

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 66/80

URTEIL

Verkündet am
18. März 1981
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Herbert Hans H [REDACTED], B [REDACTED] Chaussee [REDACTED]
in H [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED] -

gegen

1. Kommanditgesellschaft in Firma C [REDACTED], Strumpffabrik
C.H. C [REDACTED], vertreten durch den persönlich haftenden
Gesellschafter Rudolf Karl-Heinz C [REDACTED], R [REDACTED]
in H [REDACTED],
2. den Kaufmann Rudolf Karl-Heinz C [REDACTED], R [REDACTED]
in H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 1981 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Merz, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 7. Februar 1980 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger verlangt von der Beklagten zu 1 (nachfolgend nur die Beklagte genannt) und dem Beklagten zu 2, dem persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten, Schadensersatz wegen angeblich verspäteter Räumung eines gewerblich genutzten Mietgrundstücks.

Im Oktober 1970 mietete die Beklagte vom Kläger Fabrikations-, Lager- und Büroräume in H[REDACTED], R[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. Der Mietvertrag sah eine Mietzeit bis zum 30. Juni 1981 vor.

- 3 -

Da der Beklagten die Räumlichkeiten zu groß waren, beabsichtigte sie, das gesamte Mietobjekt unterzuvermieten. Als Mieter fand sie die Firma P., die bereit war, an sie einen höheren Mietzins zu zahlen, als sie ihrerseits an den Kläger zu zahlen hatte. Dieser war der Ansicht, die Beklagte sei zur Untervermietung nicht berechtigt. Er verweigerte seine Zustimmung. Daraufhin einigten sich die Parteien dahingehend, daß das Mietverhältnis zwischen ihnen zum 30. November 1975 enden, daß der Kläger an die Firma P. weitervermieten und die Beklagte an dem durch die Weitervermietung erzielten Mehrbetrag beteiligt werden und außerdem eine Vergütung für die von ihr vorgenommenen Einbauten erhalten sollte. Im einzelnen ist in der Aufhebungsvereinbarung vom 21. Januar/14. Februar 1975 u.a. folgendes bestimmt:

- "2. Voraussetzung für die Aufhebung des Mietvertrages zwischen Herrn H. und der Firma C. ist jedoch, daß mit Wirkung vom 1. Dezember 1975 zwischen Herrn H. und der Firma P. ein Mietvertrag über die bislang an die Firma C. vermieteten Räumlichkeiten zustande kommt. Anstelle der von der Firma C. zur Zeit gezahlten Miete in Höhe von DM 30 290 zuzüglich Mehrwertsteuer monatlich muß sich der neue Mieter jedoch verpflichten, monatlich eine Miete von DM 41 940 zuzüglich Mehrwertsteuer zu zahlen.
3. Herr H. verpflichtet sich, solange der Mietvertrag mit der Firma P. besteht, längstens bis zum 31. Dezember 1981 von der monatlich gezahlten Miete der Firma C. als Vergütung

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



für die von ihr auf dem Grundstück vorgenommenen Einbauten, die wertmäßig von ihr mit DM 300 000 veranschlagt sind, einen Betrag von DM 3 750 nebst Mehrwertsteuer zu zahlen

Weiterhin verpflichtet sich Herr H., den danach entstehenden Restbetrag zwischen Herrn H. und der Firma C. im Verhältnis 58 % (H.) zu 42 % (C.) aufzuteilen.

4. Der Vertrag zwischen Herrn H. und der Firma P. darf bis zum Vertragsende am 31. Dezember 1981 einverständlich nur mit Zustimmung der Firma C. aufgehoben werden. Eine Herabsetzung der Miete in diesem Zeitraum ist nur mit Zustimmung der Firma C. möglich."

Zu diesem Zeitpunkt dachte keine der Parteien an die Möglichkeit eines Verkaufs des Grundstücks an die Firma P.. Mit ihr schloß der Kläger am 14. Februar 1975 einen Mietvertrag. Das Mietverhältnis sollte am 1. Dezember 1975 beginnen.

