

VIII ZR 142/61

Verkündet am 28. 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 Architekten und Bauunternehmers Ernst B. [REDACTED] in F. [REDACTED]
[REDACTED], Große B. [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Gastwirt Max J. [REDACTED] in F. [REDACTED], Große B. [REDACTED]
[REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 15. Februar 1961 in der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, als die im Berufungsrechtszuge vom Kläger gestellten Hilfsanträge abgewiesen worden sind.

Der Beklagte wird verurteilt, die im Hause Große B. [REDACTED] Straße [REDACTED] von ihm benutzten Räumlichkeiten, nämlich: Wirtschaftsräume bestehend aus Küche, Flur, Verbindungsgang mit Duschnische, Personal-WC, Gasträume bestehend aus Gastraum I und II, Zubehörräume bestehend aus:

Damen- und Herren-WC, Kellerräume, bestehend aus: Wirtschaftskeller mit Bierkeller und Kühlraum, Weinkeller, Durchgangskeller und Personalgarderobe und (2) Mansardenräume zu räumen und an den Kläger herauszugeben.

Dem Beklagten wird eine Räumungsfrist bis zum 31. März 1963 bewilligt.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den Hilfsantrag zu a) und über die Kosten der Tatsachenrechtszüge an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen dem Beklagten zu 9/20 zur Last. Die Entscheidung über die restlichen Kosten dieses Verfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer des Hausgrundstücks Große B [REDACTED] Straße [REDACTED]/Kleine B [REDACTED] Straße [REDACTED] in F [REDACTED]. Durch schriftlichen Mietvertrag vom 2. März 1954 vermietete er Räume in diesem Hause an die Firma J [REDACTED] & Co. zur Benutzung als Gaststätte (§ 1). Der Beklagte, einer der Gesellschafter dieser Firma, trat später allein als Mieter in den Vertrag ein. Dieser sah eine Mietzeit von fünf Jahren (endend mit dem 30. Juni 1959) vor. Falls das Vertragsverhältnis nicht spätestens drei Monate vorher gekündigt würde, sollte es sich jedesmal um fünf Jahre verlängern. Der Mietzins betrug 900 DM monatlich. Er wurde später bei Überlassung weiteren Raumes mündlich auf 1 100 DM erhöht.

§ 15 des Vertrages bestimmt:

"Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages müssen schriftlich erfolgen."

Im § 16 des Vertrages ist auf eine Anlage verwiesen. Nach dieser war die Mieterin verpflichtet, dem Kläger einen verlorenen Baukostenzuschuss in Höhe von 32 000 DM zu zahlen. Einen zusätzlichen verlorenen Zuschuss von 10 000 DM leistete der Beklagte anlässlich der Überlassung weiteren Raumes. Die Zuschüsse bildeten einen Beitrag zur Deckung der Kosten für die Innenausstattung der Gaststätte.

Auf einem Briefbogen des Klägers ist eine nur von diesem unterschriebene Erklärung vom 15. Mai 1954 folgenden Inhalts niedergelegt:

"In Abänderung des § 2 des Mietvertrages zwischen mir und der Fa. J [REDACTED] und Co. vom 2.3.1954 wird



den Mietern ein Optionsrecht in der Weise eingeräumt, daß sie den Vertrag durch einseitige Erklärung jeweils um 5 Jahre verlängern können.

Das Optionsrecht gilt für eine dreimalige Verlängerung, also insgesamt auf weitere 15 Jahre nach Ablauf des Vertrages der wirtschaftlichen Verhältnisse bemessen, berechtigt ist, den Mietzins diesen Verhältnissen anzupassen."

Mit Schreiben vom 5. Dezember 1958 kündigte der Prozeßbevollmächtigte des Klägers den Vertrag vom 2. März 1954 zum 30. Juni 1959. Dabei brachte er zum Ausdruck, die Kündigung erfolge lediglich zum Zwecke der Änderung der Miete, die unter den gegenwärtigen Verhältnissen und im Vergleich zu Nachbargrundstücken nicht mehr angemessen sei. Auch das Optionsrecht laut Vereinbarung vom 15. Mai 1954 sei nur unter Berücksichtigung einer Erhöhung des Mietzinses und Angleichung an die wirtschaftlichen Verhältnisse eingeräumt. Der Beklagte ließ durch Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten am 8. Dezember 1958 antworten, er mache von seinem Optionsrecht (Verlängerung zunächst um weitere 5 Jahre) Gebrauch und lehne die Zahlung des geforderten Mietzinses in Höhe von 2 800 DM monatlich ab.

Eine Einigung über eine anderweite Festsatzung des Mietzinses ist nicht erfolgt. Der Kläger hat einen Architekten mit der Ermittlung eines angemessenen Mietzinses beauftragt, den dieser auf 2 310,26 DM monatlich errechnet hat. Auch diesen Betrag weigerte sich der Beklagte zu zahlen.

Daraufhin erhob der Kläger im April 1959 Klage mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, zusätzlich für

die Zeit vom 1. Juli 1959 bis zum 30. Juni 1964 an den Kläger zu dem bisher bezahlten Betrag von 1 100 DM weitere 1 210,26 DM (insgesamt 2 310,26 DM) monatlich zu zahlen. Dabei stützte er sich auf die Zusatzvereinbarung. Hilfsweise beantragte er, für den Fall, daß diese Vereinbarung unwirksam sein sollte, festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis durch die am 5. Dezember 1958 ausgesprochene Kündigung beendet worden ist.

Im Rechtsstreit berief sich der Beklagte darauf, durch die Zusatzvereinbarung vom 15. Mai 1954 habe ihm nur die Möglichkeit gegeben werden sollen, eine Herabsetzung des vereinbarten Mietzinses zu erreichen, falls dieser für ihn nicht mehr tragbar sei, im übrigen habe die Miete auch für die vorgesehene Verlängerung um fünfzehn Jahre durch dreimalige Option gelten sollen. Erst nach dieser Zeit könne der Mietzins erhöht werden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat der Kläger den Hauptantrag auf Verurteilung zur Zahlung eines zusätzlichen Mietzinses eingeschränkt auf die Zeit vom 1. Juli 1959 bis zum 30. Juni 1960 (statt 1964) und hilfsweise beantragt, den Beklagten zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung in gleicher Höhe sowie zur Herausgabe der von ihm im Hause des Klägers benutzten - im Antrag im einzelnen bezeichneten - Wirtschafts- und Nebenräume zu verurteilen.

Die Berufung blieb ohne Erfolg. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine im zweiten Rechtszuge gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

Landgericht und Berufungsgericht sind auf Grund der Vernehmung des Kaufmannes Herszh K[REDACTED], der auf Seiten des Beklagten bei der Vertragsvereinbarung vom 15. Mai 1954 und der "mißglückten" Formulierung der schriftlichen Erklärung von diesem Tage mitgewirkt hat, zu der Auffassung gelangt, nur der Beklagte habe bei Ausübung seines Optionsrechts befugt sein sollen, eine Anpassung des Mietzinses an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse zu verlangen, sofern diese sich bis dahin für ihn ungünstig ausgewirkt haben sollten. Es führt aus, aus diesem Grunde könne dem Hauptantrag des Klägers auf Verurteilung zur Zahlung eines höheren Mietzinses als seither nicht stattgegeben werden.

Die Hilfsanträge des Klägers hält es deshalb für unbegründet, weil die von ihm am 5. Dezember 1958 (zum 30. Juni 1959) ausgesprochene Kündigung dadurch unwirksam geworden sei, daß der Beklagte von seiner vertraglichen Befugnis, die Mietdauer zu verlängern, rechtzeitig am 8. Dezember 1958 Gebrauch gemacht habe.

B.

Der Revision ist darin zu folgen, daß diese Ausführungen des Berufungsgerichts nicht frei von Rechtsirrtum sind.

