

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 248/72

URTEIL

Verkündet am
27. Februar 1974
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma E [REDACTED] - I n d u s t r i e p a r k Gesell-
schaft mit beschränkter Haftung & Co. Offene Handelsge-
sellschaft, vertreten durch ihren persönlich haftenden
Gesellschafter Anton D [REDACTED], Wirtschaftsplaner, M [REDACTED],
I [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Emilie S [REDACTED], Sägewerksbesitzerin in S [REDACTED],
P [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes
hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1974
durch die Richter Mormann, Claßen, Dr. Reichardt,
Braxmaier und Hoffmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts München vom
19. September 1972 wird auf Kosten der Klä-
gerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte beabsichtigte, auf ihrem am West-
ufer der Würm in der Nähe von deren Ausfluß aus dem
S [REDACTED] See gelegenen Grundstück ein Hafenbecken
mit 3 "Bootels" zu errichten, Gebäuden aus Holz, auf
Pfählen rechtwinklig zum Fluß stehend, die Liege-
stellen für Boote und Aufenthaltsräume für die Mie-
ter der Liegestellen enthalten sollten. Nachdem die
Pläne für dieses Bauvorhaben bereits genehmigt wor-
den waren, schlossen die Parteien am 30. März 1965
einen schriftlichen Mietvertrag über eine näher be-
zeichnete Teilfläche des Grundstücks am Nordende des
vorgesehenen Hafenbeckens, auf der die Beklagte an-
stelle des nördlichsten der drei Bootels ein als
"E [REDACTED]-Marina-Studio" bezeichnetes gleichartiges Ge-

bäude nach Plänen des Architekten v. I. [REDACTED] zur mietweisen Überlassung an die Klägerin errichten sollte. In dem geplanten Gebäude waren außer anderen 2 getrennte Dauerliegeplätze für je 12 m lange Motorboote vorgesehen. Die Klägerin hatte die Mehrkosten der von der bisherigen Planung abweichenden Bauausführung, insbesondere die Kosten der abweichenden Innenausstattung zu tragen. Der Vertrag sollte am Tage der Unterzeichnung beginnen und am letzten Tag des Monats, der 10 Jahre nach Bezugsfertigkeit liegt, enden. Die Miete betrug monatlich 3 000 DM. Die Klägerin leistete vereinbarungsgemäß bei Vertragsschluß eine Mietvorauszahlung von 6 000 DM. Sie sollte nach Maßgabe des Baufortschrittes weitere Mietvorauszahlungen von insgesamt 174 000 DM leisten. Unter dem 7. April 1965 erteilte das Landratsamt S. [REDACTED] die Baugenehmigung für das E. [REDACTED]-Marina-Studio.

Die bereits begonnenen Arbeiten am südlichsten Bootel stellte die Beklagte wieder ein, als das Straßenbauamt M. [REDACTED] sie durch Schreiben vom 3. Mai 1965 darauf hinwies, daß die nördlich der 3 Bauvorhaben stehende Würm-Brücke wegen des Ausbaues der Olympiastraße abgebrochen und durch einen etwa doppelt so breiten Neubau ersetzt werden müsse. In dem Schreiben hieß es weiter, angesichts der ungünstigen Untergrundverhältnisse sei infolge der künftigen Lasten aus dem Straßenkörper und der neuen größeren Brücke mit Setzungen zu rechnen, die sich im Untergrund in Form einer Setzungsmulde seitlich fortsetzen könnten. Die beiden nördlichen Bootel-Gebäude würden voraussichtlich in den Bereich dieser Setzungsmulde geraten.



Um Schäden auszuschließen, sei es notwendig, den Bau dieser beiden Bootels so lange zurückzustellen, bis die Setzungen weitgehend abgeklungen seien. Für das südlichste Gebäude müsse vor Beginn der Straßen- und Brückenbauarbeiten eine Beweissicherung durchgeführt werden.

Nachdem ihr die Beklagte eine Abschrift des Schreibens des Straßenbauamtes hatte übersenden lassen, teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 11. Mai 1965 mit, sie müsse auf Vertragserfüllung bestehen, sei jedoch zur Teilnahme an der vorgesehenen Besprechung mit dem Straßenbauamt bereit. In der Folgezeit fanden am 18. und 21. Mai 1965 Besprechungen mit dem Straßenbauamt statt, an denen Vertreter beider Parteien teilnahmen. Hierbei zeigte die Klägerin erstmals Interesse an der Errichtung einer Bootshalle auf der anderen (östlichen) Würmseite. Mit Schreiben vom 21. Juli 1965 forderte die Beklagte die Klägerin zur Erklärung darüber auf, ob sie auf das neue Projekt ernstlich reflektiere oder ob es bei dem abgeschlossenen Vertrag verbleiben solle. Am 6. August 1965 antwortete die Klägerin, es sei nötig, sich noch einige Zeit zu gedulden, bis die Sachlage klarer zu übersehen sei.

Nach einer weiteren Besprechung der Beklagten mit dem Straßenbauamt M[REDACTED] teilte dieses der Beklagten mit Schreiben vom 15. März 1966 mit, daß der Errichtung des Bootels am beabsichtigten Ort (westlich der Würm) keine Einwände entgegengesetzt würden, wenn entsprechend dem Lageplan gebaut werde. Das

Schreiben der Klägerin vom 6. August 1965 beantwortete die Beklagte erst mit Schreiben vom 28. Juli 1966, indem sie sich zu der von der Klägerin in jenem Schreiben geforderten Haftungsübernahme für etwaige Setzungsschäden bereit erklärte und mitteilte, dem sofortigen Baubeginn nach den Plänen der Klägerin stehe nun nichts mehr im Wege.

Die Klägerin erwiderte hierauf mit Schreiben vom 25. Oktober 1966, entgegen der Auffassung der Beklagten seien die aufgetretenen Schwierigkeiten bisher nicht ausgeräumt. Daher sei es kaufmännisch unvertretbar, das Haftungsangebot der Beklagten anzunehmen. Da ihr ein weiteres Festhalten am Vertrag nicht zuzumuten sei, erkläre sie den Rücktritt vom Mietvertrag.

Die Klägerin erhob Klage auf Rückzahlung der als Mietvorauszahlung geleisteten 6 000 DM nebst Zinsen. Das Landgericht wies die Klage ab. Mit ihrer Berufung verfolgte die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter und begehrte außerdem die Feststellung, daß der zwischen den Parteien am 30. März 1965 abgeschlossene Mietvertrag infolge Rücktritts oder Kündigung der Klägerin aufgelöst sei. Mit Schriftsatz vom 15. November 1967 wiederholte sie vorsorglich die Kündigung des Mietvertrages.

Nachdem das Straßenbauamt inzwischen die Würm-Brücke mit einer von der ursprünglichen Planung abweichenden, die Gefahr von Erdbewegungen erheblich verringernden Konstruktion hergestellt hatte, setzte

die Beklagte ihre Bauarbeiten fort. Durch Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 5. Juli 1967 ließ sie die Klägerin unter Androhung von Schadensersatzansprüchen auffordern, eine weitere Mietvorauszahlung von 24 000 DM zu leisten, die entsprechend dem Mietvertrag nach Aushub der Wasserflächen und Pfahlfundierungen fällig sein sollte. Die Klägerin ließ dieses Schreiben unbeantwortet. Die Beklagte baute sodann unter Aufgabe des dritten Riegels außer dem südlichen Bootel auf der Nordseite des angelegten Hafenbeckens anstelle des E-Marina-Studios ein dem südlichen Bauwerk entsprechendes zweites Bootel, das sie im Jahre 1968 an mehrere Interessenten langfristig vermietete.

Nach ihrer Darstellung hat die Beklagte durch das Verhalten der Klägerin einen erheblichen Schaden erlitten. Während des Berufungsrechtszuges hat die Beklagte von der Klägerin dieserhalb Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und mit dem Schadensersatzanspruch, den sie seinerzeit auf 26 100 DM beziffert hat, gegenüber der Klageforderung aufgerechnet. Die Klägerin hat demgegenüber weiter beantragt, festzustellen, daß der Beklagten auch über den Aufrechnungsbetrag hinaus derlei weitergehende Schadensersatzansprüche, auch künftige Schadensersatzansprüche aus der Verletzung des Mietvertrages nicht zuständen.