Der Kläger bot Anfang 1975 der Beklagten an, für sie kleinere Räumlichkeiten zu errichten und an sie zu vermieten. Die ihm gehörende Firma "Freies Wohnungsunternehmen Herbert H.", eine Kommanditgesellschaft, unterbreitete der Beklagten am 7. April 1975 ihre Vorstellungen. In dem Schreiben heißt es auszugsweise:

"6. Mietvertrag

Grundsätzlich gelten die gleichen Bedingungen wie bei dem derzeitigen zwischen der Grundstücksverwaltung Herbert H. und Ihnen bestehenden Mietvertrag...."

und

"Selbstverständlich müßte bei einer Einigung über eine Durchführung des Bauvorhabens zwischen uns ein Vorvertrag geschlossen werden."

Das Ergebnis ihrer Verhandlung legten die Parteien am 21. April 1975 in folgendem, von beiden Seiten unterzeichneten Vermerk nieder:

"1. Dauer: 6 Jahre fest + 4 Jahre Option

2. Finanzierung: 5 Jahre fest

Derzeitige Kalk. Grundlage 8 %
Veränderungen im Zinssatz oder
Auszahlung werden in der Miete+/-
verrechnet.

3. Kündigungsfrist: 12 Monate oder Ablauf
des Vertrages.

4. Bezug: 1. 11. 75

Zwischen Bezug und Freigabe alte Halle
1 Monat

Ab 1. 12. 75 in jedem Fall nur neue
Miete
2 150 qm
6,20

13 330,--

abzüglich

6 950,--

6 380,--

bei Verzögerung des Fertigstellungs-
termins über 1. 11. 75

5. neue Miete 2 150 qm à 6,20 DM 13 330,--
monatlich ex. MWSt."

Die Firma Freies Wohnungsunternehmen Herbert H. [REDACTED] teilte der Beklagten am 24. April 1975 mit, daß sich die Nutzfläche auf 2 270 qm erhöhe und der neue Mietzins demnach 13 733,50 DM betrage. Hiermit erklärte sich die Beklagte schriftlich einverstanden.

Am 15. August 1975 wurden die Fertigstellungstermine festgelegt; danach sollten die Halle am 1. November 1975 und die neuen Büroräume bis zum 1. Dezember 1975 soweit fertiggestellt sein, daß die Beklagte mit den erforderlichen Einbauten beginnen konnte. Der endgültige Fertigstellungstermin wurde für den 15. November bzw. 15. Dezember 1975 vorgesehen.

Zwischenzeitlich hatte der Kläger durch Vertrag vom 27. Juni 1975 das Grundstück R. [REDACTED] an die Firma P. [REDACTED] verkauft und sich verpflichtet, es zum 1. Dezember 1975 frei von Miet- und Pachtverhältnissen zu übergeben.

Durch Vereinbarungen vom 12. März und 1. September 1975 verpflichtete sich die Beklagte gegenüber der Firma P. [REDACTED], ihr Teile der alten Mieträume ab 6. Oktober 1975 zu Umbauarbeiten zu überlassen.

Gegenüber dem Kläger vertrat die Beklagte, die im Juli 1975 von dem Verkauf des Grundstücks erfahren hatte, mit Schreiben vom 19. August und 17. Oktober 1975 die Ansicht, durch den Verkauf des Grundstücks sei die Aufhebungsvereinbarung gegenstandslos geworden.

Sie kündigte an, nicht auszuziehen, sofern ihr nicht anstelle der ihr entgangenen Mietzinseinnahmen eine Entschädigung gezahlt werde, die sie in ihrem Schreiben vom 4. November 1975 auf 650 000 DM bezifferte.

Auch hinsichtlich der Einzelheiten des neu abzuschließenden Mietvertrages ergaben sich Differenzen. Wegen Änderung der vorgesehenen Finanzierung verlangte das Freie Wohnungsunternehmen Herbert H. [REDACTED] mit Schreiben vom 4. November 1975 einen um 420 DM monatlich erhöhten Mietzins. Aus dem diesem Schreiben beigefügten Vertragsentwurf ergab sich, daß die Firma Freies Wohnungsunternehmen als Vermieterin auftreten sollte. Außerdem sollte danach eine Untervermietung nur zu 50 % der Mietfläche erlaubt werden. Am 6. November 1975 ließ die Beklagte dem Kläger mitteilen, daß eine Anmietung der neuen Räumlichkeiten nicht in Frage komme, falls eine neue Vereinbarung über die Aufhebung des Mietvertrages R. [REDACTED] [REDACTED] nicht zustande kommen sollte. Sie stellte dem Kläger anheim, die Bauarbeiten für das neue Objekt bis zur endgültigen Klärung der Angelegenheiten einzustellen. Dieser erhob am folgenden Tage Räumungsklage beim Amtsgericht Hamburg Altona (314 C 890/75). In ihrer Klageerwiderung vom 26. November 1975 wies die Beklagte das Mietvertragsangebot vom 4. November 1975 mit der Begründung zurück, nur der Kläger persönlich, nicht aber die Kommanditgesellschaft könne den Mietvertrag abschließen, der Mietzins entspreche nicht der vorvertraglichen Vereinbarung und eine Beschränkung des Rechts zur Untervermietung sei nicht zulässig.

