

Verkündet
am 23. Februar 1960
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

der H[REDACTED] Waren- und Kaufhaus GmbH, vertreten durch ihre
Geschäftsführer, die Kaufleute Hans Georg K[REDACTED] und Dr. Guido
Sch[REDACTED] in B[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revi-
sionsklägerin

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

g e g e n

den Kaufmann Albin W[REDACTED], Ha[REDACTED]/M[REDACTED], L[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 23. Februar 1960 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar,
Dr. Spielor, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des
Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 24. Fe-
bruar 1959 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d :

Nach Aufhebung des ersten Berufungsurteils durch Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27. Juni 1956 - V ZR 101/54 auf dessen Tatbestand wegen des Sachverhaltes im einzelnen Bezug genommen wird, ist im Laufe des zweiten Berufungsverfahrens unstreitig geworden, daß der Beklagte dem Mitinhaber Otto Lu der Firma Otto A. Wo, offene Handelsgesellschaft, am 13. Februar 1948 die Verwaltung des Grundbesitzes übertragen und ihn dabei bevollmächtigt hatte, u.a. Mietverträge abzuschließen, alle Maßnahmen zur Instandsetzung des Hauses zu treffen und ihn bei allen Behörden zu vertreten. Diese Vollmacht ist nicht widerrufen worden. Das Berufungsgericht hat nach Beweiserhebung die Berufung der Klägerin erneut zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klagantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

A (Vertragsauslegung).

I. Das Berufungsgericht legt in Übereinstimmung mit dem ersten Berufungsurteil den Vertrag vom 29. Oktober 1951 dahin aus, der Beklagte habe unter § 1 Buchstabe c die Gewährleistung dafür übernommen, daß das verpachtete Gebäude "in seinem derzeitigen Zustand" als Warenhaus benutzt werden könne, obwohl es - unstreitig - erst durch Aus- und Umbauten in einen zu einem Warenhausbetriebe geeigneten Zustand habe versetzt werden müssen. Es entnimmt dem Vortrag der Parteien, diese seien sich darüber einig gewesen, es müsse ohne besondere Auflagen möglich sein, unter Beseitigung der Kriegsschäden die vorhandenen Baulichkeiten zur Benutzung als Warenhaus um- und wiederaufzubauen. Daraus folgert es, das Gebäude sei zu dem vertraglichen Zweck verpachtet worden, es zu einem Warenhaus auszugestalt-

- 3 -

ten und dann als solches benutzt zu werden. Als besondere Eigenschaft im Sinne von §§ 537 Abs. 2, 581 BGB sei jedoch zugesichert worden, daß diese Ausgestaltung ohne Erfüllung besonderer behördlicher Auflagen lediglich durch Beseitigung der Kriegsschäden möglich sein werde.

Es fährt fort, nach Vertragsabschluß habe sich, da die Baupolizei - entgegen § 1 e - eine besondere Anlage, nämlich die Sprinkleranlage, gefordert habe, herausgestellt, daß der gewährleistete Zustand - beim Zustandekommen des Vertrages - nicht vorhanden gewesen sei. Daraus schließt es, die Klägerin habe grundsätzlich wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft aus Gewährleistung nach §§ 538 Abs. 1, 581 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern können.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts bewegen sich weitgehend auf tatsächlichem Gebiete und haben die Auslegung eines Individualvertrages zum Inhalt. Sie sind deshalb einer Nachprüfung im Revisionsrechtzue nur beschränkt zugänglich. Sie enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin.

B. (Vorbehaltlose Annahme der Pachtsache).

I. Das Berufungsgericht ist abschließend zu dem Ergebnis gekommen, ein Schadensersatzanspruch aus § 538 Abs. 1 BGB stehe der Klägerin deshalb nicht zu, weil sie die Pachtsache in Kenntnis des in Rede stehenden Mangels angenommen habe, ohne sich ihre Rechte deswegen vorzubehalten (§§ 581 Abs. 2, 539 Satz 2, 464 BGB).

1. Dazu stellt es fest, die Annahme der Pachtsache sei am 3. März 1952 mit der Übergabe des Grundstücks erfolgt und die Kenntnis von dem Mangel habe die Klägerin



spätestens zu der Zeit erlangt, als sie sich nach den erfolglosen Verhandlungen mit den behördlichen Stellen darüber, die Sprinklerung durch andere Maßnahmen zu ersetzen, ausweislich ihres Schreibens vom 4. Februar 1952 an das Bauordnungsamt zum Einbau der Anlage entschloß; denn schon in diesem Zeitpunkt habe sie gewußt, die Baugenehmigung werde die Auflage enthalten, das Gebäude zu sprinklern.

Es hält einen Vorbehalt der Rechte bei Annahme der Pachtsache am 3. März 1952 auch nicht wegen der besonderen Umstände des Falles für entbehrlich. Dafür sei es, so führt es aus, unerheblich, ob der Beklagte habe annehmen können, die Klägerin wolle auf Gewährleistung verzichten, und ob er selbst den Mangel gekannt habe. Es legt dazu weiter dar, der Vorbehalt sei auch nicht deshalb entbehrlich gewesen, weil die Klägerin den gesamten Ausbau einschließlich der Mängelbeseitigung übernommen gehabt habe. Es hält dabei für bedeutungslos, daß diese in Abweichung von der gesetzlichen Regel des § 536 BGB als Pächterin die Beseitigung des Mangels zu bewerkstelligen hatte und daß dies erst nach der Übergabe möglich gewesen sei, weil sie mit dem Ausbau nicht früher habe beginnen können. Dazu führt es ergänzend aus, die Vorschrift des § 539 BGB berühre nicht den Anspruch des Pächters aus § 536 BGB auf Herstellung der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Pachtsache, sondern nur die Rechte aus den §§ 537, 538 BGB. Zur Erhaltung dieser Rechte fordere das Gesetz aber die Erklärung eines Vorbehaltes, wenn dem Pächter bei Annahme der Pachtsache der Mangel bekannt sei. Danach habe die Klägerin hier einen Vorbehalt erklären müssen, um sich den hier geltend gemachten Schadensersatzanspruch des § 538 Abs. 1 BGB auf Ersatz der für den Einbau der Sprinkleranlage aufzuwendenden Kosten zu erhalten.

2. Nach dem Ergebnis der Verhandlung und der Beweis-
aufnahme, so führt das Berufungsgericht weiter aus, könne
aber nicht festgestellt werden, daß die Klägerin einen
Rechtsvorbehalt zum Ausdruck gebracht habe, und zwar sei
das weder vor noch bei der Annahme ausdrücklich oder (auch
nur) durch schlüssiges Verhalten geschehen.

Der Aussage des Architekten St. entnimmt es, dieser
habe sich mit dem Kaufmann Lu., dem Bevollmächtigten
des Beklagten, zwar sicher darüber unterhalten, daß die
Sprinkleranlage eingebaut werden müsse. Es bemerkt dazu,
St. habe das jedoch nicht getan, um im Hinblick auf das
Vertragsverhältnis den Zeugen Lu. oder auch den Beklag-
ten auf diese Notwendigkeit hinzuweisen; deshalb sei
auch weder von Gewährleistung oder Garantie gesprochen,
auch habe St. weder den Beklagten noch Lu. über den
Gang der Verhandlungen mit den Behörden unterrichtet,
an denen Lu. selbst nicht teilgenommen habe. Es fährt
fort, nach den Zeugenaussagen (gemeint Lu. und St.)
könne (auch) nicht festgestellt werden, daß der Geschäfts-
führer der Klägerin den Beklagten von der Notwendigkeit,
die Sprinkleranlage einzubauen, unterrichtet habe, und
führt weiter aus, der Aussage des Architekten St. könne
nicht mehr entnommen werden, als daß er mit Lu. ganz
allgemein von der baulichen Entwicklung und dabei auch
von der Sprinkleranlage gesprochen habe; darin könne je-
doch nicht die Kundgabe des Willens der Klägerin ge-
sehen werden, sich ihre Rechte wegen dieses Mangels
vorzubehalten. Zumindest hätte ein Hinweis auf die Gewähr-
leistung hinzukommen müssen, von der jedoch überhaupt
nicht die Rede gewesen sei. Die nur gesprächsweise Erwäh-
nung des Erfordernisses der Sprinklerung könne nicht als
Ausdruck eines Rechtsvorbehaltes aufgefaßt werden.