Das Oberlandesgericht wies durch Urteile vom 28. Oktober 1969 und vom 12. Mai 1970 die Berufung zurück und die beiden Feststellungsklagen ab, und

zwar die Feststellungsklage hinsichtlich der Auflösung des Mietvertrages als unzulässig. Auf die Revision der Klägerin hob der erkennende Senat durch Urteil vom 7. Juli 1971 (VIII ZR 10/70 = WM 71, 1300) diese Urteile auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück. Dieses hat die Berufung der Klägerin wiederum zurückgewiesen und die beiden Feststellungsklagen als unbegründet abgewiesen. Hiergegen richtet sich die erneute Revision der Klägerin, mit der sie ihre bisherigen Anträge weiter verfolgt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Ohne Erfolg rügt die Revision, daß das Berufungsgericht das Ablehnungsgesuch der Klägerin gegen den Richter am Oberlandesgericht M. unter Mitwirkung des abgelehnten Richters als unzulässig zurückgewiesen hat. Denn der Beschluß des Berufungsgerichts vom 2. November 1971, durch den es das Ablehnungsgesuch als unzulässig zurückgewiesen hat, ist der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen. Die Entscheidung eines Oberlandesgerichts über eine Richterablehnung kann nach § 567 Abs. 3 ZPO nicht mit dem sonst gegen die Zurückweisung von Ablehnungsgesuchen gemäß § 46 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde angefochten werden. Infolgedessen kann eine solche Entscheidung gemäß § 548 ZPO auch im Rahmen des Revisionsverfahrens nicht

überprüft werden (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 8. Januar 1964 - VIII ZR 123/62 = NJW 64, 658, 659).

II. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe eine erneute Prüfung der Frage, ob die Klägerin berechtigt war, sich vom Vertrag zu lösen, nicht mit der Begründung ablehnen dürfen, seine früheren Feststellungen in den Berufungsurteilen vom 28. Oktober 1969 und vom 12. Mai 1970 seien bindend geworden, soweit der Bundesgerichtshof sie in der ersten Revisionsentscheidung gebilligt habe. Infolgedessen habe das Berufungsgericht das diesbezügliche unter Beweis gestellte Vorbringen der Klägerin zu Unrecht außer acht gelassen. Auch hiermit hat die Revision im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Nachdem der erkennende Senat im ersten Revisionsverfahren die beiden früheren Berufungsurteile aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hatte, war das Berufungsgericht gemäß § 565 Abs. 2 ZPO allerdings nur an die der Aufhebung unmittelbar zugrunde liegende rechtliche Beurteilung gebunden, nicht dagegen auch an diejenigen Ausführungen des Revisionsurteils, die lediglich Angriffe der Revision zurückwiesen oder die angefochtenen Urteile sonst bestätigten, auf denen die Zurückverweisung aber nicht beruhte (vgl. RGZ 94, 11, 13; BGH LM ZPO § 565 Abs. 2 Nr. 1; BGHZ 3, 321 ff; 6, 76; 22, 370). Das Berufungsgericht hat daher, wie die Revision insoweit mit Recht beanstandet, § 565 Abs. 2 ZPO nicht richtig angewandt, indem es sich durch das Urteil des Senats vom 7. Juli 1971

daran gehindert gesehen hat, erneut zu prüfen, ob die Klägerin berechtigt war, den Mietvertrag zu kündigen oder von ihm zurückzutreten.

2. Darauf, daß das Berufungsgericht zu weit gehende Bindungen an das frühere Revisionsurteil angenommen hat, beruht das angefochtene Urteil indes nicht.

a) Soweit die Parteien ihr früheres Vorbringen in der erneuten Berufungsverhandlung lediglich wiederholt haben, war die unberechtigte Annahme des Berufungsgerichts, es sei an die rechtliche Beurteilung des Revisionsurteils gebunden, unschädlich, weil hier auch ohne eine prozessuale Bindung an die Auffassung des Revisionsgerichts kein Anlaß für das Berufungsgericht zu einer Überprüfung seiner eigenen, im ersten Revisionsurteil nicht beanstandeten Feststellungen bestand.

b) Nur soweit das Berufungsgericht infolge der falsch verstandenen Bindungswirkung des Revisionsurteils neues Tatsachenvorbringen oder neue Beweis- antritte der Klägerin nicht berücksichtigt hat, kann das Berufungsurteil auf dem Verfahrensfehler beruhen, vorausgesetzt, es handelt sich um rechtserhebliches Vorbringen. Das Berufungsgericht hat jedoch das neue Vorbringen der Klägerin, soweit es erheblich sein konnte, vorsorglich hilfsweise auch dort berücksichtigt, wo es davon ausging, daß die Klägerin damit an sich auf Grund des früheren Revisionsurteils aus-

geschlossen sei. Lediglich bei zwei von der Revision gerügten Punkten hat es sich nicht mit dem Vorbringen der Klägerin auseinandergesetzt. Dies war jedoch ohne Einfluß auf die Entscheidung, weil insoweit das Vorbringen der Klägerin rechtlich nicht erheblich war:

aa) Die Klägerin behauptet, daß die Gründe für den vom Straßenbauamt M. mit Schreiben vom 3. Mai 1965 veranlaßten Baustopp im Juli 1966, als sich die Beklagte zur Fortsetzung der Bauarbeiten bereit erklärte, und auch noch im Herbst 1966 unverändert fortbestanden hätten. Dies ergebe sich daraus, so hat sie in der erneuten Berufungsverhandlung weiter vorgetragen, daß die Planungsänderung hinsichtlich der Konstruktion für die neue Würm-Brücke nicht im Juli und auch noch nicht im Herbst 1966 festgestanden habe. Zum Beweis für die letztere Behauptung hat sie sich auf vom Gericht einzuholende Auskünfte des Landratsamtes S. und des Straßenbauamtes M. bezogen.

Es kann dahinstehen, ob die im Schreiben des Straßenbauamtes M. vom 3. Mai 1965 gegen das Bauvorhaben der Beklagten erhobenen Bedenken die von der Klägerin am 25. Oktober 1966 ausgesprochene Kündigung des Mietvertrages gerechtfertigt hätten, wenn sie auch damals noch fortbestanden hätten. Das Berufungsgericht hatte jedenfalls keinen Anlaß, dem Beweisangebot der Klägerin nachzugehen. Das Straßenbauamt M. hatte bereits in seinem Schreiben vom 15. März 1966 eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß seine früheren Bedenken entfallen waren. In diesem

Schreiben teilte es der Beklagten unter Bezugnahme auf eine vorausgegangene gemeinsame Besprechung vom 18. Februar 1966 mit, daß dem Bauvorhaben der Beklagten, soweit es das E-Marina-Studio betraf, seitens des Bauamtes keine Einwände entgegenstünden, wenn die Ausführung in dem im Lageplan dargestellten Rahmen erfolge. Hieraus kann nur entnommen werden, daß das Straßenbauamt seine ursprünglichen Bedenken inzwischen aufgegeben hatte. Auf Grund dieser bereits vorliegenden behördlichen Stellungnahme bestand kein Grund für die von der Klägerin beantragte Einholung weiterer behördlicher Auskünfte.

Aus dem Vorbringen der Klägerin ergibt sich nicht, daß das Schreiben des Straßenbauamtes vom 15. März 1966 etwa unrichtig ist. Daß die Planungsänderung hinsichtlich der Brückenkonstruktion auch im Herbst 1966 noch nicht feststand, wie die Klägerin behauptet, ist weder geeignet zu beweisen, daß das Straßenbauamt noch Bedenken gegen den von der Beklagten beabsichtigten Baubeginn hatte, noch, daß objektiv weiterhin Anlaß zu den ursprünglichen Befürchtungen des Straßenbauamtes bestand. Selbst wenn die Planungsänderung noch nicht feststand, konnten die Bedenken des Straßenbauamtes entfallen sein, sei es, weil es inzwischen entschlossen war, in jedem Falle eigene Vorkehrungen gegen die befürchteten Setzungserscheinungen zu treffen, oder sei es, weil es nach nochmaliger Überprüfung seine ursprünglichen Befürchtungen selbst nicht mehr für begründet hielt.