Am 17. November 1975 bot der Kläger der Beklagten einen Abfindungsbetrag in Höhe von 500 000 DM an, zahlbar Zug um Zug gegen Übergabe der Räume. Er wiederholte dieses Angebot am folgenden Tage und bot weiterhin die Verschiebung des Räumungstermins auf den 1. Januar 1976 an. Er verlangte eine abschließende Antwort bis 16.00 Uhr desselben Tages, weil davon die weiteren Dispositionen der Firma P. [REDACTED] abhingen. Die Beklagte erklärte, sie sei im Prinzip bereit, das Angebot des Klägers anzunehmen; Voraussetzung sei aber, daß mit der Firma P. [REDACTED] eine Abwicklungsvereinbarung zustande komme. Außerdem wies die Beklagte darauf hin, daß über die Bedingungen des neuen Mietvertrages noch keine Einigung erzielt worden sei.

Im Hinblick auf die fortdauernden Auseinandersetzungen zwischen den Parteien verlängerte die Firma P. [REDACTED] am 24. November 1975 ihr altes Mietverhältnis, das eigentlich zum Jahresende 1975 enden sollte.

Die Räumungsklage des Klägers gegen den Beklagten wurde durch Urteil vom 12. Dezember 1975 abgewiesen. Der Kläger legte Berufung ein. Mit Schreiben vom 22. Dezember 1975 unterbreitete er der Beklagten ein neues Vertragsangebot, in dem erneut als Vermieter die Kommanditgesellschaft angegeben war. In der Folgezeit verhandelten die Parteien weiter. Schließlich kam es am 9. Februar 1976 zum Abschluß eines außergerichtlichen Vergleichs. Der Kläger verpflichtete sich, persönlich als Vermieter den neuen Mietvertrag abzuschließen. Außerdem erklärte er sich zur Zahlung einer

Abfindungssumme in Höhe von 500 000 DM Zug um Zug gegen Räumung des alten Mietobjektes bereit. Er behielt sich alle Ansprüche wegen des von ihm behaupteten Verzugs der Beklagten vor. Die Beklagte räumte das Grundstück schließlich zum 1. März 1976.

Die Firma P. [REDACTED] erhob gegen den Kläger wegen der Verzögerung der Übergabe des Grundstücks Schadensersatzansprüche, und zwar forderte sie die ihrerseits aufgewendeten Mietzinszahlungen für die Monate Januar bis einschließlich Mai 1976, außerdem Anwaltskosten. Durch Teilurteil des Landgerichts Hamburg wurde der Kläger zur Zahlung von 206 519,58 DM zuzüglich Zinsen verurteilt. Er legte Berufung ein, die er jedoch aufgrund einer zwischenzeitlich erzielten Einigung mit der Firma P. [REDACTED] am 27. Juni 1977 zurücknahm.

Mit der Begründung, die Beklagte sei mit der Räumung des Mietobjektes in Verzug geraten, fordert der Kläger Schadensersatz. Er verlangt Erstattung des von ihm an die Firma P. [REDACTED] aufgrund des Teilurteils gezahlten Betrages. Ferner macht er Anwaltskosten, Gerichtskosten, Zinsverluste sowie Mietausfall bezüglich eines Teils der neuen Halle, der gleichfalls für die Firma P. [REDACTED] vorgesehen war, geltend. Insgesamt fordert er 341 372,87 DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg.

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

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus, der Kläger könne von der Beklagten Schadensersatz weder wegen verspäteter Räumung des alten Mietobjekts noch wegen positiver Vertragsverletzung oder Annahmeverzugs hinsichtlich des neuen Mietobjekts verlangen.

Mit der Räumung des (alten) Mietgrundstücks R. [REDACTED] sei die Beklagte nicht in Verzug geraten. Zwar sei ihre durch die Aufhebungsvereinbarung vom 14. Februar 1975 begründete Verpflichtung zur Räumung des Grundstücks durch dessen Verkauf an die Firma P. [REDACTED] nicht berührt worden und daher aufgrund der Vereinbarung vom 21. April 1975 entsprechend der Fertigstellung der neuen Mieträume zum 1. Dezember 1975 bezüglich der Halle und zum 1. Januar 1976 bezüglich der Büroräume fällig geworden. Ihr habe jedoch gegenüber dem Räumungsverlangen der Klägerin die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) zugestanden, weil sie, ohne daß es auf die strittige Frage des Zeitpunktes der Fertigstellung des neuen Gebäudes ankomme, die Räumung der ursprünglichen Mieträume so lange habe verweigern dürfen, bis der Kläger ein dem Mietvorvertrag entsprechendes Angebot auf Abschluß des neuen Mietvertrages vorgelegt habe. Den Abschluß eines solchen Vertrages habe der Kläger jedoch bis zum Vergleich vom 9. Februar 1976 abgelehnt. Die mit Schreiben vom 4. November 1975 und 22. Dezember 1975 unterbreiteten Vertragsentwürfe habe die Beklagte wegen der Abweichungen

gegenüber der Vereinbarung vom 21. April 1975 zurückweisen dürfen. Zu einem eigenen Vertragsantrag sei sie nicht verpflichtet gewesen, denn üblicherweise gebe der Vermieter das Vertragsangebot ab.

Auch die Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung lägen nicht vor. Ein hierauf gestützter Schadensersatzanspruch des Klägers sei zwar nicht durch den Vergleich vom 9. Februar 1976 ausgeschlossen worden, denn der Vorbehalt des Klägers, Schadensersatz wegen "Verzugs" fordern zu können, erstrecke sich auf alle Ansprüche, die im Zusammenhang mit der Räumung des Grundstücks möglich seien. Der Tatbestand der positiven Vertragsverletzung liege indessen nicht vor, denn die - wenn auch unberechtigte - Lossagung von der Aufhebungsvereinbarung sei insgesamt nicht als pflichtwidrig zu bewerten, weil die Beklagte stets Verhandlungsbereitschaft gezeigt habe und habe erkennen lassen, daß eine Räumung zum vereinbarten Termin möglich bleibe. Daß die Beklagte eine überhöhte Abfindung verlangt habe, sei für einen Schadensersatzanspruch des Klägers nicht kausal geworden, denn am Tage des "Ultimatums", dem 18. November 1975, habe sie ihre grundsätzliche Bereitschaft gezeigt, sich mit dem Kläger auf eine Abfindungszahlung in Höhe von 500 000 DM zu verständigen. In diesem Zeitpunkt habe sie auch vom Kläger verlangen können, von eventuellen Schadensersatzansprüchen der Firma P. [REDACTED] wegen verspäteter Räumung freigestellt zu werden, weil der Kläger eine Anpassung der Aufhebungsvereinbarung über zwei Monate lang strikt abgelehnt habe.

Erst am 24. Oktober 1975 habe er ein Einlenken erkennen lassen und erst Anfang 1976 sei er zum Abschluß des geschuldeten neuen Hauptmietvertrages bereit gewesen. Die Beklagte habe deshalb befürchten müssen, Schadensersatzansprüchen der Firma P. [REDACTED] wegen Verletzung der Vereinbarung vom 12. März/ 1. September 1975 ausgesetzt zu sein. Zumindest habe die Beklagte insoweit nicht schuldhaft gehandelt, denn sie habe davon ausgehen dürfen, dem Kläger ihre Forderung auf Freistellung von Ansprüchen der Firma P. [REDACTED] entgegenhalten zu können. Auch gegen ihre Verpflichtung, beim Abschluß des neuen Mietvertrages mitzuwirken, habe die Beklagte nicht verstoßen.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Schadensersatzansprüche des Klägers gegen die Beklagte wegen positiver Vertragsverletzung oder wegen Verzugs hat das Berufungsgericht zu Recht verneint.

1. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob, wie der Kläger behauptet, das für die Beklagte bestimmte, neu errichtete Gebäude termingerecht fertiggestellt war. Für das Revisionsverfahren ist dies zu seinen Gunsten zu unterstellen.

2. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, durch den Vergleich vom 9. Februar 1976 sei der Kläger nicht gehindert, auch Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung geltend zu machen, weil der Begriff "Verzug" in diesem Vergleich nicht im rechtstechnischen Sinne

gemeint sei, sondern den mit der Räumung des alten Mietobjekts zusammenhängenden Sachverhalt erfasse. Diese Auslegung, die von der Revision als ihr günstig hingenommen wird, ist möglich und daher für das Revisionsgericht bindend.

3. Mit dem Berufungsgericht und der Revision ist entgegen der Ansicht der Beklagten weiter davon auszugehen, daß die Aufhebungsvereinbarung durch den Verkauf des Grundstücks an die Firma P. [REDACTED] weder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung hinfällig geworden ist. Auch war die Beklagte, die, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, ihren Rücktritt von der Aufhebungsvereinbarung mit Schreiben vom 19. August, 17. Oktober und 4. November 1975 erklärt hat, nicht zum Rücktritt berechtigt. Zwar hat der Kläger eine positive Vertragsverletzung dadurch begangen, daß er entgegen der Regelung in Nr. 4 des Aufhebungsvertrages durch den Verkauf des Grundstücks verhindert hat, daß der Mietvertrag mit der Firma P. [REDACTED] in Vollzug gesetzt wurde. Hieraus läßt sich indessen ein Rücktrittsrecht der Beklagten nicht herleiten. Eine positive Vertragsverletzung berechtigt den Vertragsgegner nämlich nur dann zum Rücktritt, wenn für ihn infolge des Vertragsverstosses das Festhalten am Vertrag unzumutbar wird, weil seine Rechtsposition entscheidend verschlechtert oder gefährdet wird. Dies war vorliegend nicht der Fall. Das Berufungsgericht billigt der Beklagten einen Anspruch auf Anpassung der Aufhebungsvereinbarung dahin zu, daß sie statt der monatlichen Raten Zahlung

einer einmaligen Abfindungssumme in Höhe von 507 350,- DM Zug um Zug gegen Rückgabe des alten Mietobjekts verlangen konnte. Diese im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegende Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dann aber war die Beklagte hinreichend davor geschützt, durch den Fortfall der von der Firma P. [REDACTED] an den Kläger zu zahlenden monatlichen Mietzinsbeträge ihren Anspruch auf Beteiligung an dem durch die Weitervermietung erzielten Mehrerlös nicht realisieren zu können. Als Sicherheit für ihren Abfindungsanspruch konnte ihr überdies die Kaufpreisforderung des Klägers gegen die Firma P. [REDACTED] dienen.

4. Gleichwohl war, entgegen der Ansicht der Revision, die Beklagte weder verpflichtet, dem Kläger das alte Mietobjekt zum 1. Dezember 1975 bzw. 1. Januar 1976 zu übergeben, noch war sie gehalten, am 18. November 1975 ihre Räumungsverpflichtung zu diesen Terminen anzuerkennen.

a) Die von den Parteien übereinstimmend als Vorvertrag verstandene Vereinbarung vom 21. April 1975 legt das Berufungsgericht dahin aus, daß der Termin zur Räumung des alten Mietobjekts in der Weise von der Fertigstellung des Neubaus abhängen sollte, daß zwischen Auszug und Einzug ein Monat Übergangszeit liegen sollte. Somit waren an sich die Halle zum 1. Dezember 1975 und das Büro zum 1. Januar 1976 zu räumen. Auch diese Auslegung ist nicht zu beanstanden. Dem Berufungsgericht ist weiter darin zu folgen, daß angesichts der Interessenlage, insbesondere des ersichtlichen Interesses der

Beklagten, die Abfindungssumme sofort zu erhalten, die Regelung des § 556 Abs. 2 BGB, wonach gegenüber dem Anspruch auf Räumung eines Grundstücks kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann, als abbedungen anzusehen ist. Da § 556 Abs. 2 BGB nachgiebiges Recht enthält (RGZ 108, 137, 139), ist dies möglich.

b) Dann aber hält sich auch die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, der Anspruch der Beklagten auf Leistung einer angepaßten Abfindungszahlung sowie ihr Anspruch auf Überlassