

4

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

GG Art. 103 Abs. 1; ZPO §§ 161, 549, 554 Abs. 3

Zur Frage, ob und unter welchen Umständen die Unterlassung der Mitteilung eines Vermerks des Berichterstatters über den Inhalt der Aussagen von Zeugen, Sachverständigen und Parteien an die Prozeßbevollmächtigten der Parteien einen Verfahrensverstoß darstellen kann, der die Revision begründet.

BGH, Urt. v. 5. Juli 1972 - VIII ZR 157/71

OLG Celle
LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 157/71

URTEIL

Verkündet am
5. Juli 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Ehefrau Gerda F. [REDACTED] geb. S. [REDACTED] in
Z. [REDACTED], S. [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma F. [REDACTED] OHG, vertreten durch den persönlich
haftenden Gesellschafter, Kaufmann Dr. Erich H. [REDACTED] in
H. [REDACTED] H. [REDACTED] Weg [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 10. Juni 1971 aufgehoben, soweit die Klage in Höhe eines über 16 377 DM nebst Zinsen hinausgehenden Betrages abgewiesen wurde.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin und die Beklagte waren Miteigentümer je zur Hälfte des Geschäftsgrundstücks H [REDACTED], H [REDACTED] Weg [REDACTED], in dem die Beklagte ein Textilfachgeschäft betreibt. Der mit der Beklagten am 28. September 1949 abgeschlossene Mietvertrag lief zum 1. September 1963 aus und wurde nicht erneuert. In dem Zwangsversteigerungsverfahren zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft blieb die Klägerin Meistbietende. Ihr wurde am 22. Juni 1964 der Zuschlag erteilt. Die Klägerin vermietete darauf das Grundstück am 31. Oktober 1964 an die C [REDACTED]-Ladenbetriebsgesellschaft mit beschränkter Haftung. Zwischen den Parteien kam es zu weiteren Rechtsstreitigkeiten. Ende 1966 oder Anfang 1967 machte die C [REDACTED] GmbH von dem ihr zustehenden Recht Gebrauch, einen Untermieter zu benennen, und benannte die Beklagte. Darauf schlossen die Parteien am 14. Juli 1967 ein Abkommen, in dem bestimmt war, daß das Mietverhältnis gemäß Vertrag von 1949 bis zum 30. September 1967 fortgesetzt werden sollte. In § 5 des Vertrages von 1949 war hinsichtlich des von der Beklagten zu zahlenden Mietzinses folgende Vereinbarung getroffen worden:

"Um den zu zahlenden Mietzins den jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen, wird derselbe von dem Umsatz des Geschäfts der Mieterin unter Berücksichtigung der durchschnittlich erzielten aufgelaufenen jeweiligen Bruttowareneingangskalkulation (Abschlag) vereinbart.

Dieser Prozentsatz beträgt:

bei einer Kalkulation bis zu 25 %:	3 %	vom Umsatz
" " " von über 25 % bis zu 30 %:	3 1/2 %	vom Umsatz
" " " von über 30 % bis zu 35 %:	4 %	vom Umsatz
" " " von über 35 %:	4 1/2 %	vom Umsatz

Unter Bruttowareneingangskalkulation (Abschlag) ist der statistisch im Durchschnitt ausgewiesene Kalkulationssatz zu verstehen, der von dem jeweiligen Bevollmächtigten des Vermieters oder seiner Rechtsnachfolger laufend überprüft wird. Zum Bevollmächtigten des Vermieters ist zur Zeit Herr Dipl.-Kaufmann Willy T[REDACTED], K[REDACTED]-L[REDACTED], L[REDACTED]str. [REDACTED], bestellt."

Am 30. Juni und 10. August 1967 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß die Miete 3,5 % vom Umsatz betrage und gegen den Versteigerungserlös, den die Klägerin an die Beklagte zu zahlen habe, aufgerechnet werde.

Die Klägerin behauptet, daß die Beklagte für das Wirtschaftsjahr 1964/65 einen Rohgewinn von 30,2 % erzielt und deshalb eine Miete von 4 % des Umsatzes geschuldet habe. Da sie nur 3,5 % vom Umsatz gezahlt oder verrechnet habe, schulde sie der Klägerin für diesen Zeitraum noch 71 573 DM. Außerdem habe die Beklagte den von ihr geschuldeten Restbetrag für 1966/67 in Höhe von 69 307,83 DM erst am 8. November 1968 anstatt spätestens am 31. Dezember 1967 gezahlt. Dadurch, daß die Beklagte ihre Verpflichtungen nicht oder verspätet erfüllt habe, sei die Klägerin, um ihrerseits die von ihr zu leistenden Zahlungen erbringen zu können, gezwungen gewesen, Wertpapiere zu verkaufen, die in-

zwischen erhebliche Kursgewinne gehabt hätten.
Hierdurch seien ihr Verluste von insgesamt
89 457 DM entstanden.

Mit der Klage hat die Klägerin die angeblich rückständige Miete von 71 573 DM sowie Schadensersatz in Höhe von 89 457 DM, beide Beträge mit Zinsen, verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist im wesentlichen begründet.

I. Erhöhte Miete für 1964/1965 im Betrage von 71 573 DM.

1. Das Berufungsgericht entnimmt dem im Tatbestand des angefochtenen Urteils vom 10. Juni 1971 in Bezug genommenen Vermerk des Berichterstatters vom 18. Juni 1970 über die Aussage des vor dem Senat des Berufungsgerichts an diesem Tage als Zeugen vernommenen Dipl.-Kaufmanns Willy T. [REDACTED] daß die Beklagte vor dem Abschluß des

Vertrages von 1949 darauf bestanden habe, den in dessen § 5 verwandten Ausdruck "Bruttowareneingangskalkulation" zu verwenden. Mit diesem Ausdruck hätten alle Wareneingangs-, Warenneben- und Reisekosten erfaßt sein sollen. Das Berufungsgericht sieht weiter als erwiesen an, daß T [REDACTED] von der beabsichtigten Regelung den damaligen Vertreter der Rückerstattungsberechtigten, S [REDACTED], unterrichtet habe, der damit einverstanden gewesen sei.

Die Revision hält die Verwertung des BerichterstatERVERMERKS, der den Parteien nicht mitgeteilt wurde, für unzulässig. Diese Rüge muß Erfolg haben.

a) Wenn das Berufungsgericht von der Befugnis des § 161 ZPO Gebrauch macht, die Zeugenaussagen nicht in das Protokoll aufzunehmen, so muß es in einem der Revision unterliegenden Urteil den wesentlichen Inhalt der Zeugenaussagen wiedergeben. Dieser Verpflichtung kann es auch dadurch nachkommen, daß es auf einen von dem Berichterstatter gefertigten Vermerk über den Inhalt der Zeugenaussagen Bezug nimmt. Da der von dem Berichterstatter angefertigte Vermerk den Eindruck wiedergibt, den dieser von der Aussage der Zeugen oder Parteien gewonnen hat, und eine erheblich geringere Gewähr als ein Protokoll dafür bietet, daß die Bekundungen richtig wiedergegeben sind, ist es unerlässlich, daß die Parteien Abschriften oder Ablichtungen des BerichterstatERVERMERKS möglichst umgehend erhalten. Das Reichsgericht (DR 1941, 1741) hatte daher die Bezugnahme auf den Berichter-

stattervermerk dann zugelassen, wenn er den Parteivertretern dergestalt abschriftlich mitgeteilt worden war, daß er bei der schriftlichen Bearbeitung und dem mündlichen Vortrag vor der Urteilsfällung verwertet werden konnte. Der Bundesgerichtshof hat in Fällen, in denen das Urteil unmittelbar im Anschluß an die Vernehmung der Zeugen oder Parteien oder in einem alsbald anberaumten Verkündungstermin verkündet wurde, verschiedentlich geringere Anforderungen gestellt. In dem Urteil vom 12. Oktober 1960 - VIII ZR 169/59 - LM ZPO § 554 Nr. 23 hat indes der erkennende Senat hervorgehoben, es sprächen gewichtige Gründe dafür, daß die das Ergebnis der Vernehmung enthaltende Aufzeichnung des Berichterstatters den Prozeßbevollmächtigten der Parteien vor der Urteilsverkündung wenigstens dann mitgeteilt sein müsse, wenn die Entscheidung in einem besonderen Termin verkündet wird (ebenso mit ausführlicher Begründung Mezger, NJW 1961, 1701). Auch der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in dem von Mezger aaO S. 1702 erwähnten Urteil vom 16. Januar 1957 - V ZR 82/55 - betont, im Regelfalle müsse die das Beweisergebnis enthaltende Aufzeichnung des Berichterstatters rechtzeitig vor der Urteilsfällung den Parteivertretern mitgeteilt werden. Der erkennende Senat hat allerdings die Frage, ob es einen Rechtsfehler darstellt, wenn der Berichtstattervermerk den Parteivertretern vor der Verkündung des in einem besonderen Termin verkündeten Urteils nicht mitgeteilt wurde, in dem angeführten Urteil nicht abschließend zu entscheiden brauchen, weil ein Verstoß in jenem Falle nicht ursächlich für die ergangene Entscheidung gewesen wäre. Auch der hier

zu beurteilende Sachverhalt erfordert keine allgemein gültige Antwort auf die aufgeworfene Frage, denn er weist die Besonderheit auf, daß das Urteil erst rund 1 Jahr nach der Vernehmung des Zeugen T [REDACTED] und Fertigstellung des Aktenvermerks verkündet wurde, nachdem in der Zwischenzeit ein weiterer Zeuge vernommen und erneut mündlich verhandelt worden war. Jedenfalls bei einer derartigen Fallgestaltung stellt aber nach Auffassung des erkennenden Senats die Unterlassung der Übersendung einer Abschrift oder Ablichtung des Berichterstattervermerks an die Prozeßbevollmächtigten eine Rechtsverletzung dar.

Es mag zwar sein, daß die an der Vernehmung des Zeugen T [REDACTED] beteiligten Richter im Zeitpunkt der Urteilsberatung nach der letzten mündlichen Verhandlung vom 29. April 1971 noch eine gewisse Erinnerung an die Persönlichkeit des Zeugen und seine Aussage gehabt haben. Es erscheint angesichts der Unzulänglichkeit des menschlichen Erinnerungsvermögens jedoch ausgeschlossen, daß ihnen über 10 Monate nach der Vernehmung des Zeugen noch die Einzelheiten seiner Bekundungen gegenwärtig waren, denen für die Würdigung der Aussage des Zeugen Bedeutung zukam. Diese Einzelheiten ließen sich nur anhand des Berichterstattervermerks in die Erinnerung zurückrufen. Die in dem Urteil vorgenommene Beweismwürdigung beruhte also nach Lage der Sache nicht oder höchstens in geringem Maße auf dem eigenen Eindruck der Richter von der Aussage des Zeugen, vielmehr auf der Auswertung des Berichterstattervermerks. Es ist indes ein tragender Grundsatz des Verfahrens-

rechts, daß den Parteien die für die Entscheidungsbildung des Gerichts erheblichen bei den Akten befindlichen Schriftstücke bekannt gegeben werden müssen, damit sie zu ihnen Stellung nehmen können (vgl. BVerfGE 25, 40, 43). Dadurch, daß dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin der Berichterstattervermerk nicht mitgeteilt worden war, wurde mithin gegen den Verfassungsgrundsatz, der den Parteien Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs gibt, verstoßen.

Der Ansicht der Revisionserwiderung, die Klägerin könne diesen Verfahrensmangel nicht mehr rügen, weil sie in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht sich hierauf nicht berufen habe, kann nicht gefolgt werden, denn es ist nicht dargetan, daß sie von der Anfertigung des Berichterstattervermerks Kenntnis hatte oder haben mußte (§ 295 ZPO).

b) Daran ändert auch nichts, daß die Prozeßbevollmächtigten der Klägerin Gelegenheit hatten, von dem Berichterstattervermerk Kenntnis zu nehmen. Ihnen wurde nämlich Bd. II der Gerichtsakten, in dem sich der Vermerk befindet, am 10. September 1970 auf ihr Büro überlassen. Die Aushändigung des Aktenbandes geschah indes nicht zu dem Zweck, ihnen von dem Berichterstattervermerk Kenntnis zu verschaffen, sondern deshalb, weil die Prozeßbevollmächtigten der Klägerin den Ablehnungsbeschluß des Amtsgerichts Köln auf das Rechtshilfeersuchen des Berufungsgerichts vom 29. August 1970 und die schriftliche Äußerung des später als Zeugen vernommenen Rechtsanwalts Dr. Tr[REDACTED]

nicht erhalten hatten, damit sie sich darüber erklärten, ob sie auf die Vernehmung von Dr. Tr [REDACTED] verzichten wollten. Die Prozeßbevollmächtigten der Klägerin konnten sich darauf beschränken, diese Urkunden einzusehen, und waren nicht verpflichtet, in den Gerichtsakten nachzuforschen, ob sich dort andere ihnen unbekannte Schriftstücke befanden, die für sie oder ihre Partei von Interesse waren (vgl. BVerfGE 17, 194, 197; 18, 147, 150).

c) Allerdings ist der Verstoß gegen das Recht der Parteien auf Gewährung des rechtlichen Gehörs ein Verfahrensfehler, der nur dann zur Aufhebung der ergangenen Entscheidung zwingt, wenn diese auf ihm beruht. Es läßt sich indes nicht ausschließen, daß das Unterbleiben der Mitteilung des Bericht-erstattevermerks ursächlich für die von dem Berufungsgericht erlassene Entscheidung war. Die Revision verweist mit Recht darauf, daß dieser Vermerk unvollständige und nicht ohne weiteres verständliche Sätze enthält. Hätte die Klägerin rechtzeitig den Bericht-erstattevermerk erhalten, so hätte sie die Möglichkeit gehabt, auf Klarstellung zu drängen und gegebenenfalls die nochmalige Vernehmung des Zeugen T [REDACTED] herbeizuführen. Möglicherweise hätte eine erneute Vernehmung des Zeugen ein der Klägerin günstigeres Ergebnis gehabt.

Wegen des erwähnten Verfahrensverstosses muß daher das angefochtene Urteil aufgehoben werden, soweit es die Klage in Höhe eines Betrages von 71 573 DM

nebst Zinsen abgewiesen hat. Da neue tatsächliche Feststellungen des Berufungsgerichts erforderlich sind, muß die Sache in diesem Umfang an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

2. In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls auch auf die Behauptung der Klägerin sachlich einzugehen haben, daß die Beklagte jedenfalls von 1950 bis 1954 nicht entsprechend ihrer jetzigen Darstellung kalkuliert habe, weil sie dann eine geringere Miete zu zahlen gehabt hätte, als sie tatsächlich gezahlt hat. Wie die Revision zutreffend hervorhebt, hatte die Klägerin vorgetragen (Schriftsatz vom 26. Juni 1970 S. 4/5), daß die Firma M[REDACTED] & Co. in W[REDACTED] in ihrem Auftrage die Kalkulation der Beklagten in den Jahren 1950 bis 1954 überprüft und festgestellt habe, daß die streitigen Unkostenfaktoren (Umlage an R[REDACTED] und Reisespesen) nicht in die Warenbezugskosten eingerechnet waren. Sie hatte weiter geltend gemacht, daß im Falle der Einbeziehung dieser Unkostenfaktoren der Kalkulationsabschlag weniger als 25 % betragen hätte und die Beklagte daher nur zur Zahlung einer entsprechend niedrigeren Miete verpflichtet gewesen wäre. Zum Beweise hatte sich die Klägerin auf ein Sachverständigen-gutachten berufen. Dieses Vorbringen hat das Berufungsgericht als unsubstantiiert und die Bezugnahme auf Sachverständigengutachten ohne nähere Darlegung als einem Ausforschungsbeweis nahekommend nicht ausreichend angesehen.

Dieser Beurteilung vermag der erkennende Senat nicht zu folgen. Mit Recht macht die Revision geltend, daß die Behauptungen der Klägerin schlüssig sind und daß es einem Sachverständigen auch heute noch möglich ist, anhand der Bücher der Beklagten und der von ihr vorgenommenen Kalkulation festzustellen, ob sie die an die R[REDACTED] geleisteten Zahlungen und die Reisespesen damals in die Bruttowareneingangskalkulation aufgenommen hatte. Der Beweisanspruch durfte daher von dem Berufungsgericht mit der gegebenen Begründung nicht abgelehnt werden.

Würde der Beweis erbracht, wie für den Revisionsrechtszug zu unterstellen ist, so würde diese Handhabung in den Jahren 1950 bis 1954 in jedem Falle einen starken Anhalt dafür ergeben, daß auch die Beklagte die Bestimmung des § 5 des Mietvertrages in demselben Sinne verstanden hat, wie sie die Klägerin verstanden wissen will und wie nach Ansicht des Sachverständigen Ti[REDACTED] der in § 5 des Vertrages verwandte Begriff "Bruttowareneingangskalkulation" üblicherweise zu verstehen ist. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhange ausführt, die Klägerin habe einen ihrem Vortrag entsprechenden Beweis dafür, daß die Bestimmung in ihrem Sinne zu verstehen sei, nicht erbracht, so kann dieser Erwägung nicht gefolgt werden. Die Auslegung einer Vertragsbestimmung ist allein richterliche Aufgabe und hat mit der Beweislast nichts zu tun. Zu beweisen haben die Parteien lediglich die Tatsachen, die für die Auslegung einer Vertragsbestimmung von Bedeutung sein können.

Hier hat indes das Berufungsgericht die Vertragsbestimmung überhaupt nicht ausgelegt, sondern der Aussage des Zeugen T[REDACTED] entnommen, daß die Parteien sich dahin geeinigt hätten, die Bestimmung des § 5 des Vertrages so zu verstehen, wie es die Beklagte für richtig hält. Daß formell der Mietvertrag nicht zwischen den Parteien, sondern auf Vermieterseite von dem Niedersächsischen Landesamt für die Beaufsichtigung gesperrten Vermögens, vertreten durch Dipl.-Volkswirt S[REDACTED], abgeschlossen worden war, ist in diesem Zusammenhange ohne wesentliche Bedeutung. Denn der Vertrag wurde von dem Treuhänder für die Rückerstattungsberechtigten abgeschlossen, die nach der - wie die Klägerin geltend macht, insoweit unzutreffenden - Aussage des T[REDACTED] durch den Mitberechtigten S[REDACTED] vertreten waren, der schriftlich zugestimmt haben soll. Die von der Klägerin in allen wesentlichen Punkten als unrichtig bekämpfte ihr ungünstige Aussage des T[REDACTED] wäre indes stark erschüttert, wenn sich feststellen ließe, daß die Beklagte gleich in den ersten Jahren nach Abschluß des Vertrages die Abrechnung zu ihrem eigenen Nachteil und zugunsten der Klägerin anders durchgeführt hätte, als sie nach der Bekundung des Zeugen T[REDACTED] vorzunehmen gewesen wäre. Das Berufungsgericht hätte sodann zu prüfen, ob es sich auch in diesem Falle noch in der Lage sähe, aufgrund der Aussage des Zeugen T[REDACTED] eine Feststellung dahin zu treffen, daß die Parteien sich in dem von T[REDACTED] bekundeten Sinne geeinigt hatten. Würde es diese Frage verneinen, so müßte es nunmehr die Vertragsbestimmung auslegen. Dabei würde es die - hier als richtig zu unterstellende - Tatsache

zu berücksichtigen haben, daß die Beklagte in den Jahren 1950 bis 1954 so abgerechnet hat, wie es die Klägerin jetzt auch für das Wirtschaftsjahr 1964/65 verlangt und wie es der nach Ansicht des Sachverständigen Ti[REDACTED] üblichen Handhabung entspricht.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist daher der Beweisantrag erheblich, so daß das Berufungsgericht ihm stattzugeben haben wird, wenn T[REDACTED] bei seiner Aussage verbleibt und das Berufungsgericht wiederum geneigt sein sollte, diese Aussage trotz der gegen ihre Richtigkeit sprechenden Bedenken zur Grundlage seines Urteils zu machen. Die Klägerin ist nicht gehindert, ihren bisherigen, auch den in der Revisionsbegründung enthaltenen Vortrag dem Berufungsgericht in der neuen Verhandlung wiederum zu unterbreiten. Auf Einzelheiten braucht daher hier nicht eingegangen zu werden, zumal das entsprechende Vorbringen im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegt.

3. Das Berufungsgericht meint weiter, die Klägerin mache zu Unrecht geltend, daß eine 15-jährige andere Handhabung einer Berufung der Beklagten auf die vertragsmäßige Lage entgegenstünde. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung sei nicht begründet. Wie die Revision demgegenüber mit Recht hervorhebt, geht dieser Gedankengang des Berufungsgerichts fehl. Die Klägerin stützt ihren Anspruch nicht darauf, daß die Beklagte ihr Recht verwirkt habe, sich auf die vertragliche Abmachung zu berufen, sondern es geht darum, ob das von der Klägerin behauptete Verhalten

der Beklagten zu dem Schluß Anlaß gibt, beide Parteien hätten bei Vertragsabschluß die Bestimmung in § 5 des Vertrages nicht so verstanden, wie sie nach der Aussage des Zeugen T [REDACTED] gemeint gewesen sein soll, sondern die Vorschrift habe das zum Ausdruck gebracht, was die Klägerin ihr in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen Ti [REDACTED] entnehmen will.

II. Schadensersatz wegen verlustreichen Aktienverkaufs im Betrage von insgesamt 89 457 DM.

Insoweit klagt die Klägerin Verzugsschaden ein. Das Berufungsgericht hält auch diesen Anspruch für unbegründet.

1. Für den Fall, daß entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts der Nachzahlungsanspruch für das Wirtschaftsjahr 1964/65 zu bejahen sein sollte, verneint das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch mangels Fahrlässigkeit der Beklagten, weil sie sich jedenfalls in entschuldbarem Rechtsirrtum befunden und aus diesem Grunde die Nachzahlung der 71 573 DM unterlassen habe. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß ein schuldloser Irrtum der Beklagten den Verzug auszuschließen geeignet wäre, denn es würde sich entgegen der Ansicht der Revision nicht um einen Rechtsirrtum, sondern um einen Tatsachenirrtum (über den Inhalt der getroffenen Vereinbarung) handeln, der den Schuldner entschuldigt, wenn er nicht auf Fahrlässigkeit beruht, wie in Schrifttum und Recht-

sprechung nicht streitig ist. Indes unterliegt es Bedenken, daß das Berufungsgericht die Beklagte unter allen Umständen als entschuldigt ansehen will. Würde das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung zu dem Ergebnis gelangen, daß durch die Aussage des Zeugen T [REDACTED] die von ihm bekundete einverständliche Regelung über die Berücksichtigung auch der Warennebenkosten (Umlage an R [REDACTED]) und der Reisekosten nicht bewiesen ist, so würde die Beklagte sich angesichts des Gutachtens des Sachverständigen Ti [REDACTED] kaum darauf berufen können, daß sie den in § 5 des Vertrages verwandten Begriff schuldlos in dem von ihr für richtig gehaltenen Sinne verstanden habe. Das würde um so mehr gelten, wenn der Klägerin der Beweis gelingen sollte, daß die Beklagte selbst bei ihrer Abrechnung in den Jahren 1950 bis 1954 anders kalkuliert hatte.

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung, die Beklagte werde durch Irrtum entschuldigt, läßt sich der auf die Nichtzahlung der 71 573 DM gestützte Schadensersatzanspruch der Klägerin daher nicht verneinen.

Die Klägerin hat auch den von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruch schlüssig begründet, indem sie vorgetragen hat, sie habe, weil ihr damals die von der Beklagten geschuldeten 71 573 DM rückständige Miete und die aufgelaufenen Zinsen von 9 622 DM nicht zur Verfügung gestanden hätten und sie Geld gebraucht habe, Wertpapiere verkaufen müssen, deren Kurs seitdem erheblich gestiegen sei.

Dem Berufungsgericht kann auch nicht darin gefolgt werden, daß die Vereinbarungen in dem Vertrage vom 14. Juli 1967 über die Pauschalschadensabgeltung für die Vergangenheit dem Schadensersatzanspruch entgegenstehe. Wie die Revision mit Recht hervorhebt, waren der Klägerin die hier geltend gemachten Schadensersatzansprüche bei Abschluß des Vertrages vom 14. Juli 1967 nicht bekannt. Sie brauchte mit einem solchen Schaden auch nicht zu rechnen. Der Verzicht in der Vereinbarung kann sich daher nicht auf die hier geltend gemachten Schadensersatzansprüche bezogen haben.

2. Soweit die Klägerin ihren auf die verlustbringende Veräußerung von Wertpapieren gestützten Schadensersatzanspruch auch damit rechtfertigen will, daß die Beklagte die Restmiete für das Wirtschaftsjahr 1966/67 verspätet gezahlt und sie den ihr zustehenden Betrag daher nicht rechtzeitig zur Verfügung gehabt habe, ist die Klage mit Recht abgewiesen worden. Das Wirtschaftsjahr 1966/67 lief erst am 30. September 1967 ab. Wie die Klägerin in der Klageschrift selbst vorgetragen hatte, war die erhöhte Miete für das Geschäftsjahr 1966/67 erst spätestens am 31. Dezember 1967 zu zahlen. Damals hatte die Klägerin die infrage stehenden Aktien aber längst verkauft. Deren Verkauf ist nämlich nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin am 5. Juni 1967 vorgenommen worden. Der schadenbringende Aktienverkauf läßt sich daher nicht ursächlich auf die verspätete Zahlung der Restmiete für 1966/67 zurückführen. 8 % Zinsen für den verspätet gezahlten Betrag von 69 307,83 DM sind von der Beklagten unstreitig entrichtet worden.

3. Der Umstand, daß der Klägerin am 5. Juni 1967 die hier nach ihrer Behauptung für 1963/64 geschuldeten 71 573 DM nebst 9 622 DM Zinsen, zusammen also 81 195 DM nicht zur Verfügung standen, rechtfertigte noch nicht den Verkauf aller von der Klägerin angeführten Aktien. Es hätte, der von der Klägerin gegebenen Aufstellung folgend, die Veräußerung folgender Wertpapiere im wesentlichen ausgereicht:

Genußschein H [REDACTED] L [REDACTED] R [REDACTED]	73 604	s
10 N [REDACTED] Namensaktien	<u>13 726,15</u>	s
zusammen	87 330,15	s

umgerechnet zum Kurse von rd. 92,6 in DM = etwa 81 067 DM.

Der auf den Verzug der Beklagten zurückzuführende Schaden der Klägerin durch den ungünstigen Aktienverkauf kann daher allenfalls betragen haben:

Verlust beim Verkauf von Genußschein H [REDACTED] L [REDACTED] R [REDACTED]	71 256	s
Dividende	1 360	s
Verlust beim Verkauf von 10 N [REDACTED] Namensaktien	6 323,85	s
Dividende	<u>1 000</u>	s
zusammen	79 939,85	s

also rd. 80 000 sfr, umgerechnet zum Kurse von 92,6
= etwa 73 080 DM.

In Höhe von 89 457 - 73 080 = 16 377 DM nebst Zinsen hiervon ist somit die Klage mit Recht abgewie-

sen worden. In diesem Umfange kann deshalb die Revision keinen Erfolg haben.

Im übrigen muß dagegen das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung zurückverwiesen werden. Dem Berufungsgericht ist auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen worden, weil sie von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt. Der erkennende Senat hat von der Bestimmung des § 565 Abs. 1 Satz 2 Gebrauch gemacht.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Bundesrichter
Dr. Hiddemann ist beurlaubt und ortsabwesend.
Er kann deshalb nicht unterschreiben.

Hoffmann

Dr. Haidinger