

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 19/63

URTEIL

Verkündet am

10. Februar 1965
Klett, Justiz-
obersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Curt B. in H.,
E. - ,

Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

die offene Handelsgesellschaft R.H.J. W. & Sohn
in H., W. Straße / , vertreten
durch ihre Gesellschafter Horst und Robert W.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 20. November 1962 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer zweier Grundstücke in Hamburg. Die Klägerin handelt mit Erdölprodukten verschiedener Firmen und betreibt außerdem Tankstellen. Deren angebliche Rechtsvorgängerin, die Firma R.H.J. W. [REDACTED] & Sohn, deren Inhaber der inzwischen verstorbene Kaufmann R.H.J. W. [REDACTED] war, und der Beklagte haben unter der Bezeichnung "Mietvertrag" ein Abkommen verlautbart, das am 25. April 1960 vom Beklagten und am 23. Mai 1960 von dem Kaufmann W. [REDACTED] unterschrieben worden ist. Nach diesem Vertrage vermietete der Beklagte an die Firma W. [REDACTED] die für die Errichtung und den Betrieb einer Tankstelle nebst Zubehör und dergleichen erforderliche Fläche. Ein Lageplan, aus dem die Gesamtfläche der Grundstücke sowie die von der Mieterin in Anspruch genommene Fläche ersichtlich sei, sollte dem Vertrag beigelegt werden. Die Mieterin sollte berechtigt sein, auf dem Grundstück Tankstellenbaulichkeiten im Auf-

trage des Vermieters zu errichten. Die für einen normalen Tankstellenbetrieb erforderliche Wagenpflegehalle und Nebenräume sollten in die vorhandene LKW-Garage eingebaut werden. Der Beklagte übernahm sämtliche Baukosten bis zu einem Höchstbetrage von 35 000 DM. Die Bereitstellung dieses Investitionsbetrages übernahm die Mieterin gegen eine erstrangige Grundschuldeintragung gemäß einer dem Verträge beigefügten Anlage. Der Mietzins sollte sich nach einem bestimmten Prozentsatz des Umsatzes richten, mindestens jedoch 450 DM monatlich betragen. Ferner wurde ein Konkurrenzverbot festgelegt. Schließlich sollte eine aus einer Anlage ersichtliche persönliche Dienstbarkeit eingetragen werden. § 13 des Vertrages lautete:

"Schlußbestimmungen

Falls gegen einzelne Bestimmungen dieses Vertrages rechtliche Bedenken zu erheben sein sollten, soll der übrige Vertragsinhalt hierdurch nicht berührt werden.

Rechtsunwirksame Bestimmungen sind, wenn irgend möglich, durch Bestimmungen, die auf anderem Wege zum gleichen oder einem ähnlichen wirtschaftlichen Ergebnis führen, zu ersetzen.

Nebenabreden und Änderungen dieses Vertrages haben nur Gültigkeit, wenn sie schriftlich bestätigt werden..."

Der vorgesehene Lageplan wurde dem Vertrag nicht beigelegt, die Parteien unterschrieben aber eine Zeichnung, aus der sich die Lage der bereits auf dem Grundstück vorhandenen Gebäude und die Lage der geplanten Neubauten ergibt. Abstellplätze für Kraftwagen enthält diese Zeichnung nicht.

Bereits vor der Verlautbarung dieses Vertrages hatten die Parteien über eine dauernde Beschäftigung des Beklagten



und seines Tankzuges für die Klägerin oder die Deutsche Erdöl-Aktiengesellschaft (DEA) verhandelt, deren Benzin die Tankstelle führen sollte. Hierüber lautet ein Schreiben der Klägerin vom 26. April 1960:

"Wir entsprechen gern Ihrem Wunsche und bestätigen Ihnen, daß wir Ihren Tankwagen zur Versorgung unseres Lagers und unserer Abnehmer heranziehen werden.

Wir bitten Sie, uns rechtzeitig zu verständigen, sobald es feststeht, wann der Tankwagen einsatzbereit ist. Wir möchten verständlicherweise unsere Dispositionen früh genug einrichten können und alsdann noch alle erforderlichen Einzelheiten mit Ihnen besprechen."

Auf den Grundstücken des Beklagten befinden sich seit längerer Zeit drei Benzinzapfsäulen der Firma BV-Aral AG, die dem Eigenbedarf des Beklagten und seiner sonstigen Mieter dienen. Auch hierüber haben zwischen den Parteien Verhandlungen stattgefunden, die die Klägerin mit einem Schreiben vom 22. April 1960 bestätigte.

Am 11. Juli 1960 unterschrieb der Beklagte einen von der Klägerin bei dem Bauamt eingereichten Bauantrag, nahm seine Genehmigung aber am 10. Dezember 1960 zurück. Das Bauamt beschied die Klägerin daraufhin am 14. März 1961 dahin, daß der Bauantrag mangels des erforderlichen Einverständnisses des Grundstückseigentümers abzulehnen sei.

Die Grundstücke des Beklagten sind mit erstrangigen Grundpfandrechten der D [REDACTED] Bank belastet. Die Bank hat es bisher abgelehnt, Rechten der Klägerin den Vorzug einzuräumen.

Die Klägerin verlangt als Rechtsnachfolgerin der von dem verstorbenen Kaufmann R.H.J. W [REDACTED] betriebenen Firma von dem Beklagten die Erfüllung des Vertrages vom 25. April/23. Mai 1960. Der Beklagte lehnt die Erfüllung ab. Er ver-

tritt den Standpunkt, der Mietvertrag sei nicht rechtswirksam zustande gekommen. Diese Auffassung begründet der Beklagte, wie er im Revisionsrechtszuge klaggestellt hat, in erster Linie wie folgt: Voraussetzung und Grundlage für den Abschluß des Mietvertrages sei die Zusicherung der Klägerin gewesen, seinen Tankzug ständig für die Klägerin oder die DEA zu beschäftigen. Der "Mietvertrag" sei nur ein Entwurf gewesen. Der mit den Verhandlungen betraute Angestellte Sch. der Klägerin habe ihm zugesichert, für den Fall des Abschlusses des Vertrages mit der Klägerin werde diese dafür sorgen, daß der Tankzug ständig für sie und die DEA beschäftigt werde. Er, der Beklagte, habe vor Unterschriftsleistung ausdrücklich verlangt, daß eine derartige Zusicherung in den Vertrag aufgenommen werde. Sch. habe darauf erklärt, die Aufnahme einer solchen Klausel in den Vertrag sei nicht opportun, weil die Klägerin und insbesondere die DEA sich erst dann ihrerseits formell binden könnten, wenn die Unterschriften des Beklagten und seiner Ehefrau vorlägen. Er könnte dem Beklagten jedoch versichern, daß nach Unterschriftsleistung die Klägerin und die DEA ihm die gewünschten Zusicherungen schriftlich geben und einhalten würden. Abschließend habe Sch. erklärt, daß es sich bei dieser Art der Vertragsgestaltung um eine reine Formsache handle, die lediglich aus optischen Gründen gegenüber der DEA in der vorgenommenen Art und Weise erfolgen müßte. Nur im Hinblick auf diese Zusicherungen habe er, der Beklagte, den Vertrag unterschrieben. Sch. habe jedoch die Zusicherungen ohne realen Hintergrund nur gemacht, um für die Klägerin den Mietvertrag hereinbringen zu können. Im übrigen, so meint der Beklagte, sei der Vertrag auch deshalb nicht endgültig abgeschlossen sein sollen, weil einzelne Vertragsabreden lückenhaft und noch nicht hinreichend bestimmt gewesen seien.

Das Landgericht hat im wesentlichen den Klageanträgen entsprochen. Im Berufungsrechtszuge haben die Parteien nur über die Anträge der Klägerin streitig verhandelt, festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, daß er seine Mitwirkung bei der Durchführung des Mietvertrages vom 25. April/23. Mai 1960 verweigert hat, und weiter durch Zwischenurteil festzustellen, daß der Mietvertrag rechtswirksam zustande gekommen und der Beklagte an ihn gebunden ist.

Das Berufungsgericht hat außer einer Erledigungserklärung, die hier ohne Bedeutung ist, die von der Klägerin beantragten Feststellungen getroffen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Feststellungsanträge. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision meint, das angefochtene Urteil unterliege der Aufhebung, weil die Klägerin nicht dargelegt habe, daß sie bei Wirksamkeit des Mietvertrages aus ihm oerechtigt sei. Abgeschlossen sei der Mietvertrag von der Firma R.H.J. W. [REDACTED] & Sohn durch deren Allein inhaber Kaufmann Robert Albert Johann W. [REDACTED]. Die Klägerin sei aber eine offene Handelsgesellschaft mit den Gesellschaftern Horst und Robert W. [REDACTED]. Die Klägerin habe nicht behauptet, daß sie Rechtsnachfolgerin des verstorbenen Kaufmanns Wahrlich sei.

Mit diesem Vorbringen kann die Revision nicht gehört werden. Im Termin vor dem Einzelrichter des Oberlandesgerichts vom 10. Mai 1962 hat die Klägerin als ihre Parteibezeichnung angegeben: offene Handelsgesellschaft in Firma R.H.J. W. [REDACTED] & Sohn, vertreten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter Horst und Robert W. [REDACTED]. Hiergegen hat der Beklagte im Berufungsrechtszuge keine tatsächlichen Einwendungen erhoben. Es war vielmehr unstreitig, daß die Klägerin hinsichtlich der Ansprüche aus dem Vertrage die Rechtsnachfolgerin des Kaufmanns R.H.J. W. [REDACTED] ist. Im Tatbestand des Berufungsurteils ist ausdrücklich vermerkt, dieser sei Rechtsvorgänger der Klägerin. Mit seinem Vorbringen, er sei mit einem Übergang der Forderungen aus dem Mietvertrage auf die Klägerin nicht einverstanden gewesen oder habe auf Grund des Todes des Mieters nach § 569 BGB das Mietverhältnis fristgerecht gekündigt, kann der Beklagte im Revisionsrechtszuge nicht mehr gehört werden.

B.

I. Zu dem von der Revision in den Vordergrund gestellten Vorbringen, die Klägerin könne aus dem "Mietvertrage" keine Rechte herleiten, weil es an einer festen Bindung über den Einsatz des Tankzuges fehle, hat das Berufungsgericht ausgeführt: Der Vertrag enthalte eine so umfassende, spezifizierte und bis ins kleinste detaillierte Regelung des mit ihm bezweckten rechtlichen Erfolges, daß die Annahme, die Parteien hätten sich dennoch wegen einzelner noch offener Punkte nicht endgültig binden wollen, zwar nicht undenkbar, aber doch fast ausgeschlossen erscheinen müsse. Etwaige denkbare Zweifel seien aber durch § 13 des Vertrages ausgeräumt. Aus dieser Bestimmung sei klar ersichtlich, daß es die Absicht der Parteien gewesen sei,

der getroffenen Vereinbarung eine weitreichende Bindungswirkung beizulegen und die Realisierung nicht an etwaigen Mängeln im Detail scheitern zu lassen. Sinn und erkennbarer Zweck dieser Regelung sei, daß etwaige Teileinigungsmängel die Bindungswirkung des Vertrages im ganzen nicht berühren sollten. Insbesondere könne der Meinung des Beklagten, er habe sich nicht binden wollen, weil bei Abschluß des Vertrages noch keine Vereinbarung über den Einsatz des Tankwagens getroffen worden sei, nicht zugestimmt werden. Wenn der Beklagte den ihm von der Klägerin übersandten umfassenden Vertragstext unterschrieb, und zwar nachdem er einige von ihm gewünschte Änderungen durchgesetzt hatte, ohne daß eine abschließende Einigung über den Einsatz des Tankwagens erfolgt war, so könne daraus nur geschlossen werden, daß er sich mietvertraglich auch ohne eine derartige Vereinbarung binden wollte. Der Beklagte behaupte nicht einmal, einen Vorbehalt der Klägerin gegenüber etwa mündlich erklärt zu haben.

Die weitere Behauptung des Beklagten, daß der ständige Einsatz des Tankwagens gewissermaßen Geschäftsgrundlage des Mietvertrages gewesen sei, sei durch die Beweisaufnahme eindeutig widerlegt, zum mindesten nicht bewiesen. Es sei zwar ohne weiteres davon auszugehen, daß der Beklagte an einem ständigen Einsatz durch die Klägerin sehr interessiert gewesen sei. Daß der Abschluß des Mietvertrages dadurch für ihn aber nicht "stand oder fiel", lasse sein Verhalten klar erkennen. Entweder habe er sich der Hoffnung hingegeben, daß die von ihm gewünschte Übereinkunft sich noch nach Abschluß des Vertrages erzielen lasse, oder er habe sich durch das bisherige Ergebnis der Verhandlungen, das die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 26. April 1960, also nach der Unterzeichnung des Vertrages durch den Be-

klagten, bestätigt habe, hinsichtlich dieses Punktes für hinreichend gesichert gehalten.

Daß der Beklagte weder berechtigt sei, den Mietvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, noch von ihm zurückzutreten, habe das Landgericht mit zutreffender Begründung dargelegt. Der Beklagte habe die Beweiswürdigung des Landgerichts nicht angegriffen und sei auch in der mündlichen Verhandlung auf die Berechtigung der von ihm erklärten Anfechtung und des Rücktritts nicht mehr zurückgekommen.

II. 1. Die Revision macht geltend, die Erwägungen des Berufungsgerichts würden dem Vorbringen des Beklagten nicht gerecht und erschöpften seinen Sachvortrag nicht. Darin kann der Revision nicht gefolgt werden. Der Vortrag des Beklagten kann unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt werden:

a) Wenn die Revision anführt, der Beklagte sei von dem Angestellten Sch. der Klägerin getäuscht worden, so greift sie einmal auf die Behauptung zurück, Sch. habe dem Beklagten erklärt, die Unterschrift unter dem Verträge sei nur eine Formsache, um mit der DEA wegen der Beschäftigung des Tankzuges des Beklagten die notwendigen Verhandlungen führen zu können. Darin liegt gleichzeitig die Behauptung, er und Sch. seien sich darüber einig gewesen, daß der "Mietvertrag" in Wahrheit keine vertraglichen Bindungen hervorrufen solle, der Vertrag sei verlautbart, um der DEA vorzuspiegeln, daß ein Mietvertrag geschlossen sei. Hierauf ist das Berufungsgericht zwar nicht ausdrücklich eingegangen. Es hält diesen Sachverhalt aber ersichtlich nicht für erwiesen. Seine Feststellungen trifft es im Zusammenhang mit den Ausführungen über die

von Sch[REDACTED] angeblich begangene arglistige Täuschung, indem es die Begründung des Landgerichts für zutreffend bezeichnet. Das Landgericht hat aber auf Grund der Bekundungen der Zeugen Sch[REDACTED], T[REDACTED], F[REDACTED], T[REDACTED], H[REDACTED] und B[REDACTED] festgestellt, Sch[REDACTED] habe eine Zusicherung über den Einsatz des Tankzuges überhaupt nicht gemacht, erst als er bemerkt habe, daß der Beklagte die Erfüllung seines Wunsches nicht mehr zur Voraussetzung des Vertrages machen wolle, habe er ihm versprochen, dafür zu sorgen, daß der Tankzug im Rahmen des Möglichen eingesetzt werde. Es sei auch nicht bewiesen, daß Sch[REDACTED] dem Beklagten erklärt habe, es sei nicht opportun, die Zusicherung als Klausel in den Vertrag aufzunehmen. Das Berufungsgericht hat mit der Übernahme dieser Feststellungen die Erklärungen der Parteien tatrichterlich dahin gewürdigt, daß der Beklagte sich mietvertraglich ohne Rücksicht auf eine Abrede über den Tankzug hat binden wollen. Das schließt die von der Revision für richtig gehaltene Würdigung aus, der "Mietvertrag" sei einverständlich nur ein unverbindliches, zur Vorlage bei der DEA hergestelltes Schriftstück gewesen. Das entspricht im Grunde auch der eigenen Auffassung der Revision, die meint, die DEA habe angeblich dem Beklagten gegenüber eine Bindung erst eingehen wollen, wenn er seinerseits gegenüber der Klägerin gebunden sei. Dann wäre der Vertrag gerade nicht eine Formsache gewesen, sondern seine Wirksamkeit hätte die Voraussetzung für Vertragsverhandlungen mit der DEA gebildet.

Die Verfahrensrügen der Revision gegen die genannten Feststellungen greifen nicht durch. Eine erneute Vernehmung der Zeugen Sch[REDACTED], T[REDACTED] und H[REDACTED] konnte der Beklagte nicht verlangen. Es trifft nicht zu, daß er im Berufungsrechtszuge etwas wesentlich anderes als vor dem Landgericht,

das die Zeugen vernommen hat, vorgetragen habe. Die Revision macht gerade geltend, in dem Vorbringen des Beklagten im zweiten Rechtszuge sei der Hintergrund und die Ergänzung des erstinstanzlichen Vorbringens zu erblicken. Vor dem Landgericht ist aber der Zeuge Sch [REDACTED] über den Hergang der Verhandlungen zweimal eingehend vernommen worden. Die Meinung der Revision, der Zeuge Sch [REDACTED] habe seine Aussage vor dem Landgericht durch ein an dieses gerichtete Schreiben vom 9. September 1961 wesentlich geändert und weder das Landgericht noch das Berufungsgericht hätten von diesem Schreiben dem Beklagten Kenntnis gegeben, ist irrig. Der Zeuge ist am 18. September 1961 nochmals vernommen worden. Dabei hat er erklärt, der Inhalt seiner schriftlichen Mitteilung vom 9. September 1961 sei richtig, er mache sie zum Gegenstand der heutigen Verhandlung. Bei dieser Vernehmung ist der Beklagte mit seinem Anwalt persönlich zugegen gewesen. Daß das Berufungsgericht über die Behauptung des Beklagten, er habe vor Aufnahme seiner Verhandlungen mit der DEA Verhandlungen mit der Firma BV-Aral geführt, keine Beweise erhoben hat, enthält keinen Verfahrensfehler. Das Berufungsgericht hat ersichtlich dieses Vorbringen mit seiner Bemerkung als richtig unterstellt, es sei ohne weiteres davon auszugehen, daß der Beklagte an einem ständigen Einsatz seines Tankwagens durch die Klägerin sehr interessiert gewesen sei. Die Tatsache, daß der Beklagte zuvor mit der Firma BV-Aral in Verhandlungen gestanden hatte, die nach seiner Darstellung gescheitert waren, schließt die Annahme nicht aus, daß er mit der Klägerin einen Mietvertrag abschließen wollte, obwohl er eine bindende Zusage über die Verwendung des Tankzuges auch von der DEA nicht hatte erreichen können.

b) Der Beklagte kommt im Revisionsrechtszuge auf die Behauptung zurück, er sei von Sch[REDACTED] arglistig getäuscht worden. Die arglistige Täuschung will die Revision im Gegensatz zum Berufungsgericht nicht in der angeblichen Zusicherung des Sch[REDACTED] erblicken, die DEA werde den Tankzug des Beklagten einsetzen, sondern darin, daß Schäfer ihm wider besseres Wissen vorgespiegelt habe, die Klägerin und die DEA würden nach Unterschriftsleistung die von ihm gewünschten Zusicherungen über den Einsatz des Tankzugs schriftlich geben und einhalten.