Damit, daß das Straßenbauamt seine Einwände im Schreiben vom 3. Mai 1965 aufgab, entfiel jedenfalls der bisherige Grund für den Baustopp. Lediglich die Ungewißheit, welche Lösung für die Brückenkonstruktion die Behörde wählen würde, gab der Klägerin kein Kündigungsrecht mehr, nachdem die Behörde ihre Bedenken gegen das Bauvorhaben fallengelassen hatte. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß das Risiko von Setzungsschäden in erster Linie die Beklagte getroffen hätte, die sich gegenüber der Klägerin noch zusätzlich zur Haftungsübernahme bereit erklärt hatte.

bb) Soweit die Klägerin behauptet hat, das Euro-Marina-Studio habe auch deswegen nicht errichtet werden können, weil wegen der beiden darin eingeplanten Bootsstände für 12 m lange Motorboote eine weitere Baugenehmigung nicht erteilt worden wäre, hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision ebenfalls im Ergebnis zu Recht den angebotenen Beweis nicht erhoben, da auch diese Behauptung unerheblich ist. Das Landratsamt S [REDACTED] hätte nämlich die Erteilung der Baugenehmigung nicht mit der Begründung verweigern dürfen, es bestehe eine Vereinbarung zwischen der Staatlichen Seeverwaltung und dem Landratsamt S [REDACTED], Privatmotorboote nur mit einer Länge bis zu 8 m zuzulassen. Daß für Motorboote über 8 m Länge keine Zulassungen mehr erteilt werden sollten, steht der Errichtung von Liegeplätzen für solche Boote schon deshalb nicht entgegen, weil immer noch frühere Zulassungen für Boote dieser Größenordnung, wenn auch mit zeitlicher Beschränkung, fortgalten, wie aus

dem Schreiben des Landratsamtes S [REDACTED] vom 23. September 1971 hervorgeht. So galt unstreitig insbesondere die Zulassung für das 11,40 m lange Motorboot des Geschäftsführers der Klägerin, das in dem Bootel untergebracht werden sollte, noch bis zum 30. September 1975.

III. Zu Unrecht meint die Revision, die Beklagte sei nach § 552 Satz 3 BGB daran gehindert, von der Klägerin Schadensersatz mit der Begründung geltend zu machen, sie erhalte von den neuen Mietern weniger Miete als von der Klägerin.

Nach § 552 Satz 3 BGB ist der selbst am Gebrauch der Mietsache verhinderte Mieter (vgl. § 552 Satz 1) zur Entrichtung des Mietzinses nicht verpflichtet, solange der Vermieter infolge der Überlassung des Gebrauchs der Mietsache an einen Dritten außerstande ist, dem Mieter den Gebrauch zu gewähren. Die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschrift liegen hier schon deshalb nicht vor, weil die Beklagte sich zur Überlassung des Gebrauchs der Mietsache nicht durch anderweitige Vermietung, sondern durch die Errichtung eines anderen als des vereinbarten Bootels außerstande gesetzt hat. Das von ihr inzwischen anstelle des E [REDACTED]-Marina-Studios errichtete und an andere Mieter vergebene Bootel ist nicht die im Vertrag vom 30. März 1965 vorgesehene Mietsache.

IV. Auch im übrigen lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es auf der Grundlage des ersten Revisionsurteils die Auflösung des Mietvertrages vom 30. März 1965 und den Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der Mietvorauszahlung verneint, hingegen den mit der Klage bekämpften Schadensersatzanspruch der Beklagten bejaht, keinen Rechtsfehler erkennen.

Die nach allem unbegründete Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Mormann

Claßen

Dr. Reinhardt

Braxmaier

Hoffmann