Hinsichtlich eines etwaigen Vorbehaltes durch (bloßes) schlüssiges Verhalten führt das Berufungsgericht aus, Handlungen, die als dahingehender Willensausdruck aufgefaßt worden könnten, seien weder für die Zeit vor noch bei der Annahme selbst festzustellen. Eine deutliche Willenserklärung in irgendeiner Form sei, so fährt es fort, um so mehr erforderlich gewesen, als in der abschließenden Besprechung am 26. Februar 1952 vor der Übergabe ausdrücklich festgestellt worden sei, daß sämtliche Voraussetzungen für die Inkraftsetzung des Pachtvertrages erfüllt seien, und als darüber hinaus die Klägerin dem Beklagten einen hohen Geldbetrag auf die nach dem Pachtvertrag zu erbringenden Leistungen ausgekehrt habe; sie habe aber selbst nicht vorgetragen, daß bei dieser Besprechung in irgendeiner Form auf die Gewährleistung oder auch nur auf den Mangel hingedeutet worden sei.

II. Auch diese Ausführungen des Berufungsgerichts bewegen sich weitgehend auf tatsächlichem Gebiete, so daß sie einer Nachprüfung im Revisionsrechtszuge nur beschränkt zugänglich sind. Sie enthalten im Ergebnis keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin und halten auch gegenüber den verfahrensrechtlichen Rügen der Revision einer Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht spricht zwar gelegentlich davon, die Klägerin habe keinen "Rechtsvorbehalt" zum Ausdruck gebracht, und auch davon, es sei nicht von Gewährleistung und Garantie gesprochen, sowie, es hätte "zumindest ein Hinweis auf die Gewährleistung" hinzukommen müssen. Wie dem Zusammenhang seiner Entscheidungsgründe zu entnehmen ist, meint es aber mit "Rechtsvorbehalt" nicht eine besondere Art des Vorbehaltes, sondern nur den "Vorbehalt

der Rechte wegen des Mangels" im Sinne von § 464 BGB, und es ist auch nicht etwa der Auffassung, wie die Revision meint, ein solcher Vorbehalt könne nur dann angenommen werden, wenn dabei gleichzeitig von Gewährleistung oder Garantie gesprochen werde. Das ergibt sich deutlich aus seinen Bemerkungen, die nur "gesprächsweise Erwähnung" des Erfordernisses der Sprinklerung habe nicht als Ausdruck eines Vorbehaltes aufgefaßt werden können, sowie, die Klägerin habe nicht vorgetragen, es sei in irgendeiner Form auf den Mangel hingedeutet, und vor allem aus seinen mehrfachen Ausführungen darüber, ein Vorbehalt der Rechte könne auch durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck gebracht werden. Daß es aber in der nur "gesprächsweisen Erwähnung" des Erfordernisses der Sprinklerung durch den Architekten St. gegenüber Luchs keinen ausreichenden Hinweis darauf erblickt, damit solle ein Vorbehalt der Rechte wegen eines Mangels der Pachtsache im Sinne von §§ 538, 537 Abs. 2, 464 BGB zum Ausdruck gebracht werden, ist nicht rechtsirrig. Damit hält sich das Berufungsgericht vielmehr im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens bei der Würdigung des Sachverhaltes.

Nach herrschender Auffassung ist ein Vorbehalt in dem genannten Sinne eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, für die zwar ein bestimmter Wortlaut nicht vorgeschrieben ist, in der aber der Mangel nicht nur allgemein, sondern klar und deutlich als solcher und der Vorbehaltswille dem Schuldner erkennbar zum Ausdruck gebracht werden muß (RGZ 58, 261, 263; RG WarnRspr. 1910, Nr. 274; Mittelstein, Die Miete, 4. Aufl., § 44, 10, e, f, S. 292, 293; BGB RGRK 11. Aufl. § 464 Anm. 3; Kiefersauer in Staudinger BGB, 11. Aufl. § 539, Anm. 3). Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts fehlte es hier sowohl an der Erkennbarkeit für den Beklagten, daß sich die Klägerin

irgendwelche Rechte vorbehalten wollte, aber auch dafür, daß bei der gesprächsweisen Erwähnung der erforderlichen "Besprinklerung" durch den Architekten St. gegenüber dem Bevollmächtigten des Beklagten, dem Zeugen Lu., damit überhaupt auf einen Mangel des Gebäudes zu dem vorgesehenen Gebrauch hingewiesen werden sollte.

In diesem Zusammenhang geht insbesondere der Hinweis der Revision auf die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 90, 65, 67 fehl. Dort hatte der Mieter auf den "lumpeten Aufgang" hingewiesen, worin eine ausreichende Erklärung einer Mißbilligung über den Zustand der Treppe gefunden werden konnte. An einer Äußerung in diesem - mißbilligenden - Sinne hat es hier aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gerade gefehlt. Dessen Ausführungen sind auch nicht, wie die Revision meint, in sich widerspruchsvoll. Es hat zwar auf Seite 28 seines Urteils gesagt, es könne nach den Zeugenaussagen nicht festgestellt werden, daß der Geschäftsführer der Klägerin den Beklagten von der Notwendigkeit, die Sprinkleranlage einzubauen, unterrichtet habe. Das steht aber nicht im Widerspruch zu seinen Ausführungen auf Seite 26, der Architekt St. habe bekundet, er habe sich mit Lu. sicher darüber "unterhalten", daß die Sprinkleranlage eingebaut werden müsse; dann es ist, wie bereits dargelegt, ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis gekommen, eine "nur gesprächsweise Erwähnung des Erfordernisses der Sprinklerung" bei einer Unterhaltung zwischen St. und Lu. sei weder ein Hinweis auf einen Mangel noch ein hinreichend klarer Ausdruck eines Vorbehaltes. Diese Auffassung ist um so unbedenklicher, als dem Architekten St., wie sich aus seiner vom Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen mitgeteilten Aussage ergibt, Einzelheiten aus dem Pachtvertrag, insbesondere über die Gewährleistung nicht bekannt waren, und als auch Lu. den

Pachtvertrag, von dessen Inhalt er nach seiner Aussage nur flüchtig Kenntnis genommen hatte, nicht etwa für den Beklagten abgeschlossen hatte. Das hatte dieser nach dem unstreitigen Sachverhalt vielmehr allein ohne Mitwirkung von Lu●● getan. Auch die vom Berufungsgericht mit Recht in den Vordergrund seiner Betrachtungen gestellte, abschließende Besprechung am 26. Februar 1952 hat nur mit dem Beklagten stattgefunden, und es ist nicht rechtsirrtümlich, wenn es dazu ausführt, eine deutliche Willensäußerung in irgendeiner Form, die als eine einen Vorbehalt zum Ausdruck bringende Erklärung hätte aufgefaßt werden können, wäre (mindestens) jetzt - nach den besonderen Umständen des Falles - erforderlich gewesen, und hervorhebt, die Klägerin habe jedoch sowohl bei dieser Besprechung als auch bei der Übernahme des Grundstücks selbst geschwiegen.

2. * Das Berufungsgericht hat auch nicht, wie die Revision rügt und was auch von Amts wegen zu beachten sein würde (RGZ 94, 11, 13; BGHZ 3, 321, 324) gegen § 565 Abs. 2 ZPO verstoßen. Nach dieser Bestimmung war es - ebenso wie im übrigen auch der jetzt erkennende Senat selbst - bei seiner neuen Entscheidung zwar an die rechtliche Beurteilung des ersten Revisionsurteils, die der Aufhebung zugrunde gelogt war, gebunden. Das Berufungsgericht hat dazu jedoch zutreffend darauf verwiesen, daß im damaligen Revisionsverfahren darüber zu entscheiden war, ob die Klägerin - in entsprechender Anwendung von § 539 BGB - ihren Gewährleistungsanspruch dadurch verwirkt hatte, daß sie den Pachtvertrag längere Zeit hindurch erfüllt hatte, ohne den Anspruch geltend zu machen, während es sich jetzt darum handelt, ob § 539 BGB unmittelbar anzuwenden ist. Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß darin ein erheblicher sachlicher Unterschied nicht zu erblicken ist. Doch kommt es darauf nicht an; denn das erste Berufungsurteil ist aufgehoben worden (erstes Revisionsurteil S. 16), weil das Berufungsgericht "ohne Erhebung der angetretenen Beweise"

nicht zu dem Ergebnis habe kommen können, die Klägerin habe erstmals am 18. September 1952 ihren Gewährleistungsanspruch geltend gemacht. Das bedeutet eine Aufhebung wegen Verletzung des § 286 ZPO. Ist aber ein Urteil nur wegen eines Verfahrensmangels aufgehoben, so ist das Berufungsgericht in der sachlichrechtlichen Beurteilung ganz frei, es darf nur die vom Revisionsgericht gerügten Fehler, die zur Aufhebung geführt haben, nicht wiederholen (BGHZ 3, 321, 326; 22, 370, 374). Das ist hier nicht der Fall; denn es hat die - vom Revisionsgericht - für notwendig erklärten Beweise erhoben, in deren tatrichterlicher Würdigung und rechtlichen Beurteilung es jedoch frei war (vgl. auch BGH Urt. vom 12. Oktober 1959 - II ZR 49/59 -, WM 1959, 1396, 1397 a.E.).

C. Sonstige Anspruchsgrundlagen.

I. Das Berufungsgericht hält den geltend gemachten Anspruch auch nicht auf Grund anderer rechtlicher Gesichtspunkte für begründet.

1. Es lehnt eine Auslegung des Pachtvertrages dahin, daß § 1 Buchstabe e und § 4 lediglich die Verteilung der Baukosten regeln, ab. Es folgt der Auffassung der Klägerin auch nicht dahin, der Vertrag enthalte ihre stillschweigende Boauftragung, alle unter § 1 Buchstabe e fallenden Anlagen herzustellen. Dazu führt es aus, ein solcher Auftrag könnte nur dann angenommen werden, wenn die Klägerin eine Verpflichtung hinsichtlich des Ausbaues eingegangen wäre; das sei jedoch nicht der Fall. In § 4 des Pachtvertrages sei ihr lediglich die Befugnis eingeräumt worden, das Gebäude für ihre Zwecke aus- und umzubauen. Der Vertrag sei allerdings dahin zu verstehen, daß der gesamte Ausbau einschließlich der unter § 1 Buchstabe e fallenden "besonderen Anlagen" der Klägerin überlassen gewesen sei. Davon seien in der damaligen Zeit erkennbar auch beide Parteien ausgegangen

Die Klägerin selbst habe einerseits den Beklagten niemals aufgefordert, für die Errichtung der Sprinkleranlage zu sorgen, dieser habe sich andererseits um die Bauausführung nicht gekümmert. Es liege auch auf der Hand, daß das erforderliche Zusammenwirken der Bauhandwerker zu einer zügigen Durchführung des Bauvorhabens nur dann gewährleistet sein konnte, wenn der gesamte Ausbau unter einheitlicher Planung und Leitung stand. Dieser Auffassung sei auch die Klägerin gewesen. Abschließend führt es aus, es sei deshalb anzunehmen, daß der gesamte Ausbau Sache der Klägerin gewesen sei und daß der Beklagte nicht zur Herstellung der Sprinkleranlage verpflichtet gewesen sei, so daß die Klägerin nur auf Gewährleistungsansprüche angewiesen sei, die sie jedoch durch die vorbehaltlose Annahme der Pachtsache verloren habe.

2. Das Berufungsgericht hält den Beklagten auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Erstattung notwendiger Verwendungen auf die Pachtsache zum Ersatz der Kosten für die Regenanlage (nach § 581 in Verbindung mit § 547 Abs. 1 BGB) für verpflichtet. Dazu führt es aus, eine solche notwendige Verwendung liege nur vor, wenn diese zur Erhaltung der Pachtsache in ihrem Bestande gemacht worden sei. Darunter fielen jedoch nicht Aufwendungen, die die Pachtsache lediglich in einen zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand versetzen sollen. Weil die Sprinkleranlage zur Erhaltung des Gebäudes nicht erforderlich gewesen sei, könnten die Kosten ihrer Anbringung nicht als notwendige Verwendungen angesehen werden.

3. Für einen Anspruch auf Ersatz sonstiger Verwendungen nach § 547 Abs. 2 Satz 1 BGB fehlt es nach Auffassung des Berufungsgerichts an den Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff BGB). Dazu legt es unter Bezugnahme auf seine unter C I 1 wiedergegebenen Ausführungen dar, die Klägerin habe mit dem Einbau der

Anlage ein eigenes Geschäft, nicht ein solches des Beklagten besorgt; denn dieser sei zur Herstellung der Anlage nicht verpflichtet gewesen; dieses sei vielmehr der Klägerin überlassen gewesen.

4. Auch ein Bereicherungsanspruch gemäß §§ 951, 812 ff BGB steht der Klägerin nach Meinung des Berufungsgerichts nicht zu. Dazu führt es aus, der Beklagte habe das Eigentum an der Sprinkleranlage (§§ 946, 94 BGB) und damit den Wertzuwachs am Gebäude nicht ohne rechtlichen Grund erlangt. Dieser Grund bestehe in dem Pachtvertrag, der die Rechtsbeziehungen der Parteien dahin regelt, daß die Klägerin keinen Ersatz für Ausbaukosten beanspruchen könne und daß ihr nur ein beschränktes Wegnahmerecht zusteho. Eine Ausnahme habe in der Regelung der Gewährleistung bestanden. Da diese jedoch - durch vorbehaltlose Annahme der Pachtsache - erloschen sei, greife auch hinsichtlich der Sprinkleranlage die Bestimmung des § 4 des Pachtvertrages ein, wonach die Klägerin Ersatz für ihre Ausbaukosten nicht beanspruchen könne.

II. Das Berufungsgericht hat damit im wesentlichen mit der gleichen Begründung wie bereits im ersten Berufungsurteil Ansprüche der Klägerin, gestützt auf eine gesetzliche Erstattungspflicht für notwendige oder sonstige Verwendungen oder auf ungerechtfertigte Bereicherung, abgelehnt. Daß die erste Revision dagegen keine Einwendungen erhoben hat, wie sich aus dem ersten Revisionsurteil ergibt, und daß es in diesem heißt, ein das Ergebnis beeinflussender Rechtsverstoß sei auch insoweit nicht zu erkennen, enthebt den jetzt erkennenden Senat nicht einer nochmaligen Überprüfung der Rechtslage.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts, welche sich auch insoweit weitgehend auf tatsächlichem Gebiete bewegen

und die Auslegung eines Individualvertrages zum Inhalt haben, halten jedoch auch der erneuten Nachprüfung stand, und zwar auch insoweit, als die Revision Verfahrensrügen erhebt.

1. Daß das Berufungsgericht in der Herstellung der Sprinkleranlage keine notwendige Verwendung im Sinne von § 547 Abs. 1 BGB gesehen hat, greift die Revision nicht an. Es entspricht dies auch der bereits im ersten Berufungsurteil angeführten Rechtsprechung des Reichsgerichts (HRR 1929 Nr. 1309).

2. Aber auch soweit vom Berufungsgericht ein Anspruch aus § 547 Abs. 2 Satz 1 BGB abgelehnt wird, enthalten seine Ausführungen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin. Daß an sich dem Beklagten die Pflicht obgelegen hätte, die vermietete Sache der Klägerin in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen, hat es nicht übersehen. Davon geht es vielmehr aus. Seine Auslegung des Vertrages dahin, das Gebäude sei zu dem vertraglichen Zwecke verpachtet worden, es zu einem Warenhaus auszugestalten und als solches benutzt zu werden (zweites Berufungsurteil I Abs. 1, in Verbindung mit dem ersten Berufungsurteil I Abs. 4 S. 16) und der gesamte Ausbau sei allein Sache der Klägerin gewesen, der Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, die Herstellung der Sprinkleranlage zu bewerkstelligen, der Klägerin hätten insoweit lediglich Gewährleistungsansprüche zustehen sollen, ist aber nicht unmöglich und deshalb für das Revisionsgericht bindend. Damit schied Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne von § 677 BGB aus, wie vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausgeführt ist. Der Revision ist auch darin nicht zu folgen, daß es von einer von ihm auszufüllenden Vertragslücke hätte ausgehen müssen. Daran ändert nichts, daß der Beklagte einerseits nach § 1 e die Pflicht hatte, zu

gewährleisten, daß das gesamte Gebäude als Warenhaus benutzt werden konnte, andererseits aber nur die Klägerin nach § 4 des Vertrages das Recht hatte, die Ausbauten und Umbauten des Hauses vorzunehmen. Nach der möglichen und deshalb für das Revisionsgericht bindenden Auslegung des Berufungsgerichts sollte § 1 Buchstabe o (zweites Berufungsurteil S. 21 I Abs. 1, 2 in Verbindung mit dem ersten Berufungsurteil S. 17, 18) - auch bei Berücksichtigung von § 4 - gerade nicht die Verteilung der Kosten dahin regeln, daß der Beklagte ohne weiteres verpflichtet war, die Kosten für die Erfüllung der unter diesen Buchstaben fallenden Auflagen der Baupolizei zu bezahlen, sondern nur im Rahmen der Gewährleistung dafür einzustehen hatte, wozu hier ein Vorbehalt der Klägerin erforderlich war. Damit hat das Berufungsgericht eine Auslegung des Vertrages dahin, daß es dem mutmaßlichen Willen der Parteien entsprach, daß zwar die Klägerin die unter § 1 Buchstabe e fallenden Arbeiten auszuführen hatte, der Beklagte sie aber auf jeden Fall bezahlen mußte, abgelehnt. Davon, daß eine von ihm auszufüllende "Vertragslücke" vorlag, brauchte das Berufungsgericht auch deshalb nicht auszugehen, weil sich die Klägerin im § 12 Satz 3 des Vertrages ein Rücktrittsrecht vom Vertrage für den Fall vorbehalten hatte, daß die behördlichen Genehmigungen von Bedingungen abhängig gemacht wurden, die im Widerspruch zu den Bestimmungen des § 1 Buchstabe e stehen. Daß aber der Einbau einer Regenanlage gefordert wurde, hat die Klägerin unstreitig schon um Mitte Dezember 1951 erfahren und auf diese Forderung der Baupolizei hat sie sich schon am 4. Februar 1952, ohne weiter Widerspruch zu erheben, eingelassen.

3. Darauf, ob auch der Beklagte bei Pachtantritt der Klägerin gewußt hat, daß die Sprinkleranlage erforderlich war, kommt es nicht an. Es kann von seiner Kenntnis in diesem Zeitpunkt ausgegangen werden. Ebenso ist es auch unerheblich, daß die Klägerin nicht auf die Sprinkleranlage verzichten konnte, wenn sie nicht gleichzeitig auch auf den Betrieb des Waren-

hauses verzichten wollte. Daraus ergibt sich jedenfalls noch nicht, daß die Berufung des Beklagten auf das Fehlen eines Vorbehaltes gegen Treu und Glauben verstößt und damit eine unzulässige Rechtsausübung bedeutet. Dazu ist darauf zu verweisen, daß sich die Klägerin selbst ein Rücktrittsrecht vom Vertrage vorbehalten hatte (§ 12 Abs. 2 Satz 3) und daß sie, als in der abschließenden Besprechung am 26. Februar 1952 festgestellt wurde, sämtliche Voraussetzungen des Pachtvertrages seien erfüllt, obwohl sie sich damals der Baupolizei gegenüber bereits schriftlich auf den Einbau der Regenanlage festgelegt hatte, diese - nach der Feststellung des Berufungsgerichts - mit keinem Wort erwähnt hat.

4. Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe unter Verletzung von § 286 ZPO aus dem Schreiben des Beklagten vom 25. Februar 1952 ungünstige Schlüsse zum Nachteil der Klägerin gezogen, geht ihre Rüge ins Leere, weil diese Annahme nicht zutrifft. Dieses Schreiben ist zwar in dem Tatbestand seines Urteils erwähnt. Es ist aber bereits im ersten Berufungsurteil nicht zum Nachteil der Klägerin gewertet, weil dazu erst durch eine Beweisaufnahme geklärt werden müsse, ob die Klägerin oder ein von ihr bevollmächtigter Vertreter von der Aufnahme des Zusatzes etwas gewußt habe (erstes Berufungsurteil S. 15 I Abs. 1). Daß diese Klärung im Sinne der Klägerin erfolgt ist, trifft zu. Erkennbar aus diesem Grunde ist das Berufungsgericht auf das Schreiben vom 25. Februar 1952 in den Entscheidungsgründen seines neuen Urteils, in dem der erwähnte Teil des ersten Berufungsurteils ausdrücklich nicht in Bezug genommen ist, nicht mehr zurückgekommen. Das war aber auch nicht erforderlich.

C.

Demgemäß ist die Revision mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann Dr. Gelhaar Dr. Spieler Dr. Dorschel Dr. Messner