

2136 078

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 189/63

URTEIL

Verkündet am

5. Juli 1965
Mückenhausen,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Irmgard Sch[REDACTED] geb. M[REDACTED] in
F[REDACTED] am Ma[REDACTED], St[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma G[REDACTED], Gesellschaft für Hotel und Gast-
stättenbetriebe mit beschränkter Haftung in F[REDACTED]
am Ma[REDACTED], Ha[REDACTED], gesetzlich vertreten durch die
Geschäftsführer Direktor Karl Mu[REDACTED] und Dr. Ing. Erich
Le[REDACTED], beide in F[REDACTED] am Ma[REDACTED], Gu[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Dr. Mezger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 12. März 1963 hinsichtlich der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, als die Klägerin zur Zahlung von mehr als 4 595,50 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Insoweit wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die weitergehende Revision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision hat die Klägerin 9/10 zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks St-
straße in F am Ma, auf dem sie 1956 ein Wohn-
und Geschäftshaus errichtete. Am 2. November 1956 schloß
sie mit dem damaligen Inhaber (H) des "Cafe-T"
über die Wohnungen links und rechts im II. Geschöß dieses
Hauses je einen Miet- und einen Aufbaupvertrag. Die Mietvor-

- 3 -

träge sollten wesentlicher Bestandteil der Aufbauverträge und umgekehrt sein. Die Mietverhältnisse begannen am 15. November 1956 und sollten bis 14. November 1966 laufen. Die Mieträume sollten teils zur Unterbringung des im Café beschäftigten Personals, teils als Büroräume verwendet werden. Die Miete für jede Wohnung betrug 170 DM monatlich zuzüglich Nebenkosten. Nach den Aufbauverträgen waren für die eine Wohnung ein verlorener Baukostenzuschuß und ein unverzinsliches Baudarlehen in Höhe von je 3 000 DM und für die andere Wohnung solche Leistungen in Höhe von je 3 250 DM vom Mieter zu erbringen (jeweils § 3). Die beiden Baudarlehen mußten in monatlichen Teilbeträgen von 25 und 27 DM zurückerstattet werden. Die Aufbauverträge enthalten folgenden § 7:

"Der Mieter ist berechtigt, innerhalb der Laufzeit des Vertrages vorzeitig zum Ende eines Monats das Mietobjekt aufzugeben, dergestalt, daß er dem Vermieter einen Nachmieter benennt, der sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag unter Ausscheiden aus dem Vertrag übernimmt. Der Nachmieter muß dem Vermieter genehm sein und kann von diesem aus einem in der Person oder der Branche liegenden wichtigen Grund abgelehnt werden. Bringt der Mieter einen genehmten Nachmieter, so ist es ausschließlich Sache des Mieters, sich wegen Erstattung des nicht verbrauchten Baukostenzuschusses mit diesem Nachmieter auseinanderzusetzen.

Der Vermieter ist berechtigt, stattdessen unter Anwendung der vorstehenden Rechte des Mieters den Folgemieter selbst zu bestimmen und seinerseits mit diesem für die Folgezeit eine vertragliche Regelung zu treffen. Der Vermieter ist in diesem Fall verpflichtet, dem Mieter dessen zur Zeit des Eintritts des Folgemieters noch nicht durch Mietschluß verrechneten Baukostenzuschuß (S. 1 § 3 b) - bei Räumung des Mieters in bar zu zahlen. Weitergehende Rechte des Mieters sind in diesem Falle ausgeschlossen."

Am 2. Januar 1958 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie habe mit Wirkung vom 1. Januar 1958 den Betrieb des ursprünglichen Mieters übernommen, halte sich an die mit der Klägerin geschlossenen Miet- und Aufbauverträge gebunden und bitte um ihre Einverständniserklärung. Die Parteien verhan-



delten längere Zeit über die Fortsetzung des Mietverhältnisses. Am 5. November 1958 teilte die Klägerin der Beklagten abschließend mit, sie sei mit deren Eintritt in die Verträge nicht einverstanden und wolle den bisherigen Zustand nur noch bis Jahresende 1958 dulden. Gleichzeitig verlangte sie Räumung zum 31. Dezember 1958. Mit Schreiben vom 12. Dezember 1958 bat die Beklagte, ihr die beiden Wohnungen noch bis spätestens Ende April 1959 zu überlassen. Zum 15. Mai 1959 räumte sie diese.

Schon damals bestand darüber Streit, ob die Wohnungen durch die Angestellten der Beklagten und ihres Rechtsvorgängers so verwahrlost^{worden} waren, daß sie von der Beklagten auf ihre Kosten wiederhergestellt werden mußten. Am 9. Mai 1958 fand eine gemeinsame Besichtigung statt. Die Klägerin veranlaßte schließlich den Architekten V. [REDACTED] zu einem Sachverständigenbericht (Prüfungsbericht vom 29. Juni 1959 und Kostenberechnung vom 15. Juli 1959). Darin wurde ein Betrag von 8 399,14 DM als zur Wiederherstellung der Wohnungen erforderlich bezeichnet. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin drohte der Beklagten am 29. September 1959 Klage auf Zahlung der voraussichtlichen Kosten an und forderte von ihr Zahlung eines größeren Teilbetrages, um die Klägerin in die Lage zu versetzen, die Handwerker zu beauftragen. Zahlungen lehnte die Beklagte ab, erklärte sich jedoch bereit (Schreiben vom 19. Oktober 1959), der Klägerin bei der Suche von Mietern behilflich zu sein. Diese ließ Instandsetzungsarbeiten vornehmen und vermietete die Wohnungen durch notarielle Verträge vom 22. Februar 1960 (Wohnung rechts) und vom 9. März 1960 (Wohnung links) weiter. Nach dem einen Vertrag hatte der neue Mieter ab 1. März 1960 monatlich 190 DM Miete zuzüglich Nebenkosten zu zahlen; in dem anderen Vertrag wurde eine monatliche Miete von 210 DM ab 15. März 1960 (zuzüglich Nebenkosten) vereinbart. Das eine Mietverhältnis wurde auf die Dauer von 5 Jahren, das andere für 10 Jahre abgeschlossen. Die Klägerin erhielt von dem ersten Mieter einen Baukostenzu-

schuß im Betrage von sechstausend DM. Davon gelten 3 000 DM als verlorener Zuschuß, die restlichen 3 000 DM als Mietvorauszahlung, deren Verrechnung innerhalb der Vertragsdauer von 5 Jahren in gleichen Teilbeträgen auf die Miete erfolgt, so daß sich die laufende Miete in dieser Zeit auf monatlich 140 DM ermäßigt. Der andere Mieter mußte einen Baukostenzuschuß in Höhe von 4 300 DM zahlen, der in voller Höhe als verloren gelten sollte.

Im Verlaufe des gegenwärtigen Rechtsstreits einigten sich die Parteien dahin, daß die Beklagte für alle Ansprüche der Klägerin, die sich aus den Mietverhältnissen über die beiden Wohnungen ergeben, einzustehen hat, und zwar sowohl für die Ansprüche gegen den ursprünglichen Mieter H. aus den Verträgen als auch gegen sie selbst aus dem Nutzungsverhältnis. Die Beklagte hat unstreitig von Holler alle Rechte und Pflichten aus den Mietverträgen übernommen. Den Streitstoff haben die Parteien darauf beschränkt, ob und in welcher Höhe die Klägerin Ansprüche auf Mietrückstände und Nutzungsentgelt hat und Instandsetzungskosten ersetzt verlangen kann und welche Ansprüche der Beklagten auf Rückzahlung der Baukostenzuschüsse zustehen.

Im ersten Rechtszuge forderte die Klägerin einen Betrag von 3 167,04 DM, der sich nach ihrer Auffassung bei einer Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche ergeben soll. Die Beklagte beanspruchte als Überschuß zu ihren Gunsten widerklagend 7 283,55 DM. Das Landgericht wies die Klage ab und verurteilte die Klägerin auf die Widerklage unter Abweisung im übrigen zur Zahlung von 5 363,73 DM. Im Berufungsrechtszuge beantragte die Klägerin nur noch Abweisung der Widerklage und Verurteilung der Beklagten auf die Klage zur Zahlung von 2 615,05 DM. Einen Feststellungsantrag wegen des Ersatzes weiterer Schäden, der vom Landgericht mangels Rechtsschutzinteresses abgewiesen wurde, stellte sie im Berufungs-

rechtszuge nicht mehr. Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Anträge aus der Berufungsinstanz weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

Zum Sach- und Streitstand.

I. Die Klägerin rechnet als Guthabenposten zu ihren Gunsten:

- | | | |
|---|---|--------------------|
| 1. Miotrückstände zuzüglich Nebenkosten für die Zeit vom 1. Januar bis 15. Mai 1959 | = | 1 715,27 DM |
| 2. Mietausfall für die Zeit vom 15. Mai 1959 bis 31. März 1960 = 10 1/2 Monate x 288 (340-52) | = | 3 024,00 DM |
| 3. Instandsetzungskosten | | |
| a) für Reinigung lt. Rechnung der Firma B [REDACTED] vom 26. August 1959 | = | 280,35 DM |
| b) für Weißbinderarbeiten lt. Rechnung der Firma Sa [REDACTED] vom 6. Februar 1960 | = | 831,00 DM |
| c) für Tapezierarbeiten | = | 480,00 DM |
| d) für Tapeten (zu vgl. Rechnungen der Firma S [REDACTED]) | = | 183,48 DM |
| | | <u>1 774,83 DM</u> |
| 4. Gutachtertorkosten des Privatsachverständigen V [REDACTED] | = | <u>244,95 DM</u> |
| insgesamt | | 6 759,05 DM |

Sie vertritt die Rechtsauffassung, auf die verlorenen Baukostenzuschüsse sei nichts zurückzuzahlen. Die erhaltenen Bau-darlehen von insgesamt 6 250 DM rechnet sie als mit 52 DM (27 + 25) monatlich in der Zeit vom 15. November 1956 bis 31. März 1960 = 40 1/2 Monate, d.h. in Höhe von 2 106 DM, als getilgt und kommt auf diese Weise zu einem restlichen Er-

stattungsbetrag von noch DM 4 144,--. Unter Berücksichtigung der Guthabenposten von 6 759,05 DM errechnet sie die Restklageforderung von $(6\,759,05 - 4\,144,00) = 2\,615,05$ DM.

II. Das Landgericht und in Übereinstimmung mit ihm das Berufungsgericht kommen zu folgendem Ergebnis:

Guthabenposten der Klägerin:

1. Mietrückstände für die Zeit bis 15. Mai 1959 (einschließlich Nebenkosten) unstreitig	= 1 715,27 D
2. Mietausfall zuerkannt als Schadensersatz nur für drei Monate (16. Mai bis 15. August 1959) = 3 x 288,-- DM	= 864,00 D
3. Instandsetzungskosten als Schadensersatz nur nachgewiesen in Höhe von	1 000,00 D
4. Gutachterkosten V [REDACTED] nur angemessen in Höhe von	125,00 D
	3 704,27 D

Diesen von der Beklagten nicht mehr bestrittenen Gesamtguthaben der Klägerin stellt das Berufungsgericht Gegenansprüche der Beklagten in Höhe von 9 068,-- DM gegenüber und hält danach die Widerklageforderung in Höhe von 5 363,73 DM für berechtigt.

Von den Baudarlehen von 6 250 DM sieht das Berufungsgericht in der Zeit vom 15. November 1956 bis zum 15. August 1958 (Zeitpunkt, bis zu dem Mietausfall zuerkannt wird) = 33 Monate mit je 52 DM = 1 716,-- DM als getilgt an, so daß noch restlich 4 534,00 DM zurückzuzahlen seien. Es vertritt die Auffassung, die Klägerin habe in gleicher Weise die als verloren bezeichneten Baukostenzuschüsse von ebenfalls 6 250 DM, soweit sie nicht entsprechend der abgelaufenen Mietzeit (gerechnet bis 15. August 1959) als abgewohnt anzusehen seien, zurückzuerstatten. Daraus ergibt sich ebenfalls ein Betrag von 4 534 DM und damit eine Gegenforderung von $2 \times 4\,534$ DM = 9 068 DM.

III. Die Revision greift das Berufungsurteil in vollem Umfange an, soweit in ihm zum Nachteil der Klägerin entschieden ist.

B. Guthabenposten der Klägerin.

I. Zum Mietausfall.

1. Das Berufungsgericht billigt der Klägerin einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung zu. Diese Verletzung sieht es darin, daß das Personal des Rechtsvorgängers der Beklagten und dieser, für das die Mieter einzustehen hätten, die Mieträume über das normale Maß hinaus abgenutzt und beschädigt hätten. Das sei der vornehmliche Grund gewesen, weshalb die Klägerin den Abschluß eines neuen Vertrages mit der Beklagten abgelehnt und Räumung verlangt habe. Als Schadensersatz könne die Klägerin auch Ersatz des Mietausfalles für die Zeit verlangen, in der die Wohnungen wegen des schlechten Zustandes nicht hätten weitervermietet werden können. Das Berufungsgericht stellt jedoch fest, eine Neuvermietung müsse auch unter Zubilligung einer angemessenen Frist zur Vornahme von Instandsetzungsarbeiten in drei Monaten möglich gewesen sein, so daß die Klägerin den diese Zeit übersteigenden Mietausfall unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens (§ 254 BGB) selbst zu vertreten und die Beklagte nur für drei Monate Mietausfall = $3 \times (340 - 52) 288 \text{ DM} = 864 \text{ DM}$ einzustehen habe.

Dazu führt das Berufungsgericht aus, trotz verschiedener Auflagen habe die Klägerin nicht genügend erläutert, daß eine frühere Vermietung nicht möglich gewesen sei. Dabei vermißt das Berufungsgericht insbesondere eine Darlegung, zu welchen Bedingungen sie die Wohnungen angeboten habe. Dieser Umstand und die Tatsache, daß sie die Wohnungen nach 10 Monaten zu günstigeren Bedingungen weitervermietet habe, ließen vermuten, daß sie von Anfang an auf einer sehr viel vorteilhafteren

Vermietung bestanden und deshalb auch ein zeitweises Leerstehen der Wohnungen in Kauf genommen habe. Es sei jedenfalls offenkundig und entspreche auch einem allgemeinen Erfahrungssatz, daß Räumlichkeiten in dieser Lage und bei den 1959 angespannten Wohnraumverhältnissen sehr bald zu dem jeweiligen Marktpreis hätten weitervermietet werden können.

Den Einwand der Klägerin, der schlechte Zustand der Räume habe eine schnellere Weitervermietung verhindert, läßt das Berufungsgericht nicht durchschlagen. Es verweist darauf, daß nach den überreichten Belegen die Instandsetzungsarbeiten zum Teil erst im Februar 1960 vorgenommen worden seien. Der Klägerin sei aber im Hinblick auf ihre Schadensminderungspflicht (§ 254 BGB) eine schnellere Instandsetzung zuzumuten gewesen. Dazu entnimmt das Berufungsgericht den Rechnungen Sudau, daß die Weißbinderarbeiten zum größten Teil innerhalb 10 Tagen im August 1959 erledigt werden konnten und daß beide Wohnungen (nach der Rechnung der Reinigungsfirma vom 26. August 1959) im Anschluß daran eingehend gereinigt worden seien. Beides hätte aber ebensogut im Laufe des Juni 1959 erledigt werden können. Danach wäre auch eine Vermietung ohne Tapezierung möglich gewesen. Denn mancher Mieter erledige die Tapezierung, wenn ihm diese Aufwendungen angerechnet werden, selbst, weil hierbei Geschmacksfragen eine große Rolle spielten.

Die Klägerin könne sich zur Entschuldigung der verzögerten Instandsetzung auch nicht auf den Mangel an Mitteln berufen, einen Einwand, den sie im ersten Rechtszuge noch nicht geltend gemacht habe. Mit ihrem Schreiben vom 25. September 1959 habe sie keinen vertretbaren Vorschuß zu den Instandsetzungskosten, sondern eine weit übersetzte Schadenssumme von 8 400 DM, davon einen "größeren Teilbetrag" sofort gefordert. Die Klägerin hätte jedoch nach Auffassung des Berufungsgerichts zur Instandsetzung notfalls auch den nicht

abgewohnten Teil des Baudarlebens verwenden können, zumal von einem neuen Mieter Ersatz dieser Aufwendungen oder doch neue Mietzuschüsse zu erwarten gewesen seien (BU 14).

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, die sich weitgehend auf dem dem Tatrichter vorbehaltenen Gebiet der Würdigung des Sachverhalts bewegen, enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin und halten auch gegenüber den Verfahrensrügen der Revision einer rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Das Berufungsgericht hat nicht übersehen, daß die Beklagte die Wohnungen in einem Zustand zurückgelassen hat, der größere Instandsetzungen bedingte und die Vermietbarkeit der Wohnungen in gewissem Umfange beeinträchtigte. Davon ist es vielmehr ausgegangen. Es ist nur in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts zu der Überzeugung gelangt, daß diese Umstände, wenn sich die Klägerin genügend um Weitervermietung bemüht und nicht ein längeres Leerstehen der Wohnungen in Kauf genommen hätte, um günstigere Bedingungen zu erzielen, einer Vermietung innerhalb von drei Monaten nicht entgegengestanden hätten. Dabei mag dahingestellt bleiben, ob ein "allgemeiner Erfahrungssatz" besteht, daß solche Räumlichkeiten 1959 sehr bald zu dem jeweiligen Marktpreis weiter vermietet werden konnten; denn das Berufungsgericht, dem die Wohnungsmarktlage in F[REIBURG] aus eigener Anschauung bekannt gewesen sein mußte, hat das auch als "offenkundig" bezeichnet.

b) Das Berufungsgericht hat auch sonst weder gegen § 286 ZPO verstoßen noch die Beweislast verkannt. Es hatte nach § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden, wie hoch sich der Schaden belief, der der Klägerin durch die schwerere Vermietbarkeit der Wohnungen infolge ihrer Verwahrlosung entstanden ist. Die in diesem

Zusammenhang von der Revision erhobenen Rügen richten sich im Ergebnis nur gegen die Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht, die sie durch ihre eigene Beurteilung ersetzt wissen möchte. Das ist nicht zulässig.

aa) Das Berufungsgericht hat den Vortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 16. Dezember 1960 und in der Berufungsbeurteilung vom 18. Dezember 1962 S. 2, 3 im wesentlichen als richtig unterstellt. Dabei hat es entgegen der Auffassung der Revision nicht in erster Linie auf einen allgemeinen Erfahrungssatz (s. oben 1), sondern darauf abgestellt, daß die Klägerin nicht dargelegt habe, zu welchen Bedingungen sie die Wohnungen angeboten habe. Das ist nicht rechtsirrig; denn schon das Landgericht hatte diese Tatsache in seinem Urteil S. 7 ausdrücklich hervorgehoben. Bei dieser Sachlage war es dem Berufungsgericht angesichts des Schweigens der Klägerin nicht verwehrt, davon auszugehen, daß die kurzfristige Neuvermietung der Wohnungen nicht an ihrer Verwahrlosung gescheitert war, sondern sich deshalb über drei Monate verzögert hatte, weil die Klägerin günstigere Mietbedingungen zu erreichen versucht hatte, auf die sie im Verhältnis zur Beklagten keinen Anspruch hatte. Im Rahmen seiner nach § 287 ZPO freien Beweiswürdigung konnte das Berufungsgericht davon absehen, den viel zu allgemein gehaltenen Beweisanträgen in den oben genannten Schriftsätzen nachzugehen.

bb) Soweit das Berufungsgericht der Klägerin im Verhältnis zur Beklagten eine Berufung auf mangelnde Geldmittel zur Instandsetzung der Wohnungen versagt, wird seine Entscheidung von seinen Erwägungen getragen, die Klägerin habe weit übersetzte Forderungen geltend gemacht, auch habe der Ausgang des Prozesses gezeigt, daß die Forderungen der Beklagten weit höher als die Ansprüche der Klägerin gewesen seien. Als die Beklagte die Wohnungen räumte, war sie bei der gegebenen Sachlage, insbesondere im Hinblick darauf, daß die

Baudarlehen noch nicht abgewohnt waren, auch nach Treu und Glauben nicht verpflichtet, der Klägerin Instandsetzungskosten-Vorschüsse zu leisten, zumal, worauf das Berufungsgericht verweist, von den neuen Mietern neue Zuschüsse zu erwarten waren. Entgegen der Auffassung der Revision ist es deshalb auch unerheblich, daß die von dem Rechtsvorgänger der Beklagten gezahlten Zuschüsse "verbaut" waren.

II. Instandsetzungskosten.

1. Von den von der Klägerin insoweit noch geltend gemachten Kosten von insgesamt 1 774,83 DM (statt früher über 8 000 DM) billigt ihr das Berufungsgericht nur 1 000 DM^{pauschal} zu. Als nachgewiesen sieht es Kosten in Höhe von 183,48 DM für Tapeten, von 831,00 DM für Weißbinderarbeiten, von 274,75 DM für Reinigungsarbeiten und von 250 DM für Tapezierarbeiten an. Es streicht von den von der Klägerin geltend gemachten Beträgen die 2 % Skonto = 5,60 DM von der Rechnung B [REDACTED] = über 280,35 DM, weil die Klägerin den Betrag von 5,60 DM nicht bezahlt habe, ihn also auch nicht ersetzt verlangen könne. Das greift die Revision nicht an. Den über die Rechnung Ba [REDACTED] (= 250 DM) hinaus von der Klägerin in Rechnung gestellten Betrag für die Tapezierarbeiten sieht das Berufungsgericht nicht als nachgewiesen an. Es führt weiter aus, auch ein höherer Tapezierlohn würde am Endergebnis nichts ändern. In diesem Zusammenhang legt das Berufungsgericht dar, die Klägerin als Vermieterin habe die durch den vertragsmäßigen Gebrauch verursachten Verschlechterungen selbst zu tragen (§ 548 BGB), worunter Abnutzung der Tapeten sowie der Farbanstriche an Decken, Wänden und Holzteilen falle. Die geltend gemachten Aufwendungen beträfen zum großen Teil die Erneuerung der Tapeten und Farbanstriche. Aus der Tatsache, daß die Beklagte und ihr Rechtsvorgänger Schönheitsreparaturen auf ihre Kosten auszuführen gehabt hätten, folge nicht, wie die Klägerin annehme, daß sie die Räume bei ihrem Auszuge in einen

neuwertigen Zustand hätte versetzen müssen. Die Beklagte habe vielmehr nur für schuldhaft Beschädigungen einzustehen, die nicht durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt worden seien. Die durch den vertragswidrigen Gebrauch verursachten Schäden habe aber bereits das Landgericht großzügig auf 1 000 DM geschätzt (BU 16), eine Schätzung, bei der dieses Gericht der Klägerin entgegengekommen sei, es wäre eher an eine Kürzung zu denken (BU 14, 15).

2. Damit hält sich das Berufungsgericht nicht mehr im Rahmen seiner freien Schadensschätzung nach § 287 ZPO. Seine Ausführungen enthalten vielmehr einen grundlegenden Rechtsfehler. Zwar muß ein Mieter, der die Schönheitsreparaturen übernommen hat (zu vgl. § 18 Abs. 4 der Mietverträge: insbesondere Innenanstrich und Tapezierung), im Falle eines vorzeitigen Auszuges die Räume nicht ohne weiteres in einen neuwertigen Zustand versetzen. Sind aber die Räume, wovon das Berufungsgericht hier ausdrücklich ausgeht, über das normale Maß hinaus abgenutzt und beschädigt, so daß deswegen ein neuer Innenanstrich und eine neue Tapezierung erforderlich sind, was hier mindestens naheliegt, so hat der Mieter die dafür erforderlichen Kosten voll zu tragen; denn der Vermieter braucht sich nicht auf "Flickarbeit" verweisen zu lassen. Die Verpflichtung des Mieters folgt einmal aus seiner Vertrags-pflcht zur Tragung der Schönheitsreparaturen und zusätzlich aus Verschulden, weil der vertragswidrige Gebrauch Neutapezierung und neuen Innenanstrich früher als gewöhnlich erforderlich gemacht hat. Eine Trennung nach normalem und außergewöhnlichem Verschleiß kann in einem solchen Falle nicht vorgenommen werden, weil der Mieter nach dem Mietvertrag für beides einzustehen hat. Eine andere Beurteilung ist auch nicht unter Berücksichtigung von § 24 Abs. 1 der Mietverträge geboten, nach der die Beklagte die Mieträume (nur) in einem "sauberen" Zustand zurückzugeben hatte; denn diese

Bestimmung bezieht sich nur auf den sonstigen, nicht auf den baulichen Zustand.

3. Der hier aufgezeigte Rechtsfehler nötigt zu einer teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils. Das Berufungsgericht muß den Sachverhalt unter den hier erörterten rechtlichen Gesichtspunkten noch prüfen. Dazu bedarf es noch weiterer Erörterungen tatsächlicher Art.

Zugunsten der Klägerin sind in diesem Zusammenhang im Revisionsverfahren folgende Posten anzusetzen:

a) für Tapeten	183,48 DM
b) für Weißbinderarbeiten	831,00 DM
c) für Reinigungsarbeiten	274,75 DM

Die 2 % Skonto = 5,60 DM hat das Berufungsgericht mit Recht abgesetzt. Andererseits müssen auch die durch die Weißbinderarbeiten bedingten Reinigungskosten der Beklagten zur Last fallen, wenn die genannten Arbeiten von der Beklagten ganz zu tragen sein sollten, was das Berufungsgericht noch zu prüfen hat.

d) Für Tapezierarbeiten = insgesamt	480,00 DM

Soweit das Berufungsgericht einen Betrag von 230 DM als nicht nachgewiesen angesehen hat (BU 15), hat es Gelegenheit, seine Auffassung zu überprüfen. Die Zurückverweisung des Vorbringens der Klägerin hierzu als "grob nachlässig verspätet" ist nicht rechtsirrtumsfrei begründet. Dazu hätte es einer Darlegung bedurft, daß durch die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden wäre. Letzteres ist schwerlich anzunehmen, zumal das Berufungsgericht von § 272b ZPO hätte Gebrauch machen können und das Berufungsurteil erst fast ein Jahr nach dem Eingang der das erforderliche Vorbringen enthaltenen Berufungsbegründung vom 19. April 1962 am 5. März 1963 verkündet worden ist.

In der Endabrechnung waren hiernach = 1 769,23 DM
statt nur 1 000 DM und damit = 769,23 DM mehr zugunsten der Klä-

gerin zu berücksichtigen.

III. Gutachterkosten V

Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei diesen Kosten um "vorprozessuale" Kosten im eigentlichen Sinne, die möglicherweise im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden müßten, oder um Kosten handelt, die durch das schädigende Ereignis, die Verwahrlosung der Wohnung, "adäquat" verursacht worden sind und die die Klägerin als besonderen Schadensposten einklagen kann. Letzteres kann zugunsten der Klägerin, soweit ihr das Berufungsgericht 125 DM zugesprochen hat, unterstellt werden, weil die Beklagte das Urteil nicht angefochten hat. Es ist jedoch aus Rechtsgründen nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht ausführt, die darüber hinausgehenden Kosten (bis zu 244,95 DM) seien nicht durch das Verhalten der Beklagten adäquat verursacht, weil so umfangreiche Feststellungen und Berechnungen zur Klärung der gegen die Beklagten bestehenden Ersatzansprüche nicht erforderlich gewesen seien. Mit diesen Erwägungen zu dem 9 Seiten und zusätzlich 14 Seiten Berechnungen umfassenden Gutachten V und der Schätzung der adäquat ursächlichen Gutachterkosten auf 125 DM hat sich das Berufungsgericht im Rahmen seiner freien Schätzung nach § 287 ZPO gehalten.

IV. Als Guthabenposten der Klägerin sind hiernach insgesamt im Revisionsverfahren anzuerkennen:

1. die nicht bestrittenen Mietrückstände mit Nebenkosten	1 715,27 DM
2. Mietausfall für drei Monate (s. I)	864,00 DM
3. Instandsetzungskosten (s. II)	1 769,23 DM
4. Gutachten V	125,00 DM
	4 473,50 DM.

C. Gegenforderungen der Beklagten.

I. 1. Von dem Baudarlehen in Höhe von insgesamt 6 250 DM sieht das Berufungsgericht in 33 Monaten, gerechnet vom Beginn des Mietvertrages (15. November 1956) bis zum 15. August 1959, dem Tag, bis zu dem die Beklagte nach seiner Auffassung für den Mietausfall haften muß, monatlich = 52 DM, d.h. insgesamt 1 716 DM als getilgt an, so daß noch 4 534 DM zu erstatten bleiben.

2. Die Revision möchte nur einen Betrag von noch 4 144 DM als erstattungsfähig angesetzt wissen. Dabei geht sie jedoch davon aus, daß die Beklagte der Klägerin für den Mietausfall bis März 1960 ersatzpflichtig ist. Letzteres hat das Berufungsgericht jedoch, wie unter B I ausgeführt worden ist, rechtsirrtumsfrei verneint. Es muß deshalb bei dem vom Berufungsgericht angesetzten Erstattungsbetrag von noch 4 534 DM verbleiben.

II. Verlorene Baukostenzuschüsse.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin müsse diese Zuschüsse, soweit sie "nicht abgewohnt" seien, der Beklagten nach Bereicherungsgrundsätzen erstatten. Auch in diesem Zusammenhang rechnet es die abgelaufene Mietzeit rechtsirrtumsfrei mit nur 33 Monaten. Es stellt fest, daß die Klägerin aus der Neuvermietung beider Wohnungen, zu im ganzen günstigeren Bedingungen (Mietzeiten 5 und 10 Jahre, Mieten von monatlich 210 und 190 DM statt bisher je nur 170 DM und neue verlorene Zuschüsse von insgesamt 7 300 DM außer einem neuen zusätzlichen Mieterdarlehen von 3 000 DM) solche Vorteile erzielt habe, daß sie den nicht abgewohnten Zuschuß in Höhe von 4 534 DM nach der Bereicherungslage sogleich ganz zurückbezahlen müsse. Den Aufbauverträgen entnimmt es keinen Ver-

zicht des Rechtsvorgängers der Beklagten auf die Rückzahlung der verlorenen Zuschüsse, wie es im einzelnen darlegt.

