

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 178/68

URTEIL

Verkündet am

25. März 1970

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Erwin P. [REDACTED] in
E., W.straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

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

gegen

die Firma S. [REDACTED] & Co. in B.,
D. Straße [REDACTED], vertreten durch deren persön-
lich haftenden Gesellschafter Franz S. [REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 11. Juni 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 11. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer eines Grundstücks in Bochum. Er erwarb das Eigentum im Wege der Zwangsversteigerung am 18. September 1961. Der frühere Grundstückseigentümer hatte der Beklagten mit Vertrag vom 1. Dezember 1957 eine auf dem Grundstück befindliche Werkstatthalle mit Nebenräumen und Garagen für die Dauer von 10 Jahren zu einem monatlichen Zins von 400 DM verpachtet. Der Beklagten

- 3 -

war eine Unterverpachtung für die Dauer ihrer Pachtzeit gestattet. Einen Teil der gepachteten Räume, und zwar ein Tankstellengelände, hatte die Beklagte daraufhin bis zum 30. August 1967 an die Firma G. zum Betrieb einer Tankstelle unterverpachtet. In den übrigen Räumen unterhielt die Beklagte ihren eigenen Gewerbebetrieb.

Mit Schreiben vom 2. Oktober 1961 kündigte der Kläger unter Bezugnahme auf seinen Eigentumserwerb der Beklagten das bestehende "Mietverhältnis" zum 15. Oktober 1961. Unter dem 14. Oktober 1961 sprach er in Ergänzung seines Schreibens vom 2. Oktober 1961 die Kündigung des "Mietverhältnisses" zum 31. März 1962 aus und bat die Beklagte gleichzeitig, ihrer Unterpächterin ebenfalls zum 31. März 1962 zu kündigen. Der Mieterverein Bochum erwiderte dem Kläger im Auftrage der Beklagten mit Schreiben vom 16. Oktober 1961, daß die Kündigung auf Grund des Geschäftsraummietengesetzes erst zum 31. März 1962 wirksam sei. Außerdem teilte der Mieterverein dem Kläger mit, daß der Inhaber der Beklagten den Unterpachtvertrag mit der Firma G. zum 31. März 1962 aufkündigen werde. Das Schreiben schließt mit der Erklärung, der Inhaber der Beklagten sei bereit, mit dem Kläger einen neuen Vertrag mit zeitgemäßem Pachtzins einzugehen. Zu einem neuen Vertragsschluß oder einer sonstigen Einigung kam es nicht. Die Beklagte blieb auch nach dem 31. März 1962 in den Räumen, ohne daß der Kläger dagegen zunächst Einspruch erhob. Am 1. Juni 1962 schrieb er der Beklagten unter Bezugnahme auf das Schreiben des Mietervereins vom 16. Oktober 1961, er habe davon abgesehen, auf Räumung und Herausgabe des Pachtobjekts zum



31. März 1962 zu drängen, weil er der Beklagten insoweit entgegenkommen wollte, als der Beklagten sicherlich bis zum 31. März 1962 kein gleichwertiges Pachtobjekt zur Verfügung gestanden habe. Da die Beklagte aber auch nicht zwecks Abschlusses eines neuen Pachtvertrages an ihn herantreten sei, müsse er nunmehr auf Räumung und Herausgabe bis zum 30. Juni 1962 bestehen. Für den Fall nicht rechtzeitiger Räumung drohte er Klageerhebung an und wies daraufhin, daß er vom 1. April 1962 an Schadensersatz verlangen werde. Vorsorglich kündigte er nochmals das Pachtverhältnis zum 31. Dezember 1962. Die Beklagte räumte auch weiterhin nicht. Verhandlungen über den Abschluß eines neuen Pachtvertrages scheiterten. In einem Schreiben vom 22. Januar 1963 vertraten die von der Beklagten betrauten Anwälte den Standpunkt, das auf § 57 ZVG gestützte Kündigungsschreiben des Klägers sei der Beklagten nicht rechtzeitig zugegangen, so daß die Kündigung unwirksam sei.

Der Kläger erhob im Juli 1963 Klage auf Räumung. Durch Urteil vom 22. November 1963 gab das Landgericht der Klage statt. Hiervon unterrichtete die Beklagte die Firma G. mit Schreiben vom 16. Dezember 1963 und erklärte ferner, daß sie das Pachtverhältnis mit der Firma G. ab 11. März 1964 als gelöst betrachte. Die Firma G., der die Beklagte den Streit verkündet hatte, legte gegen das Urteil des Landgerichts Berufung ein. Das Oberlandesgericht wies die Berufung durch Urteil vom 26. Juni 1964 zurück. Die Revision der Firma G. als Streithelferin wurde durch Urteil des er-

kennenden Senats vom 21. März 1966 (VIII ZR 227/64) zurückgewiesen. Der Beklagten wurde eine Räumungsfrist bis 30. April 1966 gewährt.

Die Beklagte hatte den von ihr benutzten Grundstücksanteil bereits am 26. September 1964 geräumt. Gegen die Firma G. hatte der Kläger am 12. Oktober 1964 Herausgabeklage erhoben, der das Landgericht durch Urteil vom 27. November 1964 stattgab. Die Firma G. legte Berufung ein. Das Verfahren vor dem Berufungsgericht wurde bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs über die erwähnte Revision der Firma G. ausgesetzt. Nachdem der Kläger im Revisionsverfahren obgesiegt hatte, nahm die Firma G. die Berufung gegen das Räumungsurteil zurück und räumte die Tankstelle am 30. April 1966. Der Kläger hat wie vorher schon den von der Beklagten innegehabten Grundstücksteil so auch die Tankstelle an den Kaufmann S. verpachtet.

Mit der Klage begehrt der Kläger Schadensersatz für die Vorenthaltung des Grundstücks nach Beendigung des Pachtverhältnisses. Er hat vorgetragen, wenn die Beklagte den gepachteten Grundstücksteil rechtzeitig geräumt hätte, hätte er vom 1. Dezember 1963 ab 1 100 DM Pachtzins mehr erhalten. S. habe ihm für die Räume der Beklagten einen monatlichen Pachtzins von 700 DM und für die Tankstelle einen Pachtzins von 800 DM geboten. Außerdem sei S. bereit gewesen, ihm eine Umsatzbeteiligung von 0,005 DM für jeden verkauften Liter Treibstoff einzuräumen. Durch die verspätete Herausgabe sei ihm ein Nutzungsentgelt von insgesamt 25 075 DM entgangen.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Oberlandesgericht läßt in Übereinstimmung mit dem Landgericht einen Schadensersatzanspruch des Klägers unter dem Gesichtspunkt scheitern, daß die Beklagte alle Verzögerungen bei der Erfüllung ihrer vertraglichen oder nachvertraglichen Räumungs- und Herausgabepflichten nicht zu vertreten habe. Es führt aus, der Kläger habe dadurch, daß er in unrichtiger Anwendung des ihm nach § 57 a ZVG an sich zustehenden Kündigungsrechts die Aufhebung des Vertragsverhältnisses verlangte, eine Ungewißheit in der Rechtslage geschaffen. Er habe nicht eindeutig und klar zu erkennen gegeben, welchen Zeitpunkt er für die Beendigung des Vertragsverhältnisses setze. Es habe auch Ungewißheit darüber bestanden, ob er unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt habe. Der Kläger habe sodann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme den Inhabern der Beklagten gegenüber in den Jahren 1962 bis 1964 wiederholt erklärt, die Beklagte könne ihre Werkstatthalle ruhig behalten, sofern man sich über einen höheren Pachtzins unterhalte, sie könne in einem Teil der Werkstatt bleiben, während der andere Teil anderweitig verpachtet werde, die Beklagte müsse nicht sofort räumen, er werde ihr bei der Suche behilflich sein. Der Kläger habe durch sein gesamtes Verhalten eine Rechtslage

geschaffen, die zu beurteilen die Beklagte allein außerstande gewesen sei. Einer Entscheidung, ob der Kläger der Beklagten tatsächlich eine zunächst unbefristete Nachsicht gewährt habe, die die Beklagte von ihrer Verpflichtung zur Räumung zeitweilig entbunden hätte, bedürfe es nicht. Die Beklagte habe jedenfalls nach dem Verhalten des Klägers noch bis zum Jahre 1964 darauf vertrauen dürfen, der Kläger lege auf eine unverzügliche Herausgabe des Grundstücks zur Zeit keinen besonderen Wert und werde ihr Ruhe lassen, Ersatzraum zu beschaffen.

Auch für die durch die Firma G. [REDACTED] verzögerte Rückgabe, so meint das Berufungsgericht, komme eine Haftung der Beklagten nicht in Betracht, weil es insoweit ebenfalls an einem Verschulden fehle. Die Beklagte habe alsbald von der Firma G. [REDACTED] die Herausgabe des Grundstücksteils an den Kläger verlangt. Daß dieses Verlangen erfolglos geblieben war, könne der Beklagten nicht zugerechnet werden. Da der Räumungszeitpunkt zunächst ungewiß geblieben sei, könne der Beklagten auch eine Weigerung der Firma G. [REDACTED] nicht angelastet werden. Im übrigen sei der Kläger in der Lage gewesen, selbst gegen die Firma G. [REDACTED] vorzugehen, wie er es schließlich auch getan habe. Er hätte aus dem beim Landgericht erstrittenen Urteil gegen die Firma G. [REDACTED] vollstrecken können. Dann wäre ein bedeutender Teil des von ihm behaupteten Verzögerungsschadens nicht eingetreten. Schließlich lasse sich auch nicht von der Hand weisen, daß der Kläger in einem mit der Firma G. [REDACTED] geschlossenen Ver-

gleich auf die Erstattung etwaiger Schadensersatzansprüche mit Wirkung für die Beklagte verzichtet habe. Wenn er im Zusammenhang mit dem Vergleichsabschluß Schadensersatzansprüche nicht gegen die Firma G [REDACTED] unmittelbar gerichtet habe, so könne das als ein Verzicht ausgelegt werden, der auch zu Gunsten der Beklagten nach § 423 BGB Rechtswirkung habe.

2. Gegen diese Ausführungen wendet die Revision sich mit Recht.

a) Das Berufungsgericht geht offenbar in erster Linie davon aus, die Beklagte habe sich in entschuldbarem Rechtsirrtum über ihre Herausgabepflicht befunden. Dabei läßt es aber eine Feststellung vermissen, weshalb der Rechtsirrtum entschuldbar sei. Im Räumungsrechtsstreit gegen die Beklagte hatten sowohl das Landgericht wie das Oberlandesgericht ausgeführt, angesichts der beiden im Ergebnis übereinstimmenden Schreiben des Klägers vom 14. Oktober 1961 und des Mietervereins vom 16. Oktober 1961 habe zwischen den Parteien kein Zweifel darüber bestehen können, daß das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältnis nach ihrem übereinstimmenden Willen zum 31. März 1962 sein Ende finden solle. Das Vertragsverhältnis war dann allerdings auf unbestimmte Zeit dadurch fortgesetzt worden, daß die Beklagte im Besitz der gepachteten Räume verblieb. Die erneute Kündigung des Klägers ist, wie auch der erkennende Senat im Urteil vom 21. März 1966 angenommen hat, zum 30. November 1963 wirksam geworden. Hierzu stellt das Oberlandesgericht im Urteil vom 26. Juni 1964 ausdrücklich fest, die Beklagte

sei sich bei dem Versuch, sich um die Jahreswende 1962/1963 mit dem Kläger über eine Verlängerung der Pacht zu einigen, ebenso wie nach dem Scheitern dieser Verhandlungen bewußt gewesen, daß das Pachtverhältnis auf jeden Fall gekündigt werden sollte. Die Beklagte selbst hat im Schriftsatz vom 19. Januar 1968 des vorliegenden Rechtsstreits erklärt, ihre Prozeßbevollmächtigten hätten gegenüber der damaligen Streithelferin G. mit Schreiben vom 23. Januar 1964 zum Ausdruck gebracht, sie könnten einer Berufung gegen das Urteil des Landgerichts keine Chance geben. Unter diesen Umständen ist es schwer verständlich, wenn die Beklagte für sich in Anspruch nimmt, sie hätte noch nach dem 30. November 1963 darauf vertrauen dürfen, zur Räumung nicht verpflichtet zu sein. Wenn das Berufungsgericht im übrigen meint, die Beklagte habe "alsbald" nach dem Erlass des Urteils des Oberlandesgerichts geräumt, so ist auch das nicht richtig. Das Urteil des Oberlandesgerichts ist am 26. Juni 1964 erlassen, die Beklagte hat erst drei Monate später geräumt. Selbst wenn angenommen würde, die Beklagte habe sich erst durch das Urteil des Oberlandesgerichts von ihrer Räumungspflicht überzeugen lassen müssen, so würde unter dem vom Berufungsgericht angeführten Gesichtspunkt die völlige Abweisung der Klage nicht gerechtfertigt sein.

Dasselbe gilt, soweit das Berufungsgericht meint, der Beklagten könne wegen Ungewissheit der Rechtslage nicht angelastet werden, daß die Firma G. die von ihr innegehabte Tankstelle nicht herausgegeben habe. Das Berufungsgericht scheint insoweit ein Verschulden der Beklagten auch deshalb nicht anzunehmen, weil die Beklagte

gegen die Firma G. eine Räumung nicht habe durchsetzen können. Ob ein Verschulden des Mieters, der für die Dauer seines langfristigen Mietvertrages berechtigterweise untervermietet hat, dann entfallen kann, wenn ohne sein Zutun der Hauptmietvertrag vorzeitig gekündigt wird, bedarf keiner Erörterung. Hier hat, wie im Rechtsstreit gegen die Beklagte wegen Räumung vom Berufungsgericht und dem erkennenden Senat ausgeführt worden ist, die Beklagte selbst durch das Schreiben des Mietervereins vom 16. Oktober 1961 im Einverständnis mit dem Kläger das Vertragsverhältnis gelöst und sogar erklärt, sie werde den Unterpachtvertrag mit der Firma G. ebenfalls zum 31. März 1962 aufkündigen. Mindestens in einem solchen Falle ist es Sache des Mieters oder Pächters, dafür zu sorgen, daß der Untermieter oder Unterpächter das Mietgrundstück herausgibt. Es geht überhaupt fehl, wenn die Beklagte eine Verantwortung für das Verhalten der Firma G. ablehnt. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie der Kläger meint, die Beklagte nach § 549 Abs. 3 BGB eine schuldhafte Räumungsweigerung der Firma G. zu vertreten hat. Unmittelbar ist diese Vorschrift nur auf ein dem Dritten bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden anzuwenden. Jedenfalls hat die Beklagte durch ihr eigenes Verhalten dazu beigetragen, daß die Herausgabe der Tankstelle durch die Firma G. sich verzögert hat. Die Beklagte hat, worauf die Revision zutreffend hinweist, das Urteil des Landgerichts Bochum, durch das sie zur Räumung verurteilt wurde, als richtig hingenommen. Das ergibt sich schon aus dem oben erwähnten Schreiben ihrer Anwälte vom 23. Januar 1964 an die damalige Streithelferin, die Firma G.. Hätte die Beklagte

nach Erlaß des Urteils des Landgerichts vom 22. November 1963 erklärt, sie sei nunmehr mit der Beendigung des Pachtverhältnisses einverstanden, so wäre damit dem späteren Verfahren zwischen dem Kläger und der Streithelferin der Boden entzogen gewesen. Alsdann wäre die Streithelferin nach § 556 Abs. 3 BGB eindeutig zur Herausgabe der Tankstelle verpflichtet gewesen. Da die Beklagte entgegen ihrer eigenen Rechtsauffassung eine solche Erklärung nicht abgegeben hat, kam es dazu, daß vor dem Berufungsgericht und im Revisionsverfahren weiterhin über die Verpflichtung der Beklagten zur Räumung gestritten wurde. Außerdem wäre es der Beklagten möglich gewesen, das von der Streithelferin betriebene Berufungs- und Revisionsverfahren zu unterbinden. Der Streithelfer kann zwar, auch wenn die Hauptpartei kein Rechtsmittel einlegt oder ihr Rechtsmittel zurücknimmt, selbständig ein Rechtsmittel betreiben. Dieses Recht steht ihr aber nicht zu, wenn die Hauptpartei durch ausdrückliche Erklärungen oder schlüssige Handlungen zu erkennen gibt, daß sie die Fortsetzung des Rechtsstreits durch den Streithelfer nicht billigt (RGZ 97, 215, 216; 147, 125, 126; Stein/Jonas/Pohle, ZPO 19. Aufl. § 67 Anm. II 5 b). Hätte der gegen die Beklagte verfolgte Räumungsrechtsstreit mit dem Urteil des Landgerichts geendet, so hätte der spätere Rechtsstreit auf Räumung gegen die Firma G. nicht ausgesetzt werden können und der Kläger hätte mutmaßlich sehr viel früher ein obsiegendes Urteil gegen die Firma G. erstreiten können.

b) Die Revision greift auch mit Erfolg die Ansicht des Berufungsgerichts an, die Beklagte treffe deshalb kein Verschulden, weil der Kläger ihr zunächst unbestristete Nachsicht gewährt und sie der Verpflichtung zur Räumung entbunden habe. Das Berufungsgericht scheint einmal anzunehmen, der Kläger habe der Beklagten Aufschub der Räumung eingeräumt und die Beklagte sei deshalb überhaupt nicht zur Räumung verpflichtet gewesen, und zum anderen, die Beklagte habe mindestens in entschuldbarem Rechtsirrtum an eine vertraglich gewährte Räumungsfrist glauben dürfen.

Dabei hat das Berufungsgericht aber, wie die Revision zutreffend rügt, den wirtschaftlichen Hintergrund der Vorgänge nicht gewürdigt. Der im Jahre 1957 vereinbarte Pachtzins von 400 DM monatlich entsprach ersichtlich Ende des Jahres 1961 nicht mehr dem für Fabrikationsräume und Tankstellen üblichen Pachtzins. So endete denn auch das Schreiben des Mietervereins vom 16. Oktober 1961 mit dem Vorschlag, einen neuen Vertrag mit zeitgemäßem Pachtzins einzugehen. Dem Kläger kam es in der Tat in erster Linie nicht darauf an, daß die Beklagte das Gelände räumte. Vielmehr wollte er offenbar einen angemessenen Pachtzins erzielen, der seine Kapitalaufwendungen für die Ersteigerung des Grundstücks deckte, sei es, daß er die Räume anderweit verpachtete, sei es, daß die Beklagte einen höheren Pachtzins zahlte. Um die Höhe des Pachtzinses sind auch die Verhandlungen gegangen. So hat das Berufungsgericht selbst in seinem ersten Räumungsurteil vom 26. Juni 1964 ausgeführt, der Kläger habe zwar mehrfach erklärt, die Beklagte

könne auf dem Grundstück bleiben. Das besagte, wie das Berufungsgericht erklärte, jedoch nach dem eigenen Vorbringen der Streithelferin noch nicht, daß die Parteien sich dahingehend geeinigt hätten, das Vertragsverhältnis auf der bisherigen Grundlage unverändert aufrecht zu erhalten. Ebenso hat der erkennende Senat im Urteil vom 21. März 1966 aus dem damaligen Sach- und Streitstand entnommen, der Kläger habe zwar nicht besonders auf Räumung gedrängt und es sei über neue Vertragsbedingungen verhandelt worden. Trotz dieser Umstände sei aber jedenfalls klar zum Ausdruck gebracht worden, daß der Kläger das Vertragsverhältnis zu den alten Vertragsbedingungen nicht mehr habe fortsetzen wollen. Dafür, daß die damals angenommenen Verhältnisse in Wahrheit nicht vorgelegen haben, bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr hat der Zeuge E., auf den das Berufungsgericht sich bezieht, bekundet, der Kläger habe ihm sinngemäß etwa erklärt, der Inhaber der Beklagten könne seine Werkstatthalle ruhig behalten, aber man müsse sich doch mal über einen höheren Pachtzins unterhalten. War aber die Zahlung eines angemessenen Pachtzinses Voraussetzung dafür, daß der Kläger nicht auf Räumung drängte, so stand die Beklagte vor der Wahl, entweder einen für damalige Verhältnisse angemessenen Pachtzins zu zahlen oder das Pachtgrundstück zu räumen. Sie konnte aber schwerlich annehmen, der Kläger wolle ihr das Grundstück zu dem alten, mit dem Voreigentümer vereinbarten Pachtzins weiter belassen. Unter diesem Blickpunkt wird das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, sowohl zu prüfen haben, ob der Kläger der Beklagten tat-

sächlich Aufschub der Räumung bewilligt hat und gegebenenfalls, ob die Beklagte ohne Fahrlässigkeit an einen solchen Aufschub glauben durfte.

II. Das Berufungsgericht billigt dem Kläger auch einen Anspruch auf den objektiven Nutzungswert des Grundstückes nicht zu. Es begründet seine Entscheidung lediglich damit, der Kläger könne mit der Behauptung, der Nachfolger S. [REDACTED] zahle einen um 1 100 DM höheren Pachtzins, nicht nachweisen, daß der objektive Nutzungswert diesen Betrag erreiche, und daß für den hier in Betracht kommenden Zeitraum eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung auf Kosten des Klägers stattgefunden habe.

Die Revision macht zutreffend geltend, daß das Berufungsgericht das Vorbringen des Klägers nicht erschöpfend berücksichtigt habe. Der Kläger hat im Schriftsatz vom 2. November 1967 ausdrücklich vorgetragen, der angemessene Pachtzins entspreche dem, was der Pächter S. [REDACTED] dem Kläger angeboten habe. Zum Beweise hierfür hat er sich auf das Zeugnis des Kaufmanns S. [REDACTED] und auf Sachverständigengutachten bezogen. Das Berufungsgericht hätte deshalb, wenn es Bedenken trug, den von Spürkel angebotenen Pachtzins als angemessenen Pachtzins anzusehen, das Gutachten eines Sachverständigen einholen müssen. Daß der gezahlte Pachtzins nicht der angemessene war und der objektive Nutzungswert dementsprechend höher war, muß schon nach dem Schreiben des Mietervereins vom 16. Oktober 1961 angenommen werden. Daran, daß mindestens bei Geschäftsräumen die Bestimmung des § 557 BGB einen über den verein-

barton Mietzins oder Pachtzins hinausgehenden Bereicherungsanspruch des Vermieters oder Verpächters nicht ausschließt, hält der Senat fest (vgl. BGHZ 44, 241; Urteil vom 28. Juni 1967 - VIII ZR 59/65 - LM BGB § 597 Nr. 2 = BGHWarn 1967 Nr. 145).

III. Wenn das Berufungsgericht ausführt, es "lasse sich nicht von der Hand weisen", daß der Kläger in einem mit der Firma G am 30. April 1966 geschlossenen Vergleich auf Schadensersatzansprüche wegen der verzögerten Rückgabe der Tankstelle gegenüber der Firma G verzichtet habe, so scheint es die geschlossene Vereinbarung dahin zu würdigen, daß ein solcher Verzicht tatsächlich erklärt worden sei. Eine Begründung für seine Auffassung gibt das Berufungsgericht nicht. Es wird deshalb bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung unter Erforschung des Willens der Parteien die Abreden darauf prüfen müssen, ob der Kläger der Firma G die Leistung von Schadensersatz hat erlassen wollen. Auch wenn ein Erlaß vereinbart worden wäre, hätte er nicht ohne weiteres auch gegenüber der Beklagten Wirksamkeit erlangt. Die Wirkung im Verhältnis zur Beklagten begründet das Berufungsgericht lediglich durch einen Hinweis auf § 423 BGB. Nun mögen zwar der Hauptmieter und der Untermieter, wenn sie auf Schadensersatz wegen verspäteter Herausgabe der Pachtsache in Anspruch genommen werden, sog. unechte Gesamtschuldner sein. Nach § 423 BGB würde indessen ein zwischen dem Kläger und der Firma G vereinbarter Erlaß für die Beklagte nur wirken, wenn der Kläger und die Firma G das ganze Schuldverhältnis hätten aufheben wollen. Im Zweifel ist aber anzu-

nehmen, daß der Erlaß, der mit einem Gesamtschuldner vereinbart wird, den übrigen nicht zugutekommen soll (BGB. RGRK, 11. Aufl., § 423 Anm. 2; RG JW 1933, 2829). Ein solcher Wille kann nicht schon daraus geschlossen werden, daß der durch den Erlaß begünstigte Gesamtschuldner dem anderen Gesamtschuldner ausgleichspflichtig wäre, wenn dieser vom Gläubiger in Anspruch genommen wird (Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 423 Anm. 1). Für einen Willen, daß die damaligen Vertragsparteien auch Schadensersatzansprüche des Klägers gegen die Beklagte ausschließen wollten, ist im einzelnen nichts vorgetragen und Anhaltspunkte dafür sind auch vom Berufungsgericht nicht festgestellt. Sollte es darauf ankommen, so wird das Berufungsgericht den Vergleichsabschluß hinsichtlich des Willens der Beteiligten auch insoweit würdigen müssen.

IV. Auch die Ausführung des Berufungsgerichts, daß ein Teil des Verzögerungsschadens nicht eingetreten wäre, wenn der Kläger aus dem gegen die Firma G. erstrittenen obsiegenden Urteil des Landgerichts vom 27. November 1964 vollstreckt hätte, halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision zutreffend rügt, das Vorbringen des Klägers übergangen, daß er auf Grund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse nicht in der Lage gewesen sei, die angeordnete Sicherheitsleistung von 15 000 DM zu erbringen. Außerdem läßt das Berufungsurteil es an jeder Angabe fehlen, in welchem Umfange der Ersatzanspruch nach § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein soll. Dazu würde insbesondere eine Feststellung gehören, um welchen Zeitraum früher der Kläger durch Vollstreckung in den Besitz der Gebäude gelangt wäre.

V. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben. Die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Es erschien angemessen, von der Vorschrift des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen. Dem Berufungsgericht wird auch, da die Entscheidung über die Kosten der Revision von dem Ausgang des Rechtsstreits abhängt, diese Entscheidung übertragen.

Dr. Haidinger

Mormann

Dr. Golhaar

Braxmaier

Dr. Mezger