Auch unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht eine arglistige Täuschung durch Sch[REDACTED] nicht als erwiesen angesehen. Es hat sich ohne Verfahrensverstöß die Würdigung des Landgerichts zu eigen gemacht, die es als zutreffend bezeichnet. Das Landgericht hat, wie schon erwähnt, festgestellt, daß Sch[REDACTED] nur erklärt hat, er werde dafür sorgen, daß der Tankzug im Rahmen des Möglichen eingesetzt werde. Das Landgericht führt weiter aus, die Aussagen der Zeugen T[REDACTED], F[REDACTED], T[REDACTED] und H[REDACTED] sprächen dafür, daß Sch[REDACTED] die Zusicherung habe einhalten wollen. Auch die Wendung des Briefes der Klägerin vom 26. April 1960, sie werde den Tankzug zur Versorgung ihres Lagers und ihrer Abnehmer heranziehen, lasse erkennen, daß die Klägerin den Tankzug neben anderen Tankwagen, also nicht ständig, habe einsetzen wollen. Für die Annahme, Schäfer habe den Beklagten in der von der Revision angeführten Weise arglistig getäuscht, ist danach kein Raum.

c) Die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, daß der ständige Einsatz des Tankzuges durch die Klägerin nicht Geschäftsgrundlage des Mietvertrages gewesen sei, sind sachlichrechtlich einwandfrei. Das Berufungsgericht sieht den Einsatz nicht als einen Umstand an, der nach den beider-

seitigen Vorstellungen der Parteien den Geschäftswillen aufgebaut habe, sondern meint, der Beklagte habe sich, indem er bewußt auf eine vertragliche Regelung über den Einsatz verzichtet habe, damit begnügt, daß der Tankzug von der Klägerin nach deren Belieben eingesetzt werde. Er habe damit das Risiko übernommen, daß der Einsatz geringer sei als von ihm erhofft. Die Revision greift auch insoweit die Auffassung des Berufungsgerichts mit den bereits angeführten Verfahrensrügen an, daß die vernommenen Zeugen nochmals hätten gehört werden und eine Beweisaufnahme über die Verhandlungen des Beklagten mit der Firma EV-Aral hätte erfolgen müssen. Die Rügen sind jedoch nach dem oben Gesagten unbegründet.

d) Mit der für die Revisionsinstanz bindenden Würdigung, daß der Einsatz des Tankwagens nicht Vertragsinhalt gewesen ist, entfällt auch die Annahme, daß der Vertrag mangels Wahrung der Schriftform des § 566 BGB als für unbestimmte Zeit geschlossen gelten und vom Beklagten gekündigt sein könnte.

2. Die Revision greift weiter die Auffassung des Berufungsgerichts an, der Vertrag sei zustande gekommen, obwohl die Parteien sich über einzelne Punkte nicht geeinigt hätten. Sie meint, es stehe fest, daß die Parteien sich über nach ihrer Meinung wesentliche Punkte nicht einig gewesen seien, über die eine Vereinbarung getroffen werden sollte. Daraus folgert die Revision, daß der Vertrag nicht wirksam geworden sei. Die Revision übersieht indessen, daß die Bestimmung des § 154 Abs. 1 nur im Zweifel gilt und die Parteien Übereinkommen können, für noch offene Punkte eine spätere Verständigung vorzubehalten. Daß eine solche Übereinkunft getroffen ist, hat das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt. Es führt aus, den ihr hierfür