I. 1. Das Berufungsgericht hat nicht nur übersehen,

worauf die Revision zutreffend verweist, daß nach § 15 des ursprünglichen Vertrages nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages der Schriftform bedürfen, sondern auch, daß diese Form bereits durch § 566 BGB gesetzlich vorgeschrieben ist. Von einer vereinbarten Schriftform können die Parteien allerdings vertraglich, u.U. auch formlos, wieder Abstand nehmen. Ob das hier geschehen ist, ist unerheblich. Die Vorschrift des § 566 BGB ist auf jeden Fall zwingend. Danach bedürfen sowohl Miet- wie Pachtverträge (§ 581 Abs. 2 BGB) über Grundstücke oder Räume in solchen, die für länger als ein Jahr abgeschlossen werden, der Schriftform. Das bedeutet, daß alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien der zu schließende Vertrag zusammensetzen soll (in der Form des § 126 Abs. 2 BGB) vollständig schriftlich niedergelegt und von beiden Vertragspartnern unterschrieben werden müssen. Diese Form ist nur bei dem ursprünglichen Vertrage vom 2. März 1954, nicht aber bei der Erklärung vom 15. Mai 1954 und gleichfalls nicht bei der Ausdehnung des Vertrages auf weiteren Raum und Erhöhung der Miete (Pacht) von 900 DM auf 1 100 DM gewahrt. Durch § 566 BGB werden allerdings mündliche Nebenabreden nicht völlig ausgeschlossen. Betreffen diese jedoch wesentliche Punkte, die Bestandteil des Vertrages werden sollen, so unterliegen sie dem Formzwang, und zwar auch dann, wenn es sich um nachträgliche Änderungen und Zusätze handelt (RGZ 123, 171), falls sie nicht nur geringfügiger Art sind (zu vgl. RG HRR 31, 403). Als eine wesentliche Änderung ist hier auf jeden Fall die Erhöhung der Vergütung von neunhundert auf elfhundert Mark anlässlich der Ausdehnung des Vertrages auf weiteren Raum anzusehen; denn das bedeutet eine Erhöhung um mehr als zwanzig Prozent. Es handelte sich auch nicht nur um eine geringfügige Erweiterung der nutzbaren Fläche; denn sie

betrug nach dem eigenen Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 20. April 1959 = 1/4 des nunmehrigen Gesamtwirtschaftsraumes. Erst recht war die Einräumung des Optionsrechts (vgl. auch KG OLG 8, 396; Staudinger 11. Aufl. BGB § 566 Rd.Nr. 12) eine der Schriftform des § 566 BGB unterliegende Änderung des ursprünglichen Vortrages.

2. Die Revisionserwiderung versucht vergeblich darzutun, über die Einräumung des Optionsrechts durch Vertrag vom 15. Mai 1954 seien zwei gleichlautende Urkunden aufgenommen, wobei jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet habe, so daß doch die Form des § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB gewahrt sei.

Nach den Tatbeständen der Urteile beider Tatsachenzüge war unstreitig, daß über die "Vereinbarung vom 15. Mai 1954" nur eine vom Kläger allein unterzeichnete Urkunde aufgenommen worden ist, die der Beklagte erhalten hat. Auch ihrem Inhalt ist zu entnehmen, daß sie als eine vom Kläger ausgehende Erklärung gedacht war. Der vorgetragene Sachverhalt bot auch keinen Anlaß, wie die Revisionserwiderung meint und als Verletzung des § 139 ZPO rügt, die Parteien zu befragen, ob nicht auch der Kläger eine vom Beklagten unterzeichnete Vertragsurkunde erhalten habe; denn das war unstreitig nicht der Fall. Zwischen den Parteien hat allerdings Streit darüber bestanden, welche von ihnen für den "widersprüchlichen" oder gar "unverständlichen" Inhalt des letzten Teiles der Erklärung vom 15. Mai 1954 "verantwortlich" war. Dazu hatte der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 12. Mai 1959 S. 2 vorgetragen, die "Erklärung vom 15. Mai 1954" sei vom Kläger verfaßt;

er, der Beklagte, habe sie sich, als er sie erhielt, nicht genauer angesehen, weil ihm nur das Recht auf dreimalige Verlängerung interessierte; den unverständlichen Zusatz habe er nur flüchtig beachtet; er habe nicht weiter nach ihrem Sinn geforscht. Diese Einlassung hat nur Sinn, wenn er dem Kläger keine von ihm selbst unterschriebene Urkunde zugeleitet hatte. Demgegenüber hatte der Kläger allerdings behauptet (Schriftsatz vom 20. Mai 1959 S. 2), der Wortlaut der Zusatzvereinbarung sei nicht von ihm, sondern vom Beklagten entworfen. Das Landgericht hatte dazu ausdrücklich festgestellt, der Zeuge K [REDACTED] habe die Erklärung dem Kläger diktiert, dieser habe sie mitgeschrieben, jedenfalls in der Originalfassung des Zeugen aufrechterhalten. Das Berufungsgericht hat dazu zwar keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen, aber in seinen Entscheidungsgründen die Tatsache, daß die (einseitige) Zusatzerklärung vom Kläger allein unterzeichnet sei, besonders betont und - allerdings rechtsirrig - gegen ihn gewertet. Davon, daß der Kläger eine gleichlautende, handschriftliche, vom Beklagten unterzeichnete "Zusatzvereinbarung" erhalten habe, wie in der Revisionserwiderung behauptet ist, ist in den Tatsachenrechtszügen nirgends auch nur andeutungsweise etwas vorgetragen. Der Beklagte selbst hat sogar - ebenso wie der Zeuge K [REDACTED] - etwas anderes behauptet. Dieser Zeuge hat auch bei seiner letzten Vernehmung zu Protokoll vom 18. Januar 1961 unter Versicherung auf seinen früher geleisteten Eid seine Darstellung, den Zusatzvertrag habe der Kläger, nachdem der Zeuge mit ihm den Inhalt vorher durchgesprochen hatte, "gemacht", aufrechterhalten, nur eingeräumt, "vielleicht könne er dem Kläger auch seinerseits einen "Zettel" mit dem "Entwurf" des

Zusatzvertrages gegeben haben". Zu Unrecht glaubt die Revisionserwiderung aus der Erklärung des Klägers zu Protokoll vom 1. Juli 1960 etwas zu Gunsten des Beklagten herleiten zu können. Danach hat der Kläger zwei Darstellungen über das Zustandekommen der Erklärung vom 15. Mai 1954 gegeben: "Der Beklagte sei mit einem Schreiben über die Verlängerung des Mietvertrages zu ihm gekommen, er habe sich dieses Schreiben kurz durchgesehen und es dann unterschrieben" und "der Beklagte sei mit der handschriftlichen Fassung des Zusatzvertrages zu ihm gekommen, dieser sei auf seinem, des Klägers, Büro mit Schreibmaschine abgeschrieben und (von ihm) unterzeichnet; das handschriftliche Exemplar sei weggeworfen worden". Mit keinem Wort ist auch nur angedeutet, daß die "handschriftliche Fassung des Zusatzvertrages" eine vom Beklagten unterzeichnete Urkunde gewesen sei, die der Kläger sicher nicht einfach weggeworfen hätte. Die Revisionserwiderung beachtet nicht, daß der Beklagte selbst - zu dem gleichen Protokoll S. 4 gehört - nichts von einer von ihm unterschriebenen Urkunde erwähnt, sondern nur gesagt hat, die Urkunde sei von K. [REDACTED] geschrieben, es könne auch sein, daß dieser Zeuge die Fassung der Urkunde dem Kläger diktiert habe.

Bei dieser Sachlage mußte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß nur eine einseitige, nur vom Kläger unterzeichnete Erklärung vom 15. Mai 1954 vorlag. § 139 ZPO ist nicht verletzt.

3. Es kann dahingestellt bleiben, ob die nachträglichen Vereinbarungen, insbesondere schon die über die Erweiterung des Mietgegenstandes und der Erhöhung der Miete, den ganzen Vertrag zu einem nur auf unbestimmte

Zeit abgeschlossenen gemacht haben (BGH Urteil vom 23. Dezember 1953 - VI ZR 57/53 - NJW 1954, 425; RGZ 118, 105). Auf jeden Fall war dem Beklagten, sei es wegen Nichtwahrung der vertraglich vorgesehenen Form (§ 15 des Mietvertrages), sei es wegen Nichtbeachtung der Form des § 566 BGB das von ihm in Anspruch genommene Optionsrecht nicht rechtswirksam eingeräumt.

Der Auffassung der Revisionserwiderung, wegen der im Vertrag vom 2. März 1954 vereinbarten Schriftform für nachträgliche Änderungen und Ergänzungen sei in den mündlichen Zusatzabreden der Abschluß eines Vorvertrages auf entsprechende Abänderung des ursprünglichen Mietvertrages zu sehen, ist jedenfalls nicht zu folgen; denn zur Annahme des Abschlusses eines Vorvertrages genügt nicht, daß ein behaupteter Hauptvertrag nicht (oder nicht rechtswirksam) zustandegekommen ist. Das gilt auch bei Mietverträgen (BGH Urteil vom 31. Oktober 1956 - V ZR 157/55 -, abgedruckt in LM ZPO § 256 Nr. 40). Hier wollten die Parteien zweifelsfrei den Vertrag unmittelbar abändern, nicht lediglich Vorverträge abschließen. Die gesetzliche oder die gewillkürte Schriftform kann aber nicht dadurch umgangen werden, daß die entsprechenden Verträge auch dann in Vorverträge umgedeutet werden, wenn nicht der geringste Anhalt dafür besteht, daß Vorverträge gewollt waren, und nichts dafür vorgetragen ist, was einem sofortigen Abschluß des gewollten Hauptvertrages entgegenstand (BGH aaO).

4. Der Kläger konnte hiernach den Vertrag am 5. Dezember 1958 zum 30. Juni 1959 kündigen. Seine Kündigung hat den Vertrag zu diesem Zeitpunkt zur Auf-

lösung gebracht. Die vom Beklagten am 8. Dezember 1958 ausgesprochene Option stand ihm daher nicht zu.

II. Auch sonst bestehen gegen die Zulässigkeit der Kündigung keine Bedenken. Der Kläger hat sie zwar "zwecks Erhöhung des Mietzinses" ausgesprochen, jedoch unbedingt. Er hat klar zum Ausdruck gebracht, daß er die Räume dem Beklagten nicht mehr zu dem vereinbarten Miet- oder Pachtzins von 1 100 DM weiter überlassen wolle. Damit bezweckte er keine unbillige Mietzinserhöhung, die gegen die guten Sitten verstoßen könnte (zu vgl. BGB RGRK 11. Aufl. § 564 Anm. 9, DJ 1937, 1993; JW 1937, 124⁴⁵). Jedenfalls hat der Beklagte hierfür nichts substantiiert vorgetragen.

III. Kein Anhalt besteht dafür, daß der Kläger arglistig handelt, wenn er sich auf die Nichtbeachtung der Form des § 566 BGB und auf § 15 des ursprünglichen Vertrages beruft. Bei § 566 BGB handelt es sich um eine zwingende gesetzliche Vorschrift. Die Berufung auf diesen Formmangel stellt in der Regel kein arglistiges Verhalten dar (Staudinger, 11. Aufl. BGB § 566 Rd. Nr. 25; Palandt 21. Aufl. BGB § 566 Anm. 3 c). Nichts anderes kann hinsichtlich der in einem Mietvertrag vereinbarten Schriftform für nachträgliche Änderungen gelten. Daß der Kläger etwa den Formmangel zum wenigsten mitverursacht habe (zu vgl. Staudinger aaO), ergibt der Sachverhalt nicht. Auch für die Fassung und die Form der "Zusatzvereinbarung" vom 15. Mai 1954 ist nicht der Kläger verantwortlich; denn sie wurde nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils auf Vorschlag des Kaufmanns K [REDACTED], der dem Beklagten in dieser Angelegenheit behilflich war, in einem

Schriftstück, das auf einem Briefbogen des Klägers geschrieben ist, lediglich von ihm unterzeichnet und mit Datum des 15.5.1954 versehen.

Auch die Tatsache, daß der Beklagte zur Deckung der Innenausstattungskosten einen Beitrag von insgesamt 42 000 DM als verlorenen Zuschuß an den Kläger geleistet hat, macht seine Berufung auf den Formmangel noch nicht arglistig. Der Kündigung zu dem nach dem ursprünglichen schriftlichen Vertrag zulässigen Zeitpunkt (30. Juni 1959) kann jedenfalls die Rechtswirksamkeit nicht wegen arglistigen Verhaltens des Klägers abgesprochen werden. Der Zuschuß von 42 000 DM war nach allgemeiner Lebenserfahrung bei einem Fünfjahresvertrag unter Berücksichtigung der Größe des Lokals (unstreitig: 44 qm Wirtschafts-, 118 qm Gast-, 13 qm Zubehör-, 76 qm Keller-, 16 qm Mansardenräume), des Umsatzes, mit dem gerechnet wurde (um 360 000 DM), und der Zweckbestimmung zur teilweisen Deckung der Kosten der vom Kläger zu stellenden Inneneinrichtung der Gaststätte, die erfahrungsgemäß am meisten dem Verschleiß unterliegt, nicht außergewöhnlich hoch. Dahingestellt bleiben kann, ob dem Beklagten wegen des geleisteten Zuschusses aus irgendeinem Grunde noch Ansprüche gegen den Kläger zustehen könnten; denn das berührt die Gültigkeit der Kündigung nicht, würde dem Beklagten auch kein Zurückbehaltungsrecht geben (§§ 581 Abs. 2, 556 Abs. 2 BGB). War aber die zum 30. Juni 1959 ausgesprochene Kündigung rechtswirksam, so folgt daraus einmal, daß der Kläger dem Beklagten die Räume nicht mehr zu dem mündlich vereinbarten Mietzins (vertraglich) zu belassen brauchte, und ferner, daß er mindestens, nachdem

die Einigungsverhandlungen gescheitert sind, Räumung und Herausgabe der Wirtschaft mit Nebenräumen verlangen kann.

IV. Keiner seiner aus der Kündigung folgenden Ansprüche hat sich der Kläger dadurch begeben, daß er zunächst noch nicht ausdrücklich Herausgabe verlangt hat und schließlich auch nicht dadurch, daß er sich vorsorglich für den Fall einer Verlängerung des Vertrages durch die Optionserklärung vom 8. Dezember 1958 um fünf Jahre auf den Standpunkt gestellt hat, die Zusatzvereinbarung vom 15. Mai 1958 gebe ihm das (vertragliche) Recht, die seit 1. Juli 1959 angemessene Miete zu verlangen.

V. Der Kläger hat aber keinen vertraglichen Anspruch auf erhöhte "Miete"; denn der Vertrag ist durch die Kündigung aufgelöst. Ob der Kläger für die hier in Betracht kommenden Zeit vom 1. Juli 1959 bis 30. Juni 1960 über die vom Beklagten als Miete gezahlten Beträge von monatlich 1 100 DM hinaus eine weitere Entschädigung verlangen kann, hängt zunächst von der vom Berufungsgericht noch zu klärenden Frage ab, ob die Räume dem Kläger vom Beklagten in dieser Zeit im Sinne von § 557 BGB "vorenthalten" worden sind. Dagegen könnte immerhin sprechen, daß der Kläger dem Beklagten die Räume, ohne auch nur hilfsweise auf Räumung zu klagen, freiwillig weiter belassen hat. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das geschehen ist, weil er mit einer Einigung oder damit rechnete, einen Mieterhöhungsanspruch auf vertraglicher Grundlage durchsetzen zu können. Auch wenn keine Vorenthaltung im Sinne von § 557 BGB anzunehmen sein sollte, würde das nur einen Schadensersatz-anspruch des Klägers ausschließen. Unberührt bliebe als-

dann immer noch sein Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach Bereicherungsgrundsätzen (zu vgl. Staudinger, 11. Aufl. BGB § 557 Nr. 1 Abs. 5 S. 865). Dieser Anspruch kann 1 100 DM monatlich übersteigen. Der Sachverhalt bedarf insoweit jedoch noch weitere Aufklärung (Feststellung der Umsätze des Beklagten, Anhörung eines Sachverständigen usw.). Es steht insbesondere auch noch nicht mit der für den Erlass eines Grundurteils erforderlichen Sicherheit fest, daß sich eine Nutzungsentschädigung von über 1 100 DM monatlich ergeben wird, obwohl das - trotz der Leistung des Baukostenzuschusses von 42 000 DM - bei den seit 1954 ständig gestiegenen Baukosten und Geschäftsraumieten, der Größe der hier in Betracht kommenden Räumlichkeiten und der genannten Umsatzzahlen (um 360 000 DM jährlich) nahe liegt.

VI. Die bisherigen Ausführungen ergeben, daß zwar der Hauptantrag des Klägers auf Zahlung einer erhöhten Miete auf vertraglicher Grundlage unbegründet ist, daß jedoch seine Hilfsanträge zu a) und b) nicht hätten abgewiesen werden dürfen. Das Berufungsurteil war deshalb insoweit aufzuheben.

1. Wegen des Hilfsantrags zu a) war die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

2. Auf den Hilfsantrag zu b) war der Beklagte enttragsgemäß zur Räumung zu verurteilen.

Auf seinen Antrag ist ihm gemäß § 7 GRMG eine Räumungsfrist bewilligt. Diese Frist konnte jedoch nur noch verhältnismäßig kurz bemessen werden; denn der Beklagte hat nunmehr schon seit über drei Jahren - vertraglos - die Nutzung der Räume.

C.

Das Berufungsgericht hat auch neu über die Kosten beider Tatsachenrechtszüge zu entscheiden. Dabei wird es berücksichtigen müssen, daß der Kläger seinen Zahlungsantrag im zweiten Rechtszuge erheblich eingeschränkt hat.

Die getroffene Entscheidung über die Kosten der Revision folgt, soweit darüber entschieden ist, aus § 92 ZPO. Die Entscheidung über die restlichen Kosten dieses Verfahrens ist dem Berufungsgericht übertragen, weil sie von der Endentscheidung über den Hilfsantrag zu a) abhängt.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Mormann