2. Es bedarf keines Eingehens auf die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des § 7 des Aufbauvertrages und auf die von der Revision hiergegen erhobenen Bedenken. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich jedenfalls im Ergebnis aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt als zutreffend. Im Aufbauvertrag ist die Rückzahlung der verlorenen Baukostenzuschüsse für den Fall einer vorzeitigen Beendigung der Mietverhältnisse nicht geregelt. Weder hieraus noch aus dem Ausschluß "weitergehender Rechte" ist indessen herzuleiten, daß auch im Falle einer Bereicherung der Klägerin durch Zuwendungen der Nachfolgemieten ein Rückzahlungsanspruch der Beklagten vertraglich ausgeschlossen sein sollte oder daß diese auf die Rückzahlung verzichtet habe. Das folgt auch nicht schon daraus, daß die Leistungen der Beklagten als verlorene Zuschüsse bezeichnet sind. Wie nicht zweifelhaft sein kann, haben die Parteien bei Vertragsschluß gar nicht an eine Rückzahlung der "verlorenen Baukostenzuschüsse" gedacht und daher auch keine vertragliche Bestimmung dafür getroffen. Dann liegt aber der typische Fall einer Vertragslücke vor, die nach § 157 BGB zu schließen ist. Dabei ist von der nunmehr geläuterten Rechtsprechung auszugehen, wonach grundsätzlich auch als verloren bezeichnete Baukostenzuschüsse nach Bereicherungsgrundsätzen zurückzuzahlen sind (vgl. die Urteile des erkennenden Senats vom 3. Februar 1959 - VIII ZR 91/58 - NJW 1959, 872 = WM 1959, 538 sowie BGHZ 29, 289 = NJW 1959, 1424 = WM 1959, 544). Diese Rechtsprechung muß deshalb berücksichtigt werden, weil bei der Ausfüllung von Vertragslücken nicht allein von den subjektiven Vorstellungen der Parteien, sondern von objektiven Gesichtspunkten auszugehen und zu fragen ist, wie die Parteien bei vernünftiger Betrachtungsweise und Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Streitfrage geregelt hätten, wenn sie sich ihrer beim

Vertragsabschluß schon bewußt gewesen wären. Bei Zugrundelegung dieser Gesichtspunkte kann aber nicht angenommen werden, daß die Parteien einen Ausschluß der von der Rechtsprechung zugelassenen Rückzahlung der Baukostenzuschüsse vereinbart hätten. Der Sachvortrag der Parteien in den Tatsacheninstanzen gibt jedenfalls keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß der Vertragswille der Parteien bei Abschluß der Aufbaupverträge in eine andere Richtung gegangen wäre. Damit erweist sich im Ergebnis die Entscheidung des Berufungsgerichts auch über die Rückzahlung der sogenannten verlorenen Baukostenzuschüsse als rechtlich nicht angreifbar.

3. Unerheblich ist, daß die Klägerin die Aufhebung der Mietverträge nicht verschuldet hat und auch, daß die Beklagte sie (positiv) verschuldet haben mag. Letzteres steht der Geltendmachung von Bereicherungsansprüchen gegen die Klägerin durch die Beklagte nicht entgegen. Daß die Klägerin ihrerseits Gegenansprüche wegen schuldhafter Vertragsverletzung durch die Beklagte hat - mehr sagt auch Wörbeler in NJW 1959, 1424, 1425, auf den sich die Revision bezieht, nicht -, bedeutet nur, daß die Ansprüche gegeneinander abgerechnet werden müssen. Das hat das Berufungsgericht getan.

D. Zusammenfassung

I. Forderungen der Beklagten aus Baudarlehen (vgl. C I 1) und aus Bereicherung wegen der Zahlung verlorener Zuschüsse (C II 1) in Höhe von je 4 534,00 DM
insgesamt = 9 068,00 DM
stehen nach dem bisherigen Stand Ansprüche der Klägerin in Höhe von (B IV) 4 473,50 DM
gegenüber, so daß sich ein Überschuß in Höhe von 4 595,50 DM zugunsten der Beklagten ergibt.

Das Berufungsgericht und das Landgericht haben daher die Klage mit Recht abgewiesen und der Beklagten rechtsirrtumsfrei auf die Widerklage einen Betrag von 4 595,50 DM nebst Zinsen zugesprochen.

Insoweit konnte die Revision keinen Erfolg haben.

II. Wegen des der Beklagten zugesprochenen Mehrbetrages von 5 363,74 DM - 4 595,50 DM = 768,23 DM (vgl. B II 3) war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

E.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92, 97 ZPO. Soweit über die Kosten des Revisionsverfahrens nicht abschließend entschieden worden ist, war die Entscheidung dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger