geführt. Der Beklagte wollte seine Praxis als Internist in die Räume der Klägerin verlegen, weil er seine bisherigen Praxisräume in St[REDACTED] aufgeben mußte. Die Parteien einigten sich auf eine Miete von 400 DM beginnend nach Fertigstellung des Umbaues. Bis dahin zahlte der Beklagte (ab 1. Juli 1961) 200 DM monatlich. Die für den Umbau sowie für die Installationen erforderlichen Aufwendungen trug im wesentlichen die Klägerin. Der Beklagte übernahm die Kosten für den Heißwasserbereiter und die Spezialspülbecken sowie für die Verlegung eines Kabels zu der geplanten Röntgenanlage. Nachdem Anfang August 1961 der Ingenieur E[REDACTED] der Firma S[REDACTED] die Räume auf Wunsch des Beklagten auf ihre Eignung zur Installation einer Röntgenanlage untersucht und Zeichnungen (vom 17. August und 4. September 1961) über den Verlauf der Kabel der elektrischen Leitungen und über das Schaltschema angefertigt hatte, wurde der Um- und Ausbau der Wohnung zur Praxis eines Internisten fortgesetzt. Am 1. November 1961 standen die Räume dem Beklagten zur Verfügung. Er zahlte am 4. November 1961 die Novembermiete mit 400 DM, traf jedoch keine Anstalten, einzuziehen. Deshalb forderte ihn der Schwiegersohn der Klägerin, J[REDACTED], am 12. November 1961 auf, letztmalig am Mittwoch, den 22. November 1961, "den Mietvertrag ab 1. November 1961 abzuschließen ... und verbindlich zu erklären", wann er spätestens die Praxis eröffnen wolle. Am 15. November 1961 telefonierte der Beklagte mit J[REDACTED] und bat ihn im Verlaufe des Gesprächs, ihm den Vertragsentwurf zu übersenden. Das geschah. Der Entwurf sah eine Miete von 400 DM und eine Vertragsdauer von 20 Jahren vor. Er enthielt eine Währungs-klausel folgenden Inhalts:

- 3 -

"Vermieter und Mieter gehen bei dem Mietzins von einem Mindestgehalt eines Justizsekretärs aus.

Sollte sich das Gehalt ... um 10 von Hundert erhöhen oder vermindern, so ist auch der Mietzins entsprechend zu erhöhen oder zu vermindern, jedoch jeweils immer nur um volle 10 vom Hundert."

und weiter die Vorschrift:

"Sollte eine Bestimmung des Vertrages rechtsunwirksam sein, so soll der Vertrag dadurch in seinem rechtlichen Bestand nicht berührt werden."

Im Vertragsentwurf war die Genehmigung der Landeszentralbank zur Währungsklausel vorgesehen.

Am 23. November 1961 antwortete der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten auf die Vertragsübersendung, "aus Gründen, die einstweilen unerörtert bleiben könnten", wolle der Beklagte davon absehen, die Räumlichkeiten anzumieten; er stelle sie ab sofort J. [REDACTED] zur Verfügung. Für den Fall, daß sie nicht anderweit vermietet werden könnten, erklärte sich der Beklagte "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht aus Kulanzgründen" bereit, für Dezember 1961 einen Betrag von 400 DM zu zahlen. Die Klägerin ging auf dieses Angebot nicht ein (Schreiben vom 24. November 1961). Der Beklagte bezog die Räume auch in der Folgezeit nicht und zahlte auch keine Miete. Die Räume standen zunächst leer. Mit Wirkung vom 1. Juli 1962 vormietete sie die Klägerin an einen anderen Facharzt für innere Krankheiten auf die Dauer von 7 Jahren für monatlich 400 DM.

Die Klägerin behauptet, es sei schon zu bindenden Vereinbarungen zwischen den Parteien gekommen, insbesondere über Mietdauer (20 Jahre) und Mithöhe (400 DM monatlich) und über den Abschluß eines schriftlichen Mietvertrages zu diesen Bedingungen.



Der Beklagte sei ihr deshalb schadensersatzpflichtig, insbesondere für den Mietausfall bis einschließlich Juni 1962. Der Beklagte bestreitet eine Ersatzpflicht, weil es zu einem Vertragsabschluß nicht gekommen sei; denn man habe sich über wesentliche Punkte (Kündigungsmöglichkeiten, Regelung bei Tod oder Praxisaufgabe usw.) nicht geeinigt, auch nicht auf eine Vertragsdauer von 20 Jahren. Er hat ferner bestritten, Kenntnis davon gehabt zu haben, daß die Klägerin Hauseigentümerin und deshalb als Vermieterin anzusehen war. Mit ihr würde er einen Vertrag nicht abgeschlossen haben.

Mit der Klage verlangte die Klägerin als Schadensersatz die ihr entgangene Miete (für die Zeit vom 1. Dezember 1961 bis 30. Juni 1962 einschließlich) = 2 800 DM. Sie behauptet weiter, Installationen im Werte von 5 834,58 DM, die nach den Wünschen des Beklagten eingebaut worden seien, hätten wieder entfernt oder stillgelegt werden müssen, um die Räume ab 1. Juli 1962 anderweit vermieten zu können. Außerdem seien Neutapezierungen für 1 613,51 DM erforderlich gewesen, auch müsse der Beklagte die Wiederinstandsetzungsaufwendungen an Räumen, durch welche das von ihm gewünschte Hauptkabel zu der beabsichtigten Röntgeneinrichtung gelegt worden sei, mit 658,55 DM und 190 DM ersetzen. Von der Klägerin wurden danach eingeklagt: 2 800 DM + 8 296,64 DM nebst Zinsen.

Außerdem begehrte sie Feststellung, daß zwischen den Parteien ein Mietvertrag auf 20 Jahre über die fragliche Wohnung, hilfsweise, daß ein Mietverhältnis bis einschließlich 31. Oktober 1962 bestehe, und ferner Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin auch allen künftigen Schaden aus der Nichteinhaltung der Mietvereinbarungen zu ersetzen.

Das Landgericht gab durch Teilurteil vom 30. August 1962 der Klage in Höhe von 2 800 DM nebst Zinsen statt. Den Feststellungsantrag auf Bestehen eines 20-jährigen Mietvertrages

wies es als unbegründet, den Hilfsantrag auf Bestehen eines solchen Vertrages bis 31.10.1962 als unzulässig ab. Im Schlußurteil vom 8. November 1962 sprach das Landgericht der Klägerin weitere 5 511,09 DM nebst Zinsen zu und stellte fest, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihr 2/3 des ihr künftig aus der Nichteinhaltung der Mietvereinbarungen über die fragliche Wohnung entstandenen Schadens zu ersetzen. Ihren weitergehenden Zahlungsantrag (über 5 511,09 DM bis 8 296,64 DM) und den darüber hinaus gehenden Feststellungsantrag (ein weiteres Drittel) wies das Landgericht ab.

Die Berufungen des Beklagten gegen das Teil- und Schlußurteil des Landgerichts wurden durch das mit der Revision angegriffene Urteil des Berufungsgerichts zurückgewiesen. Mit seinem Rechtsmittel, dessen Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte Klagabweisung.

Entscheidungsgründe:

A.

Aufgrund der Aussagen der Eheleute J., des Schriftwechsels und der eigenen Einlassung des Beklagten stellt das Berufungsgericht fest, die Parteien hätten einen Mietvorvertrag, der den Abschluß eines zwanzigjährigen Mietvertrages über die als Praxis einzurichtenden Räume der Klägerin bei einer Monatsmiete von 400 DM zum Gegenstand hatte, bindend abgeschlossen (BU 9). Dabei geht es entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs (RGZ 86, 30; 104, 131, 132; BGH Urt.v. 7. Oktober 1953 - VI ZR 20/53 = LM BGB § 566 Nr. 1; Urt.v. 14. Juni 1961 - VIII ZR 132/60 -), von der abzugehen kein Anlaß besteht, zutreffend davon aus, daß der Rechtswirksamkeit eines solchen Vertrages die mangelnde Schriftform des § 566 BGB nicht entgegensteht, und daß ein Vorvertrag nicht so vollständig zu sein

11

braucht, wie der Hauptvortrag, daß vielmehr Voraussetzung nur eine Einigung über alle wesentlichen Punkte sowie genügende Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit im übrigen^{ist} in der Weise, daß der Inhalt des versprochenen Vertrages nach §§ 157, 242 BGB richterlich festgestellt werden kann (RGZ 124, 81, 83; 156, 129, 138; BGH Urt.v. 17. Dezember 1952 - LM BGB § 705 Nr. 3; Urt.v. 28. Januar 1958 - VIII ZR 39/57 S. 13). Mietgegenstand und Miethöhe waren unstreitig. Daß auch eine Einigung über eine Mietzeit von 20 Jahren erfolgt ist, stellt das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung der Aussage der Zeugen J. [REDACTED] fest (BU 11, 12). Die feste Bindung des Beklagten ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im August 1961 eingetreten, nachdem sich auf Veranlassung des Beklagten ein Ingenieur der Firma S. [REDACTED] die Räume angesehen und sie als zur Aufnahme der vorgesehenen Röntgenanlage geeignet befunden hatte, wovon der Beklagte seine endgültige Zusage abhängig gemacht hatte. Die Regelung der nach Auffassung des Beklagten noch offen gebliebenen Punkte hätte sich, wie das Berufungsgericht darlegt, soweit sie sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, in richterlicher Ergänzung des Vertragsinhalts bei Berücksichtigung der Langfristigkeit des Vertrages und aller Umstände durch Richterspruch treffen lassen (BU 11). Die Einlassung des Beklagten, er habe nicht gewußt, daß die Klägerin seine Vertragspartnerin sein sollte, hält das Berufungsgericht für widerlegt (BU 15). Für nicht bewiesen hält es seine Behauptung, er habe im September 1961 mit dem Schwiegersohn der Klägerin vereinbart, wenn sich diese in der Mietangelegenheit des Beistandes des Rechtsanwalts Stamer bediene, entfielen alle seine Verpflichtungen aus den vorausgegangenen Besprechungen (BU 6).

II. Das Berufungsgericht leitet eine Schadensersatzpflicht des Beklagten daraus her, daß er sich seiner Verpflichtung, einen dem Vorvertrag entsprechenden Mietvertrag abzuschließen, ohne Grund eindeutig und endgültig entzogen hat. Den Schaden

erblickt es einmal in dem unstreitigen Mietausfall für die Zeit vom 1. Dezember 1961 bis 30. Juni 1962 in Höhe von insgesamt 2 800 DM und außerdem in Aufwendungen in Höhe von 8 296,64 DM, die der Klägerin nicht entstanden wären, wenn sie die Räume nicht zunächst für den Beklagten hätte umbauen lassen und alsdann für den neuen Mieter wieder teilweise hätte umgestalten müssen. Mit dem Landgericht geht es davon aus, der Beklagte habe diese Aufwendungen der Höhe nach im ersten Rechtszuge nicht bestritten. Sein im Berufungsrechtszuge nachgeholtes Bestreiten weist es als verspätet zurück. Es meint, der Betrag von 8 296,46 DM müsse an sich zwar als in den 7 Monaten, für die der Beklagte Miete zahlen müßte, zu $1/34$ amortisiert entsprechend gekürzt werden. Da diese Kürzung aber weit unter der Kürzung um $1/3$ bleibe, die das Landgericht unter dem Gesichtspunkt des vom Berufungsgericht nicht als gegeben angesehenen Mitverschuldens der Klägerin vorgenommen hat, hält es die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des der Klägerin vom Landgericht zugesprochenen Betrages von (weiteren) 5 511,09 DM für gerechtfertigt. Das Berufungsgericht bejaht auch ein rechtliches Interesse der Klägerin an der vom Landgericht getroffenen Feststellung, daß ihr der Beklagte auch ihren künftigen Schaden (zu $2/3$) ersetzen müsse, weil von der Klägerin überzeugend dargetan sei, daß ihr nach Ablauf der Mietzeit mit dem neuen Mieter ein weiterer Schaden entstehen könne.

Deshalb weist das Berufungsgericht die Berufungen des Beklagten gegen beide landgerichtlichen Urteile in vollem Umfang zurück.

B.

Die Revision greift das Berufungsurteil in vollem Umfang an. Sie kann keinen Erfolg haben.

I. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Parteivereinbarungen seien rechtlich als (mündlicher) Vorvertrag auf Abschluß eines schriftlichen Mietvertrages einzuordnen, ist aus Rechtsgründen nicht angreifbar. Parteien können natürlich ausdrücklich vereinbaren, schon der Vorvertrag zu einem Mietvertrag solle der Schriftform bedürfen. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht festgestellt, daß eine solche Abrede getroffen worden ist. Diese Feststellung ergibt sich insbesondere nicht aus seiner Bemerkung, die Erwägungen des Landgerichts darüber, daß die Bestimmung des § 154 Abs. 2 BGB dem Zustandekommen eines mündlich geschlossenen Mietvertrages nicht entgegenstehe, fänden in den Aussagen des Zeugen J. [REDACTED] keine Stütze; denn diese Ausführungen beziehen sich auf den Abschluß des Miethauptvertrages, den das Landgericht im Gegensatz zum Berufungsgericht als bereits zustandegekommen angesehen hatte. § 154 Abs. 2 BGB ist hiernach vom Berufungsgericht nicht verletzt.

II. Das Berufungsgericht geht rechtsirrtumsfrei davon aus, daß zu den wesentlichen Punkten eines Mietvertrages Mietgegenstand, Mietzeit und Miethöhe gehören, über die nach seinen Feststellungen eine Einigung erfolgt ist. Es hat nicht übersehen, daß auch andere Punkte von den Parteien als so wesentlich angesehen werden können, daß sie schon im Vorvertrag selbst geregelt werden müßten. Es geht aber in trichterlicher Würdigung des Sachverhalts davon aus, daß die Punkte, die nach dem Vortrag der Revision einer Regelung bedurften, entweder tatsächlich schon geregelt worden sind oder doch zu den Punkten gehören, die so genügend bestimmt oder doch bestimmbar sind, daß sie richterlich hätten festgesetzt werden können. Dabei tritt es entgegen der Meinung der Revision nicht die Rechtsauffassung, unter dem Gesichtspunkt von §§ 157, 242 BGB sei eine "uferlose" Ergänzung des Vorvertrages möglich. Es hält nur genügend Anhaltspunkte für gegeben, insbesondere die Langfristigkeit des beabsichtigten Vertrages und die Vertragsverhandlungen, um eine etwa

fehlende Einigung der Parteien zu den einzelnen Punkten zu ergänzen. Das ist nicht rechtsirrig, zumal es nicht ausgeschlossen ist, daß die Ergänzung nach dem vermuteten Parteiwillen nach § 287 ZPO vorgenommen wird (BGH Urt.v. 17. Dezember 1952 - II ZR 19/52 - LM BGB § 705 Nr. 3). Da hier der Abschluß eines Hauptvertrages nicht mehr in Betracht kam, brauchte das Berufungsgericht nicht im einzelnen darzulegen, wie der Vertrag in seinen einzelnen Punkten richterlich hätte geordnet werden müssen. Es genügt, daß es allgemein die Möglichkeit einer solchen Ergänzung aufgezeigt hat.

1. Mit der Revision ist zwar davon auszugehen, daß wesentlich die Bezeichnung der Person ist, die materiell das Geschäft abgeschlossen hat. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen gehen jedoch ins Leere. Angesichts der Feststellung des Berufungsgerichts, die Behauptung des Beklagten im Schriftsatz vom 10. Dezember 1962, er habe nichts davon gewußt, daß die Klägerin seine Vertragspartnerin sei, sei widerlegt (BU 15), ist davon auszugehen, daß der Beklagte das wußte. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts im Anschluß an diese Feststellung sind die Entscheidung nicht tragende Hilferwägungen. Unerheblich ist deshalb auch, ob die Mutter des Beklagten diesen einmal anläßlich eines Telefongesprächs davor gewarnt hat, eine Erbgemeinschaft als Vermieterin zu haben (Schriftsatz vom 10. Dezember 1962 S. 3). Die Nichtvernehmung dieser Zeugin ist also kein Verstoß gegen § 286 ZPO.

2. Die Feststellung, daß sich die Parteien im Laufe der Verhandlungen schließlich auf eine Mietzeit von 20 Jahren geeinigt haben, ist aufgrund eingehender tatrichterlicher Würdigung der Beweisaufnahme erfolgt. Unerheblich ist, daß der Zeuge J. nicht sofort auf den Wunsch des Beklagten nach einer 20-jährigen Mietzeit eingegangen ist (BU 10). Darin liegt entgegen der Auffassung der Revision nicht eine Ablehnung eines entsprechenden Angebots des Beklagten im Sinne

des § 147 Abs. 1 BGB; denn über den Mietvertrag ist längere Zeit verhandelt worden. Dabei kommt es auf den Gesamtinhalt der Verhandlungen, nicht auf ihre einzelnen Abschnitte an. Die Revision irrt auch, wenn sie meint, es bestehe ein unvereinbarer Widerspruch zwischen den Aussagen der Eheleute J. [REDACTED]. Der Ehemann J. [REDACTED] hat entgegen der Auffassung der Revision im Protokoll vom 25. Juni 1962 nicht erklärt (S. 7), daß nach der ersten Besprechung über die Grundfragen des Mietverhältnisses nicht mehr verhandelt worden sei. In dieser Aussage ist vielmehr von unseren ersten Besprechungen die Rede, nach denen nicht mehr verhandelt worden sei, woraus sich als Auffassung dieses Zeugen ergibt, daß eine Einigung nicht sofort erzielt worden ist. Dem steht die Aussage der Ehefrau J. [REDACTED] nicht entgegen; denn auch nach ihrer Bekundung haben mehrere Besprechungen stattgefunden. Dabei ist wiederum unerheblich, bei welcher sie und ihr Ehemann ihr Einverständnis damit erklärt haben, daß der Beklagte die Räume für 20 Jahre mieten könne (Prot. v. 23. Juli 1962 S. 4), ob das erst im August 1961 oder schon vorher geschehen ist. Der August 1961 ist hier nur insofern von Bedeutung, als der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts seine endgültige Bindung von der Besichtigung der Räume durch den Ingenieur E. [REDACTED] der Firma S. [REDACTED] abhängig gemacht hatte und daß er sich erst nach dieser Besichtigung fest gebunden hat. Das steht im Einklang mit dem unbestrittenen Inhalt des Briefes der S. [REDACTED]werke vom 17. Mai 1962 an J. [REDACTED], daß die erste Besichtigung der hier in Betracht kommenden Räume durch E. [REDACTED] am 1. August 1961 stattfand, daß dieser zwar am 15. August 1961 mit dem Beklagten noch andere Räume besichtigte, diese aber als ungeeignet ansah und daß der Beklagte nunmehr der Firma S. [REDACTED] den Auftrag gab, für die hier streitigen Räume eine Projektzeichnung auszuarbeiten, die am 21. August 1961 übersandt wurde.

3. Das Berufungsgericht hat ebenso wie das Landgericht (zu vgl. sein Urteil vom 30. August 1962 S. 7) nicht verkannt, daß bei der Langfristigkeit des beabsichtigten Mietvertrages noch eine Regelung der Nachfolge im Mietvertrag bei Tod oder Praxisaufgabe getroffen werden mußte. Es hat diese Frage aber nicht für so wesentlich angesehen, daß deshalb eine feste Bindung an den Vorvertrag verneint werden müßte, weil eine Regelung hierüber und über die Kündigung, zu den Punkten gehört, die einer Regelung durch Richterspruch (im Rahmen von §§ 242, 157 BGB, 287 ZPO) zugänglich waren (BU 11). Das ist, wie bereits oben dargelegt wurde, nicht rechtsirrig. Der Einholung einer Auskunft der Ärztekammer darüber, ob man die übliche Dauer von Mietverträgen über Praxisräume etwa mit 8 Jahren angeben könne (Schriftsatz vom 10. Dezember 1962 S. 4) bedurfte es nicht; denn das schließt nicht aus, daß sich ein Arzt auch einmal auf zwanzig Jahre bindet, wie hier das Berufungsgericht tatrichterlich festgestellt hat.

4. Auch über die jetzt streitig gewordene Wertsicherungsklausel hätte, wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei annimmt, im Wege der richterlichen ergänzenden Vertragsauslegung entschieden werden können.

III. Bei den weiteren Rügen der Revision, die sich gegen die Annahme einer festen Bindung des Beklagten durch Vorvertrag und dagegen richten, daß sich die Klägerin ebenfalls entsprechend binden wollte (Rev. Begründung unter II b 8-24), handelt es sich um Angriffe, die sich mit der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts auseinandersetzen, jedoch nicht darzutun vermögen, daß dieses Gericht wesentlichen Prozeßstoff übersehen habe oder sonst auf verfahrensmäßig fehlerhafte Weise zur Bildung seiner Überzeugung gekommen sei. Zu einer Stellungnahme zu den Einzelrügen der Revision insoweit besteht kein Anlaß, weil sie im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegen und darauf hinauslaufen, die denkgesetzlich und erfahrungsgemäß mögliche Beweiswürdigung des Berufungsgerichts

17

durch eine abweichende Beurteilung zu ersetzen.

Zur Frage der sog. Rücktrittsvereinbarung (Rev. Begründung II b Nr. 20) hat das Berufungsgericht die Beweislast nicht verkannt. Die Annahme der Revision, daß es sich um eine Vereinbarung handele, die "zumindest gleichzeitig mit dem angeblichen Vorvertrag geschlossen worden ist", trifft nicht zu. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben sich nämlich die Parteien bereits im August 1960 durch Vorvertrag gebunden. Die sog. Rücktrittsvereinbarung soll nach der eigenen Darstellung des Beklagten (BU 6) erst im September 1961 getroffen worden sein und sollte (BU 16) angeblich den vorher mündlich geschlossenen Vertrag erfassen. Es ist daher nicht rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht den Beklagten als für diese Abänderung beweispflichtig angesehen hat.

IV. Gegen die grundsätzliche Schadensersatzpflicht des Beklagten bestehen hiernach keine rechtlichen Bedenken. Gegen eine solche hat sich die Revision im Ergebnis für den Fall, daß von einem Mietvorvertrag, wie ihn das Berufungsgericht angenommen hat, auszugehen ist, auch nicht gewandt. Sie meint allerdings, das Berufungsgericht habe nicht geprüft (Rev. Begründung VII S. 22), ob nicht das Verhalten der Eheleute J. [REDACTED] so gewesen sei, daß der Beklagte in entsprechender Anwendung von § 626 BGB zur sofortigen Kündigung des Mietvorvertrages aus wichtigem Grunde berechtigt gewesen sei; denn die Drohung sei ihm derart unangemessen erschienen, daß er sich auf einen Vortrag nicht weiter habe einlassen wollen. Damit habe sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt und dadurch sowohl § 626 BGB wie § 551 I Nr. 7 ZPO verletzt.

Diese Rüge ist unzulässig; denn die Revision hat in diesem Zusammenhang nicht die Schriftsatzstellen mit den Behauptungen angeführt, aus denen das Berufungsgericht hätte ersehen müssen, daß das Verhalten der Eheleute J. [REDACTED] als

Vertreter der Klägerin dem Beklagten zu einer Kündigung aus wichtigem Grunde Anlaß geben konnte und daß sich der Beklagte darauf berufen wollte.

V. Die Revision wendet sich mit Verfahrensrügen dagegen, daß das Berufungsgericht der Klägerin außer der Miete von 2 800 DM - insoweit sind besondere Rügen nicht erhoben - einen weiteren Betrag von 5 511,09 DM zugesprochen hat. Die Rügen sind nicht begründet.

1. Die Klägerin hatte, worauf das Berufungsgericht und die Revision vorweisen, in der Klagschrift einen Betrag von 17 080 DM als Mehrkosten genannt, der ihr durch den Umbau der Erdgeschoßwohnung in geeignete Praxisräume nach den Wünschen des Klägers anstelle sonstiger Geschäftsräume entstanden sei. Dieser Betrag war im einzelnen aufgegliedert. Das war noch keine Schadensberechnung, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist. Diese konnte die Klägerin erst aufstellen, nachdem sie die Räume anderweit vermietet hatte. Sie ist erst im Schriftsatz vom 21. August 1962 enthalten. Darin hat die Klägerin den Gesamtschadensbetrag von 8 296,64 DM (außer Mietausfall) wiederum aufgegliedert. Dabei ist sie ausgegangen von Gesamtbaukosten von 26 300 DM, wovon ihr 9 220 DM sowieso entstanden wären, nämlich auch für den Umbau zu gewöhnlichen Geschäftsräumen. Der Betrag von 17 080 DM "für den Ausbau als Arztpraxis und aufgrund besonderer Wünsche des Beklagten" stimmt mit dem in der Klagschrift genannten Betrag überein. Nach Behauptung der Klägerin stellte sich nach erfolgter Fertigstellung der Räume für den neuen Mieter (= II. Praxis) heraus, daß ein erheblicher Anteil der ursprünglich aufgewendeten 17 080 DM unnötig gewesen sei. "Installationen im Betrage von 5 834,58 DM seien zum Teil stillgelegt und zum Teil abgeändert, d.h. entfernt worden". Der Mietnachfolger Dr. G. [REDACTED] habe diese Abänderungen zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, weil er die Anlagen in der vorliegenden Form nicht haben benutzen können. Außerdem ist behauptet, die Abänderungs-

arbeiten hätten mit sich gebracht, daß die gesamten Räume neu tapeziert und gestrichen werden mußten, was 1 613,51 DM gekostet habe. Der Beklagte habe Verlegung eines Hauptkabels durch ein neu hergerichtetes Kinderzimmer und einen Flur verlangt. Die Kosten der Wiederinstandsetzung von Flur und Kinderzimmer hätten 190,00 und 658,55 DM betragen. Danach errechnete sich der Gesamtschaden auf 8 296,64 DM. Dazu hatte der Beklagte sich nicht geäußert. Durch gleichzeitig mit dem Teilurteil verkündeten Auflagenbeschluß vom 30. August 1962 wurde ihm vom Landgericht aufgegeben, "bis zum 16. September 1962 zu den Ausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 21. August 1962, soweit sie sich mit den Hilfsanträgen auf Zahlung von 8 296,64 DM und Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz des Vertrauensschadens beziehen" Stellung zu nehmen. Eine Äußerung zu dem entsprechenden Inhalt dieses Schriftsatzes ist bis zur letzten mündlichen Verhandlung am 25. Oktober 1962 von dem Beklagten nicht erfolgt. Bei dieser Sachlage ist es aus Rechtsgründen nicht angreifbar, wenn das Landgericht nunmehr Aufwendungen in dieser Höhe (= 8 296,64 DM) und auch den übrigen Vortrag dazu als unbestritten behandelt hat (Urt.v. 8. November 1962 S. 8). Dem steht nicht entgegen, daß das Landgericht in seinem vorangegangenen Teilurteil vom 30. August 1962 S. 6 noch davon ausgegangen ist, der Beklagte habe die Höhe der Gesamtaufwendungen der Klägerin für die Herrichtung zu einer ärztlichen Praxis und den von ihr behaupteten Schaden von 8 296,64 DM bestritten. Für ersteres bot der Schriftsatz des Beklagten vom 10. Mai 1962 S. 12 die Grundlage; denn dort heißt es, die in Höhe von 17 080 DM angegebenen Umbaukosten werden "vorsorglich dem Grunde und der Höhe nach bestritten". Für letzteres ergab sich aus den Schriftsätzen des Beklagten kein Anhalt. Es mag nun sein, daß das Berufungsgericht bei Erlaß des Teilurteils noch davon ausgegangen war, die Absicht des Beklagten, den Betrag von 8 296,64 DM bestreiten zu wollen, ergebe sich aus seinen übrigen Erklärungen (§ 138 Abs. 3 ZPO). Das wurde aber dadurch überholt, daß der Beklagte trotz ausdrücklicher Aufforderung im Auflagenbeschluß keine weiteren Erklärungen abgab,

so daß das Landgericht nunmehr den Tatsachenvortrag in dem genannten Schriftsatz als unbestritten ansehen konnte, zumal die darin genannten Beträge für Abänderungen, Tapezier- und Malerarbeiten bei der Höhe der Kosten für derartige Arbeiten in den Jahren 1961, 1962 durchaus im Bereich des Möglichen lagen. Vom Land- und Berufungsgericht ist danach § 138 ZPO nicht verletzt.

2. Die Revision rügt in diesem Zusammenhang auch vergeblich Verletzung der §§ 421, 529, 531, 272 b II 1,4 ZPO.

a) Konnten Land- und Berufungsgericht davon ausgehen, daß der entsprechende Tatsachenvortrag der Klägerin unbestritten war, so mußte die Klägerin in ihrer Hand befindliche Urkunden (Rechnungen usw.) nicht gemäß § 420 ZPO vorlegen. Ein Beweisanspruch gemäß § 421 ZPO kam nicht in Betracht. Zeugen- und Sachverständigenbeweis war angetreten, brauchte aber nicht erhoben zu werden.

b) Die Auffassung der Revision, nachgeholtes Bestreiten könne im Berufungsrechtszuge nicht wegen Verspätung zurückgewiesen werden, entsprach zwar der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGJW 1936, 3051). Daran hat der Bundesgerichtshof jedoch nicht festgehalten (BGHZ 12, 49) und ausdrücklich ausgesprochen, auch ein in erster Instanz unterlassenes und in der Berufungsinstanz nachgeholtes Bestreiten sei als neues Verteidigungsmittel anzusehen, das nach § 529 Abs.2 ZPO wegen Verspätung zurückgewiesen werden könne. Die Zurückweisung ist vom Berufungsgericht hier auch sonst rechtsirrtumsfrei begründet. Es hat die Überzeugung gewonnen, daß angesichts der ausdrücklichen Aufforderung des Beklagten durch den erwähnten Auflagenbeschluß des Landgerichts, sich über bestimmtes Vorbringen der Klägerin zu erklären, die Unterlassung einer Stellungnahme, insbesondere durch Bestreiten, als grobe Nachlässigkeit anzusehen sei (BU 20). Es hat ausgeführt,

die Berücksichtigung des jetzigen Bestreitens des Beklagten würde eine umfangreiche Beweisaufnahme, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen erforderlich machen, die in dem zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termin nicht hätte erfolgen können. Damit ist rechtsirrtumsfrei begründet, weshalb von der Möglichkeit gemäß § 272 b Abs. 2, 1 und 4 ZPO Anordnungen zu treffen (Vorlegung von Urkunden, Ladung von Zeugen usw.), kein Gebrauch gemacht worden ist und daß die Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten zu einer Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits hätte führen müssen.

3. Das Vorbringen der Klägerin ist entgegen der Meinung der Revision nicht deswegen "unschlüssig", weil der Umbau zunächst ohne feste Bindung des Beklagten von der Klägerin begonnen worden ist; denn diese hat nach ihrem vom Berufungsgericht tatrichterlich gewürdigten Vortrag als Schaden nur die Kosten in Rechnung gestellt, die ihr dadurch mehr erwachsen sind, daß die Räume zunächst nach den Wünschen des Beklagten von seiner festen Zusage im August 1961 an bis Ende Oktober 1961 fertiggestellt worden sind, dann aber nach den Forderungen des neuen Mieters anders gestaltet werden mußten. Bei dieser Sachlage brauchte das Berufungsgericht nicht deshalb, weil auch der Mietnachfolger Internist war, eine weitere "Vorteilsausgleichung" zugunsten der Klägerin zu berechnen. Das gilt auch von der Kabelverlegung und der Aufstellung des Röntgengeräts. Gerade diese Arbeiten sind nach den Zeichnungen des Ingenieurs E [REDACTED], von dessen Äußerung über die Eignung der Räume der Beklagte seine feste Zusage abhängig gemacht hatte, vorgenommen. Nach dem zunächst unbestrittenen Vortrag der Klägerin (Schriftsatz vom 21. August 1962 S. 4) machte der Mietnachfolger Dr. G [REDACTED] gerade insoweit Abänderungen zur ausdrücklichen Bedingung, weil er die Anlagen nicht in der vorliegenden Form benutzen konnte. In dem von der Revision in Bezug genommenen Schriftsatz vom 15. Januar 1963 ist auf den Seiten 1 f nicht behauptet

tet, daß der Beklagte auf seine Kosten bestimmte Einbauten gemacht hat. Im Schriftsatz erster Instanz vom 10. Mai 1962 ist von ihm allerdings auf S. 5 f vorgetragen, ihm seien die Herstellung der Elektroanlagen für die Aufstellung eines Röntgengerätes, die Lieferung eines Strobolüberlaufspeichers, einer Feuertonddoppelspüle usw. in Rechnung gestellt worden. Beträge sind jedoch damals nicht genannt, auch Rechnungen sind erst im Revisionsrechtszuge zu den Akten gerichtet worden. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich nicht, daß der Klägerin, die ausdrücklich hat erklären lassen (Schriftsatz vom 7. Januar 1963), der Beklagte könne Heißwasserbereiter und Spüle unter Wiederherstellung des früheren Zustandes auf seine Kosten ausbauen lassen, durch den Einbau ausgleichbare Vorteile entstanden seien. Das Berufungsgericht hat danach § 286 ZPO nicht verletzt. Es hatte auch keinen Anlaß, den Beklagten in diesem Zusammenhang zur Ergänzung seines sowieso schon verspäteten Vorbringens gemäß § 139 ZPO zu veranlassen.

VI. Nach § 525 ZPO wird der Rechtsstreit vor dem Berufungsgericht in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt. Diese Bestimmung ist entgegen der Auffassung der Revision nicht dadurch verletzt, daß das Berufungsgericht in Abweichung von der Begründung des Landgerichts ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin nicht angenommen und den Schaden der Klägerin etwas anders "abgerechnet" hat. Diese hat zwar, soweit ihre Klage abgewiesen worden ist, Berufung nicht eingelegt. Dadurch wurde aber das Berufungsgericht wegen der in den Berufungsrechtszug gelangten Beträge nicht an die Begründung des Landgerichts gebunden, mit der dieses die Klage wegen des geforderten Mehrbetrages von (8 296 - 5 511,09) = 2 785,55 DM und hinsichtlich des weitergehenden Feststellungsantrages (ein weiteres Drittel) wegen des Zukunftsschadens abgewiesen hat; denn in Rechtskraft ist nur die Abweisung des genannten Betrages und die der weitergehenden Feststellung für die Zukunft (= 1/3) erwachsen, aber nicht die Begründung dafür.

Allerdings steht durch die Abweisung der Klage auf Feststellung des Bestehens eines zwanzigjährigen Mietvertrages fest, daß ein solcher nicht abgeschlossen worden ist. Dadurch war aber das Berufungsgericht nicht gehindert, von dem Bestehen eines entsprechenden Vorvertrages auszugehen.

Das Landgericht hatte ein Mitverschulden der Klägerin darin gesehen, daß diese "im Vertrauen auf die Redlichkeit des Beklagten" so erhebliche Aufwendungen gemacht habe, ohne ihn alsbald zum Abschluß eines schriftlichen Vertrages zu veranlassen. Diese Auffassung hält das Berufungsgericht für unhaltbar. Es konnte deshalb die Abstriche vom ursprünglichen Schadensbetrag machen. Es durfte nur insgesamt nicht mehr als 5 511,09 DM als sonstigen Schaden (ohne Miete) zusprechen.

Zur Frage eines etwaigen Mitverschuldens der Klägerin hat die Revision sachliche Rügen nicht erhoben.

VII. Keine rechtlichen Bedenken bestehen gegen das Berufungsurteil, soweit es die Feststellung des Landgerichts bestätigt, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin 2/3 des ihr künftig aus der Nichteinhaltung der Mietvereinbarungen (etwa) entstehenden Schadens zu ersetzen. Es ist tatrichterliche Würdigung, wenn das Berufungsgericht als überzeugend dargetan ansieht, daß der Klägerin nach Ablauf der Mietzeit mit Dr. G. [REDACTED] weiteren Schaden erleiden könne, falls es ihr nicht gelingt, erneut an einen Internisten zu vermieten. Daß ein solcher Schaden notwendig entstehen muß, ist nicht Voraussetzung für die Feststellung und das rechtliche Interesse der Klägerin an ihr. Durch sie werden dem Beklagten auch nicht für später etwaige Einwendungen dahin abgeschnitten, aus in der Zwischenzeit eingetretenen Gründen würde auch er nicht mehr an den zwanzigjährigen Vertrag gebunden sein, so daß sein Vertragsbruch im Jahre 1961 für den Zukunftsschaden nicht mehr als ursächlich angesehen werden könne.

VIII. Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthält, ist seine Revision als unbegründet zurückgewiesen.

IX. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Haidinger Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Mormann