

37

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 278/64

URTEIL

Verkündet am  
24. Mai 1967  
Klett,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Philipp M [REDACTED] in  
D [REDACTED], Me [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] Bettwäsche Betriebe Werner R [REDACTED] & Co.  
KG., vertreten durch deren persönlich haftenden  
Gesellschafter Werner R [REDACTED] in Be [REDACTED],  
Bü [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Weber, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 19. November 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hatte der Beklagten durch Vertrag vom 5. Juli 1960 Laden- und Geschäftsräume für die Zeit vom 1. September 1960 bis 31. August 1970 vermietet. Der monatliche Mietzins war auf 2750 DM bemessen worden und sollte sich, sobald das Grundgehalt eines Regierungsrats nach oben oder unten sich veränderte, entsprechend erhöhen oder senken. Der Mietzins hatte im Februar 1962 2916 DM betragen. Die Beklagte hatte eine Mietvorauszahlung von 30.000 DM geleistet, die mit monatlich 500 DM auf die Miete verrechnet wurde. Der Beklagten war das Recht zur Untervermietung und zur "Veräußerung des

- 3 -

Geschäfts an einen objektiv solventen Nachfolger" eingeräumt.

Da der geschäftliche Erfolg den Erwartungen der Beklagten nicht entsprach, schloß sie um die Jahreswende 1961/1962 ihr Ladengeschäft. Schon vorher hatte sie durch ihren Prokuristen Me[REDACTED] mit dem Kläger über ihre Entlassung aus dem Mietvertrage bei anderweiter Vermietung der Räume gesprochen. Der Kläger hatte grundsätzlich zugestimmt und sich bereit erklärt, sich auch selbst um einen neuen Mieter zu bemühen. Anfang Januar 1962 erkundigte sich Frau Z[REDACTED], die Inhaberin eines Wäsche- und Ausstattungsgeschäftes, bei dem Kläger über die Vermietung des Ladens. Der Kläger und Frau Z[REDACTED] erörterten in der Folgezeit die Bedingungen eines Mietvertrages, die etwa denen des Mietvertrages mit der Beklagten entsprechen sollten. Frau Z[REDACTED] erklärte dabei, der noch nicht verrechnete und an die Beklagte zu erstattende Baukostenzuschuß von 20.000 DM werde ihr von ihrem bisherigen Vermieter gegeben. Der Kläger holte bei dem Verein C[REDACTED] eine unter dem 19. Januar 1962 gegebene Auskunft ein, die auszugsweise wie folgt lautet:

"... Außer der Inhaberin sind 3 weitere Hilfskräfte beschäftigt. Die Geschäftslage ist nicht besonders günstig, doch hat das Geschäft als Spezialgeschäft Stammkundschaft und die jährlichen Umsätze schätzt man auf ca. DM 100.000,-. Genaue Zahlen konnten wir nicht erhalten. ...

Vermögenslage: Frau Z[REDACTED] ist in Erbengemeinschaft Teilhaberin an einem Ruinengrundstück ... In der Ehe ist Gütertrennung vereinbart.



Das Eigenkapital der Firma war von Anfang an gering und man ist auf die Unterstützung der Lieferanten und der Bankverbindung angewiesen. Die flüssigen Mittel sind nicht groß, doch sah man bisher nie Grund zu Befürchtungen.

Krediturteil: Zahlungen erfolgen teilweise langsam und schleppend, teils werden Ratenzahlungen geleistet.

Man sieht aber keinen Grund, eine Geschäftsverbindung abzusprechen und bringt den Leuten Vertrauen entgegen. ..."

Als Mietbewerber war der Beklagten nur eine Firma L & Co. bekannt. Da die Beklagte nach Schließung ihres Geschäfts möglichst bald aus dem Mietvertrag mit dem Kläger entlassen werden wollte, veranlaßte der Prokurist Me der Beklagten die Firma L & Co., dem Kläger den Entwurf zu einem Mietvertrag zu unterbreiten. Dieser Entwurf sah eine Umsatzmiete von 4 % und eine Mindestmiete von 2500 DM vor. Eine Mietvorauszahlung sollte nicht geleistet werden. Am 23. Februar 1962 unterzeichnete der Kläger auf Drängen des Prokuristen Me den vorgeschlagenen Mietvertrag. Gleichzeitig schloß er mit der Beklagten eine Vereinbarung folgenden Inhalts:

"... (Kläger) ist bereit, Herrn ... (Inhaber der Beklagten) aus dem Vertrag vom 5. Juli 1960 freizustellen unter nachstehenden Bedingungen:

Der noch bestehende Baukostenzuschuß verfällt zu Gunsten des ... (Kläger) und werden weitere 14.000,00 DM als Abfindung betreffs Vertragsfreistellung in bar bezahlt.

Zugleich wird vereinbart, sofern der neue Mieter, Firma A. L & Co. als Mieter des Ladens ... die 4 %ige Umsatzmiete bezahlt (und) den aus dem Vertrag mit der (Beklagten) vom 5. Juli 1960 übersteigende Überschußbetrag an die (Beklagte) abgeführt wird.

Zahlbar sind 7.000,00 DM am 1. März 1962 und den Rest am 1. April 1962 in Höhe von 7.000,00 DM.

Die Miete Februar 1962 ist ebenfalls noch von der (Beklagten) zu entrichten."

Von den Verhandlungen mit Frau Z [REDACTED], der der Kläger ein oder zwei Tage vorher noch erklärt hatte, sie könne ruhig in Urlaub fahren, von den Bedingungen, die mit ihr erörtert worden waren, und von dem Inhalt der Auskunft über Frau Z [REDACTED] hatte der Kläger die Beklagte nicht unterrichtet. Er hatte lediglich gesagt, eine Dame, die Interesse geäußert habe, komme nicht in Frage.

Als die Beklagte durch Frau Z [REDACTED] von den Verhandlungen zwischen dieser und dem Kläger hörte, warf sie ihm mit Schreiben vom 13. März 1962 vor, daß er sie über das für sie wesentlich günstigere Angebot der nach ihren Ermittlungen zahlungsfähigen Frau Z [REDACTED] nicht unterrichtet habe, und verweigerte die in der Vereinbarung vom 23. Februar 1962 festgelegten Zahlungen von insgesamt 14.000 DM.

Mit der Klage verlangt der Kläger Zahlung der 14.000 DM, der Miete für Februar in Höhe von noch 2.561,- DM und der Bearbeitungsgebühr eines Inkassoinstituts, das er mit der Einziehung der Forderung beauftragt hatte, von 173,50 DM sowie 2,10 DM Mahnspesen, ferner Zahlung von Zinsen von 16.561,- DM.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung der vereinbarten 14.000 DM und der restlichen Februarmiete

im Gesamtbetrage von 16.561,- DM nebst Zinsen verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht sieht die Vereinbarung vom 23. Februar 1962 als wirksam begründet an. Es nimmt an, der Beklagten stehe in Höhe von 20.000 DM ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung zu, weil ihr durch schuldhaften Verstoß des Klägers gegen seine Vertragspflicht die Erstattung des noch nicht verrechneten Baukostenzuschusses in Höhe von 20.000 DM entgangen sei. Die Forderung des Klägers sei durch Aufrechnung mit dieser Schadensersatzforderung erloschen.

Das Berufungsgericht stellt fest, bei den Besprechungen zwischen den Parteien über ein Ausscheiden aus dem Mietverhältnis habe man ausdrücklich die Möglichkeit im Auge gehabt, daß die Beklagte bei einem Mietnachfolger, dessen Bonität nicht ganz außer Zweifel sei, die Mithaftung übernehmen solle. Aus der Vereinbarung des Mietvertrages, daß die Beklagte das Geschäft an einen objektiv solventen Nachfolger veräußern dürfe, in Verbindung mit der späteren Bereitschaft des Klägers, gegebenenfalls unter Mithaftung der Beklagten ihr Ausscheiden aus dem Mietvertrag zu bewilligen, und aus der allgemeinen, dem Grundsatz von Treu und Glauben ent-

springenden Schutz-, Mitwirkungs- und Fürsorgepflicht, im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses auch die Belange des Vertragsgegners angemessen zu wahren und vermeidbare Nachteile von ihm fernzuhalten, entnimmt das Berufungsgericht - so sind seine Ausführungen zu verstehen -, daß der Kläger verpflichtet war, mit einem ihm von der Beklagten benannten Mietbewerber einen Mietvertrag auch dann abzuschließen, wenn zwar dessen Bonität nicht ganz außer Zweifel war, die Beklagte aber die Mithaftung übernahm. Das Berufungsgericht folgert weiter, daß der Kläger verpflichtet war, sofern ihm ein in diesem Sinne geeigneter Mietnachfolger bekannt wurde, die Beklagte auf ihn hinzuweisen. Das Berufungsgericht ist schließlich der Auffassung, der Kläger habe deshalb die Beklagte über die Bereitschaft der Frau Z [REDACTED], die Geschäftsräume zu mieten, unterrichten müssen. Die vom Kläger vorgelegte Auskunft ergebe, daß es sich bei dem Geschäft der Frau Z [REDACTED] um ein alt-eingeführtes Unternehmen mit Stammkundschaft handele, daß, wenn auch ohne große Kapitalgrundlage, bisher seinen Verpflichtungen nachgekommen war. Weitere, sich aus der Auskunft nicht ergebende Bedenken gegen die Bonität der Frau Z [REDACTED] habe der Kläger nicht vorgebracht. Das Berufungsgericht stellt sodann fest, die Beklagte wäre auf Verlangen des Klägers bereit gewesen, neben Frau Z [REDACTED] zu haften, wenn der Kläger sie auf Frau Z [REDACTED] aufmerksam gemacht hätte. Hätte alsdann der Kläger mit Frau Z [REDACTED] den Mietvertrag geschlossen, so hätte diese die Beklagte wegen des noch nicht verrechneten Baukostenzuschusses in Höhe von 20.000 DM abgefunden.

2. a) Soweit das Berufungsgericht den Mietvertrag und die späteren Abreden der Parteien dahin auslegt, der Kläger sei verpflichtet gewesen, einen ihm von der Beklagten vorgeschlagenen Mietnachfolger auch dann anzunehmen, wenn dessen Bonität nicht ganz außer Zweifel stand, die Beklagte aber die Mithaftung für die Miete übernahm, handelt es sich um die Würdigung von Individualvereinbarungen, die der Nachprüfung im Revisionsverfahren nur beschränkt zugänglich sind. Die Auslegung des Berufungsgericht ist möglich und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

b) Mit Recht greift die Revision aber die Auffassung des Berufungsgerichts an, der Kläger habe aufgrund dieser Abreden auf Frau Z. [REDACTED] als Mietnachfolgerin hinweisen und mit ihr einen Mietvertrag schließen müssen.

Das Berufungsgericht legt dem Kläger in erster Linie zur Last, daß er die Beklagte nicht auf Frau Z. [REDACTED] hingewiesen habe. Wenn, wie noch zu erwähnen ist, die Wortfassung auch Zweifel offen läßt, so scheint das Berufungsgericht doch feststellen zu wollen, Frau Z. [REDACTED] sei eine Mietbewerberin gewesen, gegen deren Bonität höchstens geringfügige Zweifel bestanden hätten.

Diese Feststellung hält den Angriffen der Revision aber nicht stand. Ob, wie die Revision meint, das Berufungsgericht die Beweislast verkannt hat, weil es ausführt, weitere sich aus der Auskunft nicht ergebende Bedenken gegen die Bonität der Frau Z. [REDACTED] habe der Kläger nicht vorgebracht, kann dahingestellt bleiben.

Die Revision macht mit Recht geltend, daß es auf eine "Bonität" der Frau Z. [REDACTED] im Sinne der Auskunft des Vereins C. [REDACTED] vom 19. Januar 1962 nicht ankommen kann. Wenn das Berufungsgericht die Abrede des Mietvertrages, die Beklagte dürfe an einen objektiv solventen Nachfolger veräußern, und die Zustimmung des Klägers, daß ein geeigneter Nachfolger an die Stelle der Beklagten treten dürfe, für seine Auslegung verwertet, so bedeutet das sinngemäß, der Nachfolger müsse wirtschaftlich in der Lage sein, den vereinbarten Mietzins zu zahlen. Dafür aber kommt es nicht auf die Bonität des Mietbewerbes vor Abschluß des Mietvertrages, sondern auf seine Zahlungsfähigkeit für den Fall des Abschlusses an. In dieser Hinsicht läßt das Berufungsgericht es an einer erschöpfenden Würdigung des Sachverhalts und entsprechenden Feststellungen fehlen. Verschiedene Umstände könnten, wie die Revision mit Recht rügt, gegen eine Zahlungsfähigkeit der Frau Z. [REDACTED] sprechen. Nach ihrer als Zeugin gemachten Angabe zahlte sie bisher 2000 DM monatliche Miete. Bei dieser Miete konnte sie ihr Geschäft anscheinend gerade noch erfolgreich betreiben; immerhin erfolgten Zahlungen langsam und schleppend. Hätte sie die Geschäftsräume des Klägers gemietet, so hätte sie in der ersten Zeit bei Verrechnung des zu übernehmenden Baukostenzuschusses von 20.000 DM monatlich 500 DM und später monatlich 1000 DM mehr bezahlen müssen. Das Unternehmen der Frau Z. [REDACTED] war ersichtlich klein, der Umsatz war verhältnismäßig gering. Das Geschäft besaß zwar Stammkundschaft; ob angenommen werden kann, daß diese bei einer Verlegung der Verkaufsstätte gefolgt wäre, ist nicht festgestellt. Wenn dazu, wie das Berufungsgericht als zutreffend

annimmt, Frau Z. [REDACTED] auf die Unterstützung der Lieferanten und der Bankverbindung angewiesen war und Zahlungen teilweise nur langsam und schleppend, teilweise in Raten leistete, so hätte es einer näheren Begründung bedurft, weshalb Frau Z. [REDACTED] noch als eine Mietbewerberin anzusehen war, die aller Voraussicht nach die erheblich höhere Miete hätte zahlen können und bei der die Zahlungsfähigkeit nur "nicht ganz außer Zweifel" war.

c) Auch eine weitere Rüge der Revision greift durch. Der Kläger hätte - so sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zu verstehen - einen Mietbewerber nur dann annehmen müssen, wenn er wenigstens zur Zahlung des Mietzinses bereit war, den die Beklagte zu zahlen hatte. Das war aber, soweit das Berufungsurteil erkennen läßt, bei Frau Z. [REDACTED] nicht der Fall. Der zuletzt von der Beklagten gezahlte Mietzins betrug zwar 2916 DM, während Frau Z. [REDACTED] 3000 DM zahlen wollte. Zwischen den Parteien war aber wirksam eine Gleitklausel des Inhalts vereinbart, daß entsprechend den Änderungen des Grundgehalts eines Regierungsrats der Mietzins sich erhöhen oder senken sollte. Daß Frau Z. [REDACTED] auch mit der Vereinbarung einer solchen Gleitklausel einverstanden war, ergibt der Tatbestand des Berufungsurteils nicht. Schon bei einer Anhebung des Grundgehalts um einen geringen Hundertsatz, mit der bei dem Steigen der Lebenshaltungskosten im Januar 1962 ohne weiteres zu rechnen war, wäre die von Frau Z. [REDACTED] zu zahlende Miete geringer gewesen als die mit der Beklagten vereinbarte. Dafür, daß die Beklagte etwa nicht nur die "Mithaft" für eine Schuld der Frau Z. [REDACTED], sondern auch die alleinige Haftung für den Betrag übernommen hätte, um den die mit Frau Z. [REDACTED] zu vereinbarende Miete

unterhalb derjenigen blieb, die die Beklagte hätte zahlen müssen, fehlt es an jedem Anhaltspunkt. Das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, wird deshalb gegebenenfalls zu prüfen haben, ob die Beklagte, wenn der Kläger ihr von Frau Z. [REDACTED] als Mietbewerberin Kenntnis gegeben hätte, auch die Haftung für diesen Ausfall des Klägers übernommen hätte.

d) Bei der ernennten Verhandlung wird das Berufungsgericht, an das die Sache zurückverwiesen werden muß, noch folgendes zu beachten haben: Es meint an einer Stelle seiner Ausführungen, der Kläger sei verpflichtet gewesen, einen ihm bekannten und "nicht schlechthin ungeeigneten" Mietinteressenten nicht zu verschweigen. Wie weit die Hinweispflicht geht, kann hier dahingestellt bleiben. Ein Schaden kann der Beklagten durch ein Verschweigen jedenfalls nur dann entstanden sein, wenn der Kläger, hätte er seiner Aufklärungspflicht genügt, mit Frau Z. [REDACTED] einen Vertrag hätte schließen müssen. Dazu war er aber nach der Auslegung des Berufungsgerichts nicht verpflichtet, wenn Frau Z. [REDACTED] nur "nicht schlechthin ungeeignet", also nicht völlig ungeeignet, war. Voraussetzung für die Pflicht zum Abschluß eines Mietvertrages war vielmehr, daß der Mietbewerber geeignet war, wobei in Kauf genommen werden sollte, daß seine Bonität "nicht ganz außer Zweifel" war. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen es fraglich erscheinen, ob es sich dieses Unterschiedes zwischen einem nicht schlechthin ungeeigneten und einem geeigneten Bewerber, bei dem geringfügige Zweifel bestehen durften, bewußt gewesen ist.

3. Für die erneute Verhandlung sei schließlich auf folgendes hingewiesen: Das Berufungsgericht nimmt an, der Kläger sei der Beklagten zur Zahlung von 20.000 DM Schadensersatz deshalb verpflichtet, weil die Beklagte durch Abschluß der Vereinbarung vom 23. Februar 1962 des Anspruches auf Erstattung der nicht verbrauchten Mietvorauszahlung verlustig gegangen sei. Mit dieser Schadensersatzforderung habe die Beklagte gegen die Klageforderung aufgerechnet. Damit wird das Berufungsgericht ersichtlich dem Verlangen der Beklagten, sofern es begründet ist, nicht gerecht. Die Beklagte ist der Ansicht, sie sei zur Zahlung der in der Vereinbarung vom 23. Februar 1962 versprochenen 14.000 DM nicht verpflichtet, vielmehr habe sie Anspruch auf eine Rückzahlung des nicht verbrauchten Baukostenzuschusses in Höhe von 20.000 DM, auf deren Erstattung sie in der Vereinbarung verzichtet hatte. Der ihr durch Abschluß dieser Vereinbarung entstandene Schaden beträgt nach ihrer Auffassung also 34.000 DM. Trifft es zu, daß die Vereinbarung vom 23. Februar 1962 durch eine vom Kläger begangene schuldhaft Verletzung von Vertragspflichten zustande gekommen ist, so bestände in der Tat der Schaden nicht nur in dem Verlust des Anspruches auf Erstattung der 20.000 DM, sondern auch als sogenannter Passivschaden in der Belastung mit der Verbindlichkeit zur Zahlung von 14.000 DM. Der Kläger wäre demnach verpflichtet, der Beklagten in der Weise Schadensersatz zu leisten, daß er seine Rechte aus der Vereinbarung nicht verfolgt, das heißt die Forderung auf Zahlung von 14.000 DM nicht mehr geltend macht und der Beklagten 20.000 DM zahlt. Für eine Aufrechnung mit der Forderung

der Beklagten von 20.000 DM gegen eine Forderung des Klägers auf 14.000 DM ist dann kein Raum. Daran ändert es auch nichts, daß die Beklagte im Schriftsatz vom 22. Mai 1962 erklärt hat, sollte das Gericht einen Verstoß des Klägers gegen § 138 Abs. 1 BGB verneinen, so rechne sie gegen die gesamte Forderung des Klägers mit der ihr durch das Verhalten des Klägers entstandenen Schadenersatzforderung von 20.000 DM auf. Dieses Vorbringen ist dadurch überholt, daß die Beklagte spätestens im zweiten Rechtszuge ihr Klageabweisungsbegehren mit einem Schadensersatzanspruch begründet hat. Im Schriftsatz vom 3. August 1964 führt sie ausdrücklich an, der Schaden, der ihr entstanden sei, entspreche dem eingeklagten Betrag. Daraus wird deutlich, daß die Beklagte nicht etwa deshalb die Zahlung verweigert, weil sie aufgerechnet hat, sondern weil sie glaubt, denn vereinbarten Betrag von 14.000 DM überhaupt nicht zu schulden.

## II.

Auch die Forderung des Klägers auf Zahlung von Bearbeitungsgebühren und Mahnspesen des Vereins C [REDACTED] ist nicht zur Entscheidung reif. Es ist zwar denkbar, daß der Kläger auch dann, wenn die Forderung auf Zahlung von 14.000 DM begründet ist, diese Spesen und Gebühren nicht beanspruchen kann. Der Senat kann jedoch eine endgültige Entscheidung noch nicht treffen. Die einem Gläubiger durch den Auftrag zur Einziehung einer Forderung bei einem Inkassobüro entstehenden Kosten können sich als ein Verzugsschaden darstellen, der nach

§ 286 BGB zu ersetzen ist. Der Verzug ist grundsätzlich die adäquate Ursache der Kosten, weil der im Verzug befindliche Schuldner mit Beitreibungskosten rechnen muß. Hier hat sich die Beanspruchung eines Inkassobüros aber als erfolglos herausgestellt. In einem solchen Fall fragt es sich, ob der Gläubiger die Erfolglosigkeit voraussehen konnte und zur Abwendung des durch die Inanspruchnahme eines Inkassobüros erwachsenden Schadens von einer solchen Beauftragung nach § 254 Abs. 2 BGB hätte absehen müssen (Siegert Betr. 1965, 1767). Das Berufungsgericht wird daher gegebenenfalls zu prüfen haben, ob der Kläger nicht etwa nach dem Verhalten der Beklagten damit rechnen mußte, sie werde ernstlich einwenden, daß der Vertrag vom 23. Februar 1962 unverbindlich sei, und er werde daher auf jeden Fall den Klageweg beschreiten müssen.

III.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision  
wird dem Berufungsgericht übertragen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Weber

Mormann

Braxmaier