obliegenden Beweis habe die Klägerin erbracht. Damit gehen die Angriffe der Revision ins Leere, daß statt des vorgesehenen Lageplanes die Parteien lediglich eine Architektenzeichnung unterschrieben hätten, aus der sich nicht die genaue Fläche des vermieteten Grundstücks und der Ort für die in Aussicht genommenen Abstellplätze ergäben. Das Berufungsgericht sieht als erwiesen an, daß durch diese von dem Architekten angefertigte Zeichnung der Mietgegenstand hinreichend bestimmt, zumindest bestimmbar gewesen sei und daß die Parteien von der näheren Bestimmung der zehn Abstellplätze bewußt Abstand genommen hätten, um sich darüber zu einigen, nachdem die Bauabteilung ihre Anforderungen bekannt gegeben habe. Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Kommt eine spätere Verständigung nicht zustande, so ist die verbleibende Lücke, sofern nicht die §§ 315, 316 BGB Platz greifen, im Wege ergänzender Vertragsauslegung auszufüllen.

Das Gesagte gilt auch für den Umstand, daß die Parteien zwar in § 6 des Mietvertrages ein Konkurrenzverbot vereinbart und sich über die Bewilligung einer entsprechenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit geeinigt haben, daß sich jedoch auf dem Grundstück drei Benzinzapfsäulen der Firma BV-Aral für den Eigenbedarf des Beklagten und seiner sonstigen Mieter befinden. Das Berufungsgericht weist zutreffend darauf hin, daß die Parteien auch diesen Punkt einer späteren Vereinbarung vorbehalten konnten und daß sie eine solche Abrede in den Grundzügen bereits in einer von der Klägerin mit Schreiben vom 22. April 1960 bestätigten Abrede getroffen haben.

3. Auf den Einwand des Beklagten, er könne der Klägerin für die vorgesehene Grundschild und persönliche Dienst-

barkeit nicht die erste Rangstelle verschaffen, weil seine Gläubigerin, die D. [REDACTED] Bank, den Vorrang nicht bewillige, führt das Berufungsgericht aus, ein Einigungsmangel der Parteien liege nicht vor. Der Beklagte habe vielmehr sein Unvermögen, der Klägerin den ersten Rang einzuräumen, zu vertreten. Sollten beide Parteien, wie der Beklagte behauptet, übersehen haben, für den Fall, daß die Vorrangseinräumung an dem Widerstand der Bank scheitere, eine Lösung zu vereinbaren, so bestehe allenfalls eine Vertragslücke, die nach allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157, 242 BGB auszufüllen sei. An einer Änderung der Vereinbarung über den ersten Rang mitzuwirken, habe die Klägerin mindestens so lange keine Veranlassung, bis nicht feststehe, daß der Beklagte alle erforderlichen und ihm zumutbaren Anstrengungen gemacht habe, mit der L. [REDACTED] Bank zu einer Übereinkunft zu kommen. Im übrigen könne der Beklagte sich im Rahmen von Treu und Glauben auf ein mangelndes Entgegenkommen der Klägerin schon deshalb nicht berufen, weil er sich selbst hartnäckig weigere, die ihm vertraglich obliegende Leistung zu erbringen. Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsirrtum.

Die Revision trägt lediglich vor, die Parteien hätten unverständlich und leichtsinnig gehandelt, wenn sie eine Vereinbarung geschlossen hätten, von der sie wußten, daß sie nicht durchsetzbar sei und gegebenenfalls zu erheblichen Schadensersatzansprüchen führen müsse. Damit geht die Revision aber von einem Sachverhalt aus, den das Berufungsgericht nicht festgestellt hat. Es ist nirgends davon die Rede, daß die Klägerin gewußt und damit gerechnet hat, der Beklagte werde ihr die erste Rangstelle nicht verschaffen können. In Anlehnung an den eigenen Vortrag des Beklagten geht es vielmehr davon aus, die Parteien hätten es für den gerade nicht vorausgesehenen Fall, daß die Vorrangseinräumung scheitere, vergessen, eine Regelung zu treffen, und hätten sich hierüber keine Gedanken gemacht.

III. Unter diesen Umständen begegnet auch die Auffassung des Berufungsgerichts keinen Bedenken, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, daß er seine Mitwirkung bei der Durchführung des Mietvertrages verweigert hat.

C.

Die Revision des Beklagten war danach zurückzuweisen.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann