

Verkündet am 16. Dezember 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 Kaufmanns Anton P [REDACTED] in B [REDACTED]-Z [REDACTED],
H [REDACTED]steig [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Kafficefirma Max H e [REDACTED], Inhaber: Max He [REDACTED] in Ha [REDACTED] [REDACTED],
C [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 16. Dezember 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl,
Dr. Lorschel, Dr. Mezger und Normann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 8. Zivilsenats des Kammer-
gerichts in Berlin vom 22. November 1962
aufgehoben, soweit in ihm zum Nachteil
des Beklagten erkannt worden ist. Im Um-
fang der Aufhebung wird der Rechtsstreit
an das Berufungsgericht zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer eines Hausgrundstücks in Berlin. Dieses war erheblich kriegszerstört und nur im Erdgeschoß gewerblich nutzbar. Im Herbst 1959 beabsichtigte die Klägerin, darin einen Laden zu mieten. Einer bestehenden Abrißverfügung der zuständigen Bauaufsichtsbehörde sollte durch bauliche Maßnahmen (Einziehen von zwei Zwischendecken) begegnet werden. Von der Firma Philipp Mo[REDACTED] AG wurde ein Kostenvoranschlag eingefordert und dem von der Klägerin beauftragten Architekten Mittag mit einem Begleitschreiben vom 31. Oktober 1959 übersandt. Er verhielt sich "Über die zunächst zu überblickenden Arbeiten" und schloß mit einem Betrag von DM 18 698,--. Vorgesehen waren darin normale Wohnhauszwischendecken.

Am 3. November 1959 schrieb der Beklagte der Klägerin:

"Ihre Vorschläge gehen dahin, daß Sie mit ca. 20 000 DM, welche grundbuchlich gesichert werden sollen und durch Mietenabzug gedeckt sind, zwei Decken über den Ladenstrakt einziehen lassen wollen. Ich kann nicht beurteilen, ob diese von Ihrem Architekten geschätzte Baukostensumme für die geplanten Decken ausreichend ist."

Bei Abschluß des vom 2. Dezember 1959 datierten Mietvertrages ließ sich der Beklagte durch seinen bevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. Ph[REDACTED] in B[REDACTED] vertreten. Nach dem Vertrag wurde der Klägerin ein Laden in Größe von ca. 83,5 qm und ca. 122 qm Kellerraum (nebst bestimmt bezeichneten Wandflächen für Reklamezwecke) für eine Miete von monatlich 500 DM (= Jahresmiete 6 000 DM) vermietet (§ 1). Das Mietverhältnis begann am 1. Januar 1960. Es war für den Vermieter (Beklagten), der außerdem eine einmalige Zahlung von 10 000 DM bekam, auf die Dauer von 10 Jahren unkündbar, jedoch wurde der Klägerin ein Mietvorrecht auf weitere 10 Jahre eingeräumt. Ihr wurde auch bei Eintritt wesentlicher geschäft-

- 3 -

licher Veränderungen ein außerordentliches Kündigungsrecht zugebilligt (§ 3). § 5 lautet:

"Mieter hat das Recht, die vorhandenen Räumlichkeiten, den Eingang und die Fassade auf seine Kosten umzubauen.

Mieter übernimmt auch den Einbau von zwei Zwischendecken, die von der Baupolizei aus Gründen statischer Notwendigkeit gefordert werden. Die Decken müssen einer Verkehrsbelastung von 500 kg/qm entsprechen. Diese Einbauten werden ca. DM 20 000 kosten. Der Vermieter erstattet diese Kosten in der Weise, daß sie in monatlichen Raten von DM 200 ... jeweils von der Miete abgezogen werden bis zur endgültigen Tilgung. Zinsen werden nicht berechnet."

§ 6 sieht vor:

"Zur Sicherung des zinslosen Darlehens zum Ausbau der Decken wird ein Grundschuldbrief bestellt ..."

Es folgte ein Schriftwechsel. Am 23. Dezember 1959 bestätigte der Beklagte dem Architekten der Klägerin, M., den Inhalt einer Aussprache am selben Tage. Das Schreiben schließt:

"Da die Ausbaukosten für die beiden Decken zu meinen Lasten gehen werden, muß ich den Kostenvoranschlag vorher sehen und diesem zustimmen.

"Wenn es möglich ist, erbitte ich die Ausarbeitung des Kostenanschlages bis zum 31.12.1959."

Am 11. Januar 1960 schrieb die Firma Ho AG dem Architekten Mittag, in ihrem Angebot vom 31. Oktober 1959 habe sie ihm die Decken nur für normale Wohnhausbelastungen angeboten, es solle jedoch eine Belastung von 500 kg/qm zugrundegelegt werden. Dadurch werde sich ein Mehrpreis von DM 4,80 je qm ergeben.

Am 12. Januar 1960 überreichte der Architekt Mittag dem Beklagten den (alten) Kostenanschlag der Firma Ho vom



31. Oktober 1959 und ihr Anschreiben vom selben Tage "zur Kenntnisnahme" und bemerkte dazu:

"Die Firma ist, wie Sie wissen, mit dem Auftrag betraut worden, da Sie terminlich an die Auftragsaufgabe gebunden waren. Die Firma Ho[REDACTED] ist eine der führenden Baufirmen in Deutschland und für derartige Arbeiten vertrauenswürdig.

Über die Konstruktion der Dachdecke erwarte ich Ihren Bescheid."

Am 19. Januar 1960 erstattete die Firma Ho[REDACTED] dem Architekten M[REDACTED] einen neuen, mit einem Betrage von 25 648,10 D. abschließenden Kostenanschlag. Mit Schreiben vom 26. Januar 1960 an den Beklagten ging Mittag unter Beifügung eines Duplikats des von ihm als "endgültig" bezeichneten Kostenanschlages der Firma Ho[REDACTED] vom 19. Januar 1960 zunächst auf ein Schreiben des Architekten de Bo[REDACTED] vom 20. Januar 1960 ein. Sein Schreiben vom 26. Januar 1960 schließt:

"Falls nicht bis zum 1. Februar d.J. ein Einspruch von Ihnen erfolgt, werden wir in der nächsten Woche mit den Arbeiten beginnen, die Vorarbeiten sind soweit vorangetrieben. Ich glaube und hoffe jedoch nicht, daß Sie irgendwelche Einwände vorbringen werden, da sich sonst der Baubeginn unnötig lange hinauszögern würde."

Dieses Schreiben will der Beklagte nicht erhalten haben; es soll auch in seinem Büro nicht eingegangen sein. Außerdem hatte sich der Architekt M[REDACTED] am 28. Januar 1960 auch an den Architekten de Bo[REDACTED] unter Bezugnahme auf dessen Schreiben vom 20. Januar 1960 gewandt. Auch diesem Schreiben vom 28. Januar an de Born ist der neue Kostenanschlag vom 19. Januar 1960 "zur gefl. Kenntnisnahme" mit dem Bemerkten beigefügt: "Wenn Sie irgendwelche Fragen oder Wünsche haben, so stehe ich Ihnen selbstverständlich zur Verfügung."

Anfang Februar unterrichtete de Borm fernmündlich Frau G. im Büro des Beklagten von der Höhe des neuen Kostenanschlages. Frau Gorgon wandte sich mit Schreiben vom 6. Februar 1960 an Rechtsanwalt Dr. Ph., teilte diesem den Sachverhalt mit und bat, zu klären, ob die Klägerin diese Mehrkosten "in Kauf nehme".

Am 29. Februar 1960 schrieb der Architekt M. dem Beklagten, der Prüfungsingenieur Ho. und das Bauaufsichtsamt hätten weitere Arbeiten verlangt, die weitere zusätzliche Mehrkosten von ca. 2 000 DM erforderlich machten. Im Auftrage des Beklagten antwortete Rechtsanwalt Dr. Ph. am 14. März 1960 auf diesen Brief und auf den Brief M. "an den technischen Bevollmächtigten" des Beklagten de Bo. vom 28. Januar 1960, die über den ersten Kostenanschlag vom 31. Oktober 1959 hinausgehenden Kosten und Posten würden beanstandet und nicht anerkannt.

Für die in seinem Schreiben vom 29. Februar 1960 an den Beklagten erwähnten weiteren Arbeiten erhielt der Architekt M. von der Firma Ho. noch zwei weitere Nachtragskostenanschläge vom 17. März 1960 über 2 684,40 DM und vom 2. April 1960 über 1 100 DM. Diese wurden nicht an den Beklagten weitergeleitet. Die Schlussrechnung der Firma Ho. vom 4. April 1960 ergab einen Gesamtbetrag von 30 310,98 DM. Nach ihr beliefen sich die Kosten für die im Kostenanschlag vom 19. Januar 1960 aufgeführten Arbeiten auf 26 537,18 DM und die Kosten für die in den Nachtragsanschlügen genannten Arbeiten auf 2 673,80 DM und 1 100 DM. Die Klägerin übersandte die Schlussrechnung, die von ihr an die Firma Ho. bezahlt wurde, im April 1960 an den Beklagten, der sich weigert, der Klägerin mehr als insgesamt 20 000 DM zu erstatten.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet ist, auch die über 20 000 DM hinausgehenden Kosten in Höhe von 10 310,98 DM zu erstatten. Das Landgericht gab der Klage statt. Das Berufungsgericht stellte unter Abweisung der Klage im übrigen fest, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin über die vom Beklagten anerkannten 20 000 DM hinaus weitere 8 970,43 DM gemäß § 5 des Mietvertrages vom 2. Dezember 1959 zu erstatten.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

I. Ohne Rechtsirrtum und unangegriffen von der Revision bejaht das Berufungsgericht das rechtliche Interesse der Klägerin an der begehrten Feststellung.

II. Vertragsauslegung

1. Das Berufungsgericht entnimmt die sachliche Berechtigung des geltend gemachten Erstattungsanspruchs dem § 5 des Mietvertrages. Nach dem Wortlaut des Vertrages seien die Parteien zwar davon ausgegangen, das Einziehenlassen der zwei Zwischendecken, für das die Klägerin die Kosten habe vorschießen müssen, würde ca. 20 000 DM kosten, sie hätten aber in dem Abkommen nicht zum Ausdruck gebracht, daß der Beklagte den darüber hinausgehenden Betrag nicht zu erstatten brauche und daß die Klägerin selbst dafür aufkommen müsse. Die Behauptung des Beklagten, die Parteien hätten übereinstimmend den Betrag von 20 000 DM als Höchstbetrag vereinbart, könne nicht richtig sein. Die schriftlich deutlich zum Ausdruck gebrachte Vereinbarung sei einer

ergänzenden Auslegung nicht fähig. Nebenabreden seien nicht "wirksam behauptet"; es komme deshalb (nur) auf den erklärten Willen an. Die Erklärung gelte so, wie sie ihr Empfänger nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte habe verstehen müssen. Da der Kostenvoranschlag vom 31. Oktober 1959, auf dem die vertragliche Annahme des erforderlichen Geläbetrages beruhe, "die zunächst zu überblickenden Kosten betreffe", sei es beiden Parteien bewußt gewesen, es habe sich nur um eine geschätzte vorläufige Annahme handeln können, wie im Vertrag durch den Zusatz "circa" deutlich zum Ausdruck gebracht worden sei. Das gehe aber auch aus den Schreiben des Beklagten vom 3. November und 23. Dezember 1959 sowie aus den ganzen Umständen hervor. Unbeachtlich sei, daß sich die Parteien in Bezug auf den Umfang der notwendigen Arbeiten "verschätzt" hätten, weil sie nach ihren eindeutigen Erklärungen darüber einig geworden seien, daß die gesamten Arbeiten im Ergebnis vom Beklagten hätten getragen werden sollen. Hätten sie eine andere Regelung gewollt, hätten sie sich anders ausdrücken müssen und - nach der Überzeugung des Berufungsgerichts - auch ausgedrückt.

2. Bei dieser Auslegung eines Individualvertrages hat das Berufungsgericht übersehen, daß für eine Auslegung kein Raum ist, solange sich der wirkliche übereinstimmende Wille der Parteien im Wege der Beweiserhebung ermitteln läßt (BGH Urt.v. 14. März 1956 - VI ZR 336/54 LM § 157 (Gf) Nr. 2). Dazu rügt die Revision zutreffend die Beweisanträge des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 14. November 1961 S. 1 ff in Verletzung von § 266 ZPO als übergegangen. Dort, wie ähnlich schon in der Klagebeantwortung S. 2, hatte der Beklagte behauptet, für ihn sei die voraussichtliche Baukostensumme von 20 000 DM (einschließlich aller Nebenkosten) der Höchstbetrag gewesen, den er habe aufwenden wollen

(S. 2) und mit dem Wort "ca" hätten die Parteien ausdrücken wollen, es sei ein Höchstbetrag von 20 000 DM vorgesehen, der allenfalls ganz geringfügig habe überschritten werden können. Eine Überschreitung um 50 % sei völlig undenkbar gewesen (S. 6, 7). Dafür waren als Zeugen der technische Berater des Beklagten, der Architekt de Bo, und der Rechtsanwalt Dr. Ph, der damalige Bevollmächtigte des Beklagten, benannt. Ohne diese Zeugen (u.U. als Gegenzeugen der Klägerin den Architekten M, Schriftsatz vom 20. Februar 1961 S. 2) zu vernehmen, durfte das Berufungsgericht den Vertrag nicht selbständig nach seinem Wortlaut auslegen und konnte es auch nicht feststellen, der Beklagte könne mit seiner Behauptung, die Parteien hätten 20 000 DM als Höchstbetrag vereinbart, nicht rechthaben (BU 10).

3. Schon wegen Nichtvernehmung der erwähnten beiden Zeugen kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Es war vielmehr aufzuheben, soweit in ihm zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist, und die Sache in diesem Umfange zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III. Bei dieser Sachlage bedarf es keines Eingehens im einzelnen auf die weiteren Rügen der Revision. Dem Beklagten kann es vielmehr überlassen bleiben, sein Vorbringen insoweit in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu wiederholen und notfalls zu ergänzen. Es mag nur bemerkt werden:

1. Das Berufungsgericht beurteilt die Rechtsbeziehungen der Parteien nach Auftragsvorschriften und geht davon aus, der Beklagte habe der Klägerin die Weisung gegeben, diese Decken für "circa 20 000 DM" einziehen zu lassen. Auch wenn das richtig sein sollte und das Berufungsgericht nicht auf Grund des Ergebnisses der erforderlichen Beweisaufnahme zu

der Auffassung gelangen sollte, die Klägerin habe mit der Einziehung der Lecken für "ca. 20 000 DM" ein eigenes Geschäft besorgt und auch das "Kostenrisiko" insoweit übernommen, ist darauf zu verweisen, daß das Berufungsgericht bisher nur festgestellt hat, die Klägerin sei berechtigt gewesen, von der ursprünglichen Baukostensumme von "etwa 20 000 DM" "nach Maßgabe des Kostenanschlages vom 19. Januar 1960" abzuweichen. Dieser Kostenanschlag, der in dem Schreiben des Architekten M. [REDACTED] vom 26. Januar 1960 als "endgültig" bezeichnet worden ist, weist aber nur Kosten in Höhe von 25 648,10 DM aus. Das Berufungsgericht hat den Beklagten aber mit weiteren 8 970,43 DM (über die 20 000 DM hinaus) belastet.

2. Das Berufungsgericht wird u.Ü. auch prüfen müssen, ob es der Klägerin möglicherweise unter dem Gesichtspunkt von "culpa in contrahendo" verwehrt sein könnte, sich auf die erhebliche Überschreitung des Kostenbetrages von "ca. 20 000 DM" dem Beklagten gegenüber zu berufen. Das könnte dann der Fall sein, wenn sie es durch ihren Architekten übernommen haben sollte, die entsprechenden Kosten vor Vertragsabschluß zu ermitteln. Der Kostenanschlag vom 31. Oktober 1959 und das Begleitschreiben vom selben Tage sind offenbar nur dem Architekten M. [REDACTED] zugeleitet. Dieser scheint beide Schreiben auch erst mit Brief vom 12. Januar 1960 dem Beklagten zur Kenntnisnahme übermittelt zu haben. Andererseits hat der Beklagte schon am 3. November 1959 darauf hingewiesen, er könne nicht beurteilen, ob die vom Architekten der Klägerin geschätzte Bausumme ausreichend sei. Mit Vertragsschluß am 2. Dezember 1959 stand auch fest, daß die Verkehrslast der Lecken 500 kg/qm betragen sollte. Der Architekt M. [REDACTED] konnte nun zwar dem Kostenanschlag vom 31. Oktober 1959 in Verbindung mit dem Begleitschreiben vom selben Tage entnehmen, daß sich der Anschlag nur "über die zunächst zu überblickenden Arbeiten verhielt" und daß höhere Kosten erwartet werden, sowie, daß in

46

ihm (unter 2) nur Arbeiten vorgesehen waren: "berechnet für die statischen Erfordernisse einer Wohnhausdecke", nicht aber für Lücken - wie im Mietvertrag vorgesehen - von 500 kg/qm. Nicht ersichtlich ist, ob der Beklagte das erkennen konnte und ob er damit rechnen konnte, daß Mittag der Firma Ho [REDACTED] AG möglicherweise überhaupt erst im Januar 1960 mitgeteilt hat, daß die Lücken eine Tragfähigkeit von 500 kg/qm haben sollten.

3. Schließlich wird das Berufungsgericht auch zu entscheiden haben, ob, falls sich nicht feststellen läßt, wer nach den Abreden der Parteien das Kostenrisiko zu tragen hat, die Parteien nicht im Hinblick darauf, daß sich beide Teile über die Höhe der voraussichtlichen Kosten verschätzt haben, unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung, der Änderung der Geschäftsgrundlage oder des mitwirkenden Verschuldens für verpflichtet gehalten werden können, den nicht voraussehbaren Kostenaufwand untereinander aufzuteilen.

IV. Da die Entscheidung über die Kosten der Revision vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt, ist sie dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Heidinger

Dr. Mezger

Artl

Mormann

Dr. Lorschel