

VIII ZR 156/60

V e r k ü n d e t

am 30. November 1961

Wüst, Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

2214 026

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Robert M. [REDACTED]-S. [REDACTED] in H. [REDACTED],
M. [REDACTED]straße [REDACTED], als Testamentsvollstrecker über
den Nachlaß des verstorbenen Peter Heinrich M. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Kaufmann Wilhelm Q. [REDACTED],
2. die Ehefrau Irene Q. [REDACTED] geb. S. [REDACTED], beide in
G. [REDACTED]-I. [REDACTED] bei U. [REDACTED]/[REDACTED]

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagte,

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

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 29. November 1961
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl,
Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg vom 6. Juli 1960 wird
zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Miterbe nach dem verstorbenen Peter Heinrich [REDACTED] und Testamentsvollstrecker für dessen Nachlaß. Dazu gehörte das Hausgrundstück [REDACTED] in [REDACTED]. Die Kläger haben von der dabei durch den Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] vertretenen Erbgemeinschaft mit schriftlichem Vertrag vom 18. Februar 1956 ein in dem Haus befindliches Ladenlokal zum Betrieb einer Gastwirtschaft für die Zeit vom 1. März 1956 an gegen eine monatliche Miete von 350 DM und eine einmalige Zahlung von 6000 DM für fünf Jahre gemietet.

Ein geschriebener Zusatz in § 1 des unter Verwendung eines gedruckten Formulars abgefaßten Vertrages lautet:

"Die Mietsache wird nach Art, Umfang und Zustand übernommen wie besehen".

In § 4 heißt es:

(1) Die Mietfläche wird dem Mieter im gegenwärtigen Zustand, wie besichtigt, zur Verfügung gestellt. Sämtliche erforderlichen Bauarbeiten sind vom Mieter auf seine Kosten auszuführen. Die Zustimmung des Vermieters zur Durchführung dieser Arbeiten ist vorher schriftlich einzuholen, Baupolizeigenehmigung vorausgesetzt.

.....

(5) Der Vermieter verpflichtet sich, während der Mietzeit für die dach- und fachfeste Instandhaltung des Hauses Sorge zu tragen. Die laufende Instandhaltung und Instandsetzung im Inneren der Räume,

wie z.B. der Zwischenwände, des Bodenbelags, Schönheitsreparaturen und dergleichen ist jedoch Sache des Mieters."

Die Worte "Baupolizeigenehmigung vorausgesetzt" sind geschrieben.

In § 12 ist vermerkt, daß mündliche Nebenabreden nicht getroffen sind, und vereinbart, daß Änderungen und Ergänzungen des Vertrages schriftlich erfolgen müssen.

Die Kläger haben die Miete für drei Monate und die 6000 DM an den Beklagten bezahlt.

Sie beabsichtigten, den gemieteten Gastraum mit einem neuen Fußbodenbelag auszustatten. Ihr Architekt Uher stellte im April 1956 bei den Vorarbeiten dazu Mängel im Fußboden (Kellerdecke) fest, über deren Art und Umfang die Parteien streiten. Einen Teil der Holzbalkendecke ließen die Kläger ausbauen. Alsdann wurden die Arbeiten eingestellt.

Die vom zuständigen Bauprüfungsamt festgestellten Mängel gaben dem Bezirksbauamt Veranlassung, dem Beklagten den Einbau einer Betondecke aufzugeben, wie übrigens auch Uher dem Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] schon kurz vorher das Ergebnis seiner Untersuchungen mitgeteilt hatte mit dem Bemerkten, daß die Beseitigung aller Mängel einen Kostenaufwand von etwa 4900 DM verursachen werde. Der Beklagte unternahm nichts. Die Kläger haben die Gaststätte nicht eröffnet.

Am 18. Juni 1956 richtete der damalige Bevollmächtigte



der Kläger, Rechtsanwalt Dr. [REDACTED], an den Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] ein Schreiben, in dem er mit Rücksicht auf die Mängel erklärte, die Kläger träten von dem Mietvertrag zurück und verlangten Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Als bisher übersehbaren Schaden führte er u.a. Beträge an, die die Kläger in Höhe von insgesamt 2110 DM als Maklerlohn und Kosten der Konzessionerteilung sowie für Aufräumarbeiten und Architektenhonorar aufgewendet hätten. Mit Schreiben vom 3. Juli 1950 antwortete Rechtsanwalt Dr. [REDACTED], der Beklagte sei mit dem erklärten Rücktritt einverstanden. - Der Beklagte bezahlte den Klägern 7050 DM (nämlich 6000 DM und drei Monatsmieten in Höhe von zusammen 1050 DM) zurück; weitere Leistungen lehnte er ab.

Vor dem Landgericht haben die Kläger beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 2110 DM nebst Zinsen aus dem Nachlaß zu zahlen und festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihnen aus dem Nachlaß allen Schaden zu ersetzen, der ihnen durch die Nichterfüllung des Mietvertrages entstanden ist und noch entstehen wird. - Sie haben behauptet, bei der Inangriffnahme der geplanten Schönheitsreparaturen habe sich gezeigt, daß das Haus baufällig und erheblich einsturzgefährdet sei. Alle tragenden Balken seien angefault gewesen. Zum Feststellungsantrag haben sie geltend gemacht, sie hätten auch Ersatz des ihnen entgangenen, im einzelnen freilich nicht bezifferten Gewinns zu beanspruchen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. - Im Berufungsrechtszuge haben die Kläger beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 6500 DM nebst Zinsen aus

dem Nachlaß zu zahlen, hilfsweise festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihnen aus dem Nachlaß allen Schaden zu ersetzen, den sie durch ihr Vertrauen auf die Erfüllung des Mietvertrages erlitten haben und noch erleiden werden. - 6500 DM beanspruchen sie als Teilbetrag des ihnen entgangenen, nunmehr berechneten Gewinns; in der Gaststätte seien nämlich 5000 DM monatlich als Reingewinn zu erzielen gewesen, ein Betrag, von dem ihr Sohn 20 % als Gewinnbeteiligung für die ihm obliegende Geschäftsführung hätte erhalten sollen. Zum Hilfsantrag auf Feststellung haben die Kläger ausgeführt, der Beklagte hafte ihnen aus Verschulden bei Vertragsschluß auf Ersatz des noch nicht bezifferbaren Vertrauensschadens.

Der Beklagte meint, der Rücktritt der Kläger vom Verträge schlosse den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus; abgesehen davon sei durch die Zusatzbestimmung in § 1 des Vertrages, wie sie nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien aufzufassen sei, die Haftung für alle, auch die verborgenen Mängel ausgeschlossen worden; schließlich müßten die Kläger sich entgegenhalten lassen, daß sie es unterlassen hätten, ihren Schaden durch anderweite Verwendung ihrer Arbeitskraft zu mindern. Er macht ferner geltend, das Ladenlokal sei zum Betrieb einer Gaststätte erst dadurch ungeeignet geworden, daß die Kläger die Balken der Kellerdecke vertragswidrig und voreilig herausgerissen hätten. Es würde genügt haben, die Kellerdecke abzustützen, wie das hinsichtlich des ebenfalls im Hause befindlichen Blumenladens mit Erfolg geschehen sei; durch dieses Verhalten entgehe ihm eine Mieteinnahme von 350 DM monatlich; mit der

ihm daraus erwachsenen Schadensersatzforderung rechnet er gegen den von den Klägern in erster Linie verfolgten Zahlungsanspruch auf.

Das Oberlandesgericht hat den Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten; er beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Berufung der Kläger zurückzuweisen. Diese wollen die Revision zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hat zudem von den Klägern geltend gemachten Schadensersatzanspruch im einzelnen erwogen:

Dem Anspruch stehe nicht entgegen, daß die Kläger im Schreiben vom 18. Juni 1956 erklärt hätten, sie träten von dem Mietvertrag zurück. Wirksam hätten sie das gar nicht tun können, weil die in § 326 BGB als Verzugsfolge getroffene allgemeine Regelung durch die mietrechtliche Sonderbestimmung des § 542 BGB verdrängt sei. Das Schreiben enthalte ferner nach seinem eindeutigen Wortlaut auch nicht etwa das Angebot, das Mietverhältnis durch Vertrag rückgängig zu machen; deshalb sei durch das Schreiben des Rechtsanwalts Dr. [REDACTED] vom 5. Juli 1956 nicht etwa ein derartiger Vertrag zustande gekommen.

Mit dem Schreiben vom 18. Juni 1956 hätten die Kläger das Mietverhältnis gemäß § 542 BGB wirksam gekündigt. Der Fehlgriß im Ausdruck (Rücktritt statt richtig Kündigung) sei unerheblich, weil in dem Schreiben jedenfalls deutlich gemacht worden sei, daß sie sich aus der bis dahin bestehenden vertraglichen Bindung hätten lösen wollen. - Daß sie dem Beklagten zur Beseitigung des Mangels keine Frist gesetzt hätten, sei unerheblich; denn einer derartigen Fristsetzung bedürfe es nicht. Außerdem habe sich der Beklagte auf die Kündigung rügelos eingelassen und auch während des Rechtsstreits das Fehlen der Fristsetzung nicht beanstandet; daraus sei zu schließen, daß er auf die Fristsetzung verzichtet habe.

Durch die Kündigung gemäß § 542 BGB werde der Schadensersatzanspruch aus § 538 BGB nicht berührt, weil der Schaden schon vor der Kündigung verursacht worden sei.

Der Fußboden (die Kellerdecke) des Ladenlokals sei bereits am 18. Februar 1956 morsch gewesen; die tragenden Holzbalken seien angefault gewesen; die Decke habe keine nennenswerte Tragfähigkeit mehr gehabt; umsoweniger sei das Ladenlokal für den Betrieb gerade einer Gaststätte geeignet gewesen, in dem mit einer verhältnismäßig hohen Belastung des Fußbodens habe gerechnet werden müssen. Bezeichnend sei, daß das Bezirksbauamt den Beklagten aufgefordert habe, die Holzdecke durch eine Betondecke zu ersetzen und daß, wie das bei den Akten des Bauordnungsamts befindliche Gutachten der norddeutschen Holzschutzgesellschaft mbH ergebe, im Sommer 1956 die Holzbalkendecke unter dem Ladenlokal mit echtem Hausschwamm, Holzfäule sowie Holzwurm

stark befallen gewesen sei und dadurch eine unmittelbare Einsturzgefahr bestanden habe.

Der Mangel sei nicht dadurch verursacht worden, daß die Kläger den Fußboden freigelegt hätten, vielmehr sei er dadurch nur entdeckt worden. Ob der Kläger nach dem Mietvertrag den Fußboden möglicherweise nicht ohne Einwilligung des Beklagten hätten freilegen dürfen, sei deshalb unerheblich.

Im Gegensatz zur Ansicht des Beklagten sei dessen Haftung für verborgene Mängel - wie sie in dem Zustand des Fußbodens zu finden seien - nicht ausgeschlossen worden. Daß nach dem Mietvertrag den Klägern das Ladenlokal "wie besichtigt" zur Verfügung gestellt worden sei und daß sie es "nach Art, Umfang und Zustand übernommen (hätten) wie besehen", stehe nicht entgegen. Diese Klauseln hätten nach ihrem Wortlaut und nach der Verkehrsauffassung nur für solche Mängel Bedeutung, die bei sorgfältiger Besichtigung erkennbar seien, nicht aber für verborgene Mängel. - Freilich seien die Parteien nicht gehindert gewesen, diesen Klauseln bei Vertragsabschluß einverständlich eine weitergehende, vom gewöhnlichen Sprachgebrauch abweichende, für sie verbindliche Bedeutung beizulegen. Daß sie das übereinstimmend getan hätten, sei indessen nicht bewiesen, könne insbesondere aus der Bekundung des Rechtsanwalts Dr. [REDACTED] nicht entnommen werden. Es könne nicht festgestellt werden, daß der Zeuge, auf dessen Anregung § 1 des Vertragsformulars ergänzt worden sei, bis zum Abschluß des Vertrages den Klägern hinreichend zum Ausdruck gebracht habe, er wolle die Ergänzung dahin verstanden wissen, daß dadurch die Haftung des Beklagten auch für

alle verborgenen Mängel ausgeschlossen werde, und daß ferner die Kläger die Ergänzung so verstanden und gebilligt hätten. Ob der Zeuge schon bei Abschluß des Vertrages durch die Ergänzung das überhaupt habe ausdrücken wollen, sei sogar im Hinblick auf die erstinstanzliche Einlassung des auch im Rechtsstreit durch den Zeugen vertretenen Beklagten wenig wahrscheinlich. Hinzu komme, daß der Beklagte in § 4 Abs. 5 Satz 1 des Mietvertrages eindeutig die Sorge für die dach- und fachfeste Instandhaltung des Hauses übernommen habe, danach also die völlige Freistellung des Beklagten von Ansprüchen aus Mängeln gerade nicht vereinbart worden sei. - Habe Dr. [REDACTED] die Klausel nur so erläutert, wie es seiner Bekundung zu entnehmen sei, so reiche das nicht aus, um klarzustellen, daß er ihr eine weit über den Wortsinn hinausgehende Tragweite zu unterlegen wünsche. Vielmehr habe sich Dr. [REDACTED] ausdrücklich vergewissern müssen, ob die Kläger die von ihm beabsichtigte Abweichung nicht nur vom typischen Inhalt der Klausel, sondern auch von seinem eigenen vorherigen Verhalten verstanden und gebilligt hätten. Darin, daß die Kläger Dr. [REDACTED] Erläuterungen möglicherweise stillschweigend entgegengenommen und den Vertrag abgeschlossen hätten, könne keine stillschweigende Vereinbarung über eine vom objektiven Sinn abweichende Klausel gefunden werden.

Ob der Beklagte den Vertrag wegen Irrtums hätte wirksam anfechten können, brauche nicht erörtert zu werden; denn er habe das nicht getan.

Inwieweit dem Beklagten gemäß § 254 Abs. 2 BGB zugute kommen könne, daß die Kläger ihre Arbeitskraft nicht anderweitig verwendet hätten, bedürfe zunächst keiner

abschließenden Erörterung, zumal sie die Gaststätte durch ihren Sohn hätten betreiben lassen wollen, der erst nach der Kündigung nach Australien ausgewandert sei. Daß er das auch dann getan haben würde, wenn die Gaststätte hätte in Betrieb genommen werden können, sei nicht vorgetragen.

Der zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch bestehe nicht. Hätten die Kläger etwa vertragswidrig gehandelt, indem sie die Holzdecke ausbauten, so sei dadurch der Mietausfall des Beklagten doch nicht verursacht worden. Wäre die Holzdecke im Hause geblieben, so würde der Beklagte von den Klägern keinen Mietzins haben verlangen können, da ja die Mieträume mit einem Mangel behaftet gewesen seien, der ihre Tauglichkeit zu dem vereinbarten Gebrauch als Gaststätte ausgeschlossen habe (§ 537 BGB). Der Beklagte habe nicht vorgetragen, daß er, hätten die Kläger die Decke nicht beseitigen lassen, nach der Kündigung das Geschäftslokal an einen anderen Interessenten hätte vermieten können, ohne mindestens Mietminderungsansprüchen ausgesetzt zu sein.

B.

I. Ein Zwischenurteil gemäß § 304 ZPO durfte nur ergehen, wenn für den Tatrichter feststand, daß - die grundsätzliche Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatz vorausgesetzt - überhaupt ein Schaden entstanden ist, den der Beklagte in Geld zu ersetzen hat (Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 304 I b. ⁸). Im angefochtenen Urteil ist dazu zwar nichts ausdrücklich bemerkt. Indessen kann dem in den Entscheidungsgründen des Urteils enthaltenen Hinweis, die Kläger hätten

im zweiten Rechtszug die bis dahin fehlende Darlegung nachgeholt, wie hoch der ihnen entgangene Gewinn sei und wie sie ihn berechneten, mit hinreichender Sicherheit entnommen werden, daß das Berufungsgericht zu der Überzeugung gelangt ist, den Klägern sei nach der Lebenserfahrung (in wenn auch noch so geringfügigem Umfang) Gewinn entgangen, den der Beklagte zu ersetzen habe. Der Erlaß eines Zwischenurteils durch das Berufungsgericht ist somit in förmlicher Hinsicht nicht zu beanstanden.

II. a) Die Revision bittet in erster Linie um Nachprüfung der vom Berufungsgericht unter Hinweis auf RGZ 64, 381 und Staudinger BGB 11. Aufl. § 542 Nr.5 vertretenen Ansicht, die Kündigung hindere die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs nicht, weil es nämlich genüge, wenn (wie hier) das den Schadensersatzanspruch begründende Ereignis im Sinne von § 538 BGB in die Zeit des Bestehens des Vertragsverhältnisses falle, während die den Betrag und den Umfang des Schadens bestimmenden Tatsachen erst in der Zeit nach der durch die Kündigung herbeigeführten Beendigung des Mietverhältnisses hervorträten. - Die Ansicht des Berufungsgerichts entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. auch RGZ 76, 367, Recht 1913 Nr. 1970 und WarnRspr 1918 Nr. 138); sie wird auch, soweit ersichtlich, im Schrifttum einhellig gebilligt (BGB RGRK 11. Aufl. § 542 Anm. 8; Oertmann, Recht der Schulverhältnisse 5. Aufl. § 542 Anm. 5 a; Palandt BGB 20. Aufl. § 542 Anm.1; Planck BGB 4. Aufl. § 542 Anm. 5 a; ebenso auch Soergel 8. Aufl. § 542 Anm. 6, aus dem die Revision irrtümlich etwas für die gegenteilige Ansicht entnehmen zu können glaubt).

3- b) Im Gegensatz zur Auffassung der Revision ist es für die rechtliche Beurteilung des von den Klägern verfolgten Schadensersatzanspruches unerheblich, ob die Befugnis, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen, den Klägern aus persönlichen Gründen, nämlich im Zusammenhang mit der Auswanderung ihres Sohnes, sehr gelegen gekommen ist.

ms c) Der Revision kann nicht gefolgt werden, wenn sie einen Verstoß gegen § 286 ZPO darin finden will, daß das Berufungsgericht bei der Auslegung des Schreibens vom 18. Juni 1956 außer acht gelassen habe, daß es von einem Rechtsanwalt herrühre. Es ist nämlich kein hinreichender Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß das Berufungsgericht diesen Umstand übersehen hätte. Dagegen spricht, daß im Tatbestand des angefochtenen Urteils ausdrücklich bemerkt ist, der damalige Bevollmächtigte der Kläger habe das Schreiben verfaßt, und daß die bei den Gerichtsakten befindliche Abschrift des Schreibens den Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] als Verfasser ausweist.

3- d) Ob dem Berufungsgericht darin gefolgt werden kann, daß der Beklagte auf Fristsetzung gemäß § 542 BGB verzichtet hat, kann auf sich beruhen. Denn dabei handelt es sich nur um eine zusätzliche Erwägung dafür, weshalb nach Meinung des Berufungsgerichts die Wirksamkeit der Kündigung dadurch nicht berührt wird, daß die Kläger die Fristsetzung unterlassen haben. Die von der Revision übrigens nicht bemängelte Auffassung des Berufungsgerichts, daß diese Maßnahme - unabhängig von dem etwaigen Verzicht des Beklagten - nach Treu und Glauben entbehrlich gewesen sei, ist von Rechtsirrtum nicht beeinflusst.

III. Die Revision vermißt im angefochtenen Urteil eine Erörterung der Frage, ob den Klägern etwa infolge grober Fahrlässigkeit der Mangel des Fußbodens (Kellerdecke) unbekannt geblieben sei mit der sich an § 539 BGB ergebenden Rechtsfolge, daß sie keinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu beanspruchen hätten. Dem Vorbringen der Beklagten und der Aussage des Zeugen Dr. [REDACTED] brauchte das Berufungsgericht indes nicht zu entnehmen, daß es auf grober Fahrlässigkeit der Kläger beruhe, wenn sie die unter dem Fußboden befindliche, demnach nicht offen liegende Balkenlage nicht gesehen, also auch ihren Zustand nicht erkannt haben. Grobe Fahrlässigkeit in diesem Sinne ergibt sich auch im Gegensatz zur Auffassung der Revision nicht zwingend daraus, daß Dr. [REDACTED] die Kläger darauf hingewiesen haben soll, das Haus sei sehr alt und in sehr schlechtem Zustand und müsse über kurz oder lang abgerissen werden. Unerfindlich ist ferner, aus welchem Grunde auf grobe Fahrlässigkeit der Kläger daraus geschlossen werden müßte, daß sie den Beklagten nach dessen Darstellung veranlaßt haben eine von ihm bezüglich des Ladenlokals bereits anderweit eingegangene vertragliche Bindung zu lösen, um es ihnen vermieten zu können.

IV. Keine Billigung verdient schließlich der von der Revision in diesem Zusammenhang entwickelte Gedanke, die auf Grund des Vertragsabschlusses kraft Gesetzes (§ 538 BGB) regelmäßig anzunehmende Garantie des Vermieters dafür, daß die Mietsache bei Abschluß des Vertrages nicht mit Mängeln behaftet sei, entfalle dann, wenn die Mietsache sich in außerordentlich schlechtem Zustand befinde und der Mieter darauf hingewiesen worden sei. Kommt es nämlich solchenfalls

l nicht zu einer Vereinbarung, durch welche die Haftung
des Vermieters für die Mängel überhaupt ausgeschlossen
wird, so ist nicht einzusehen, weshalb die Rechtslage
dennoch entgegen dem Sinn des Gesetzes zu Ungunsten
des Mieters im Ergebnis so verändert sein sollte, als
habe er sich auf eine derartige Vereinbarung eingelassen.

le Inwiefern hier - wie die Revision meint - die "Re-
geln der Geschäftsgrundlage" eingreifen "müßten", ist
nicht ersichtlich. Von einem Wegfall der Geschäfts-
grundlage dadurch, daß in dem - wie jedenfalls der Be-
klagte wußte - baufälligen und abbruchreifen Hause die
Morschheit und Fäulnis des Fußbodens nach Abschluß
des Vertrages entdeckt wurde, kann jedenfalls keine
Rede sein. Folgerungen rechtlicher Art unter dem Ge-
sichtspunkt von Treu und Glauben können aus dieser
Entdeckung nicht gezogen werden.

er
eit
n,
-
nke,
-
-
V. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe
unter Verstoß gegen § 286 ZPO die Feststellung über den
Umfang der Mängel des Ladenlokals getroffen, ohne das
Vorbringen des Beklagten erschöpfend zu berücksichtigen,
daß die von ihm beantragte behördliche Genehmigung zum
Abbruch des Hauses wegen Baufälligkeit noch nicht er-
teilt worden sei. Die Rüge ist unbegründet. Das Beru-
fungsgericht hat dieses Vorbringen ausdrücklich als
unerheblich bezeichnet und ausgeführt, jedenfalls die
von ihm festgestellte Gefahr, daß der Fußboden einstürze,
sei ein Fehler der Mieträume, der sie zu dem vertrags-
mäßigem Gebrauch als Gaststätte untauglich gemacht
habe. Diese Feststellung ist von Rechtsirrtum nicht
beeinflusst. Ihr steht insbesondere nicht entgegen, daß
das Ladenlokal vor dem 18. Februar 1956 als Gaststätte

benutzt worden war, ohne daß der Zustand des Fußbodens den damaligen Mietern Veranlassung zur Beanstandung gegeben hätte, und daß das Bezirksbauamt den Ersatz der Holzbalkendecke durch eine Betondecke möglicherweise nicht verlangt haben würde, wenn die erstere bei der Besichtigung durch das Bauprüfungsamt nicht schon beseitigt gewesen wäre. Dadurch, daß das Berufungsgericht seine Feststellung auch auf das bei den Bauakten befindliche Gutachten der norddeutschen Holzschutzgesellschaft mbH gegründet hat, ohne den vom Beklagten im Rechtsstreit geforderten Sachverständigenbeweis über den Zustand der Holzbalkendecke zu erheben, ist der Beklagte nicht beschwert; denn das Gutachten ist seitens der von ihm beauftragt gewesenen Architekten dem Bezirksbauamt vorgelegt worden, um die Notwendigkeit des Abbruchs des Hauses wegen Baufälligkeit zu belegen; es handelt sich bei dem Gutachten also um Parteivorbringen des Beklagten, das er gegen sich gelten lassen muß.

VI. Die Revision greift auch die Auslegung vergeblich an, die das Berufungsgericht den Klauseln "nach Art, Umfang und Zustand übernommen wie besehen" in § 1 und "wie besichtigt" in § 4 des Mietvertrages hat angedeihen lassen.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der bloße Umstand, daß die Baufälligkeit des Hauses nach der Lebenserfahrung die Besorgnis rechtfertigte, es könnten immer wieder Mängel hervortreten, die Auslegung der Klausel auch nur nahelegen könnte, daß die Kläger entgegen ihrem gerade bei solchem Zustand der Mieträume besonders dringenden Interesse mit Dr. [REDACTED] darüber einig

gewesen sind, durch die Klauseln solle die Haftung des Beklagten auch für verborgene und sogar bereits am 18. Februar 1956 vorhandene Mängel ausgeschlossen sein. Aus derselben Erwägung ist für die Auslegung der Klauseln - wie der Beklagte sie aufgefaßt wissen möchte - auch daraus nichts Zwingendes zu entnehmen, daß nach Darstellung des Beklagten den Klägern die von diesen auch ausgenutzte Gelegenheit gegeben worden ist, das Ladenlokal mit allen dazu gehörenden Nebenräumen gründlich zu besichtigen, daß ferner mit Erfolg insbesondere gerade auf die Besichtigung des Kellers durch die Kläger gedrungen worden ist, und daß schließlich die Kläger auf den außerordentlich schlechten Zustand des Hauses und den Plan hingewiesen worden sind, es abzureißen. Ebensowenig kann es darauf ankommen, ob die Kläger vor Abschluß des Mietvertrages geäußert haben, sie wollten die Gaststätte nur dekorieren oder renovieren.

Das Berufungsgericht hat zwar dem Sinne nach auf Grund der von ihm als glaubhaft bezeichneten Erklärung Dr. [REDACTED] festgestellt, daß die Kläger später nicht damit kommen dürften, in dem Haus sei irgendetwas nicht in Ordnung. Das hat indessen nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht genügt, um für die Kläger klarzustellen, daß die Klauseln nach der Vorstellung des Zeugen einen Sinn haben sollten, der von deren typischem Inhalt und seinem eigenen vorangegangenen Verhalten abweiche. Vielmehr hätte der Zeuge nach Auffassung des Berufungsgerichts den Klägern ausdrücklich verständlich machen müssen, daß diese Klauseln zu ihrem Nachteil etwas anderes bedeuten sollten, als es der Verkehrsauffassung entspricht. Diese Auffassung ist von Rechtsirrtum nicht beeinflusst, ins-

besondere sind dadurch im Gegensatz zur Ansicht der Revision die §§ 133, 157 BGB nicht verletzt. Fehlt auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe gegen § 139 ZPO dadurch verstoßen, daß es dem Beklagten keine Gelegenheit gegeben hat, zu behaupten, die Kläger hätten diese ihnen ungünstige, von Dr. [REDACTED] gemeinte Bedeutung verstanden; denn der Beklagte würde nach der besonderen Lage der Umstände haben darlegen müssen, in welcher Weise die Kläger den inneren Vorgang ihres Verständnisses dem Zeugen zum Ausdruck gebracht und ferner gezeigt haben, daß sie die Klauseln so gebilligt haben, wie sie der Zeuge als Inhalt des zu schließenden Vertrages aufgefaßt wissen wollte.

Das Berufungsgericht brauchte auch entgegen der Rüge der Revision nicht die vom Beklagten benannte Frau Else [REDACTED] als Zeugin darüber zu vernehmen, daß Dr. [REDACTED] mit Bezug auf die Klauseln erläuternd bemerkt habe, die Kläger müßten das Risiko der Mietung allein tragen, da sonst ein Vertrag nicht abgeschlossen werden würde. Denn auch wenn er sich so geäußert haben sollte, ist dadurch nicht ausgeräumt, daß der schließlich zustande gekommene Vertrag dennoch in seinem Inhalt dieser Äußerung keine Rechnung trägt. Dabei ist auch zu erwägen, daß die ungewöhnliche, für den Mieter schwerwiegende völlige Freizeichnung des Vermieters von jeder Mängelhaftung - wäre sie beiderseits gewollt gewesen - unschwer in einer Weise hätte zum Ausdruck gebracht werden können, die jedem Zweifel an dem ausschloß, was übereinstimmend gemeint sei. Außerdem ist von Bedeutung, daß nach § 12 des Mietvertrages bis zu dessen Abschluß Nebenabreden nicht getroffen worden

sind; daraus hätte das Berufungsgericht entnehmen können, daß das, was in den Vertragsverhandlungen von einer Seite selbst ohne Widerspruch der anderen geäußert worden ist, keine schuldrechtliche Bindung erzeugt hat.

Aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ist überdies der Schluß gerechtfertigt, daß nach Auffassung des Berufungsgerichts die Kläger auch nicht darauf hätten kommen müssen, Dr. [REDACTED] habe nur mit dem von ihm den Klauseln beigelegten Sinn abschließen wollen; denn dazu hätte gehört, daß sie diesen Sinn gedanklich erfaßt hätten; das aber wird vom Berufungsgericht gerade verneint.

VII. Zur Frage der Irrtumsanfechtung des Vertrages durch den Beklagten meint die Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß "in den Erklärungen des Beklagten eine solche Anfechtung zu finden" sei. Indessen ist nicht ersichtlich, welche Erklärungen des Beklagten damit gemeint sein sollen.

VIII. Die Revision bemängelt, das Berufungsgericht habe bei der Erörterung, ob die Kläger sich gemäß § 254 Abs. 2 BGB ein Mitverschulden entgegenhalten lassen müßten, außer acht gelassen, daß sie Ersatzräume hätten mieten und in ihnen durch ihren Sohn die Gaststätte hätten betreiben lassen müssen. Die Rüge scheitert von vornherein daran, daß im angefochtenen Urteil die Frage, inwieweit die Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatz durch mitwirkendes Verschulden der Kläger berührt wird, zwar als erheblich erkannt, aber nicht abschließend beantwortet ist. Damit hat das

Berufungsgericht zum Ausdruck gebracht, daß nach seiner Überzeugung die Berücksichtigung von mitwirkendem Verschulden der Kläger nicht zum völligen Ausschluß der Haftung des Beklagten führen könne und daß über das Ausmaß der etwaigen Minderung der Haftung in Betragsverfahren befunden werden solle; das ist nicht zu beanstanden (BGHZ 1: 34, 36).

IX. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung nicht bestehe, ist von Rechtsirrtum nicht beeinflusst. Bei ihrem Hinweis, der Beklagte würde das Ladenlokal - wäre der Fußboden von den Klägern nicht beseitigt worden - nach deren Kündigung unter Ausschluß jeder Mängelhaftung anderweit haben vermieten können, übersieht die Revision, daß der Beklagte - wie im angefochtenen Urteil dem Sinne nach zutreffend bemerkt ist - nicht vorgetragen hat, es würde mit einem Dritten zum Abschluß eines derartigen Mietvertrages gekommen sein, wenn der Beklagte sich auf die bloße Abstützung der Kellerdecke beschränkt hätte.

C.

Aus diesen Gründen ist die Revision mit der
Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spigler

Dr. Dorschel

Dr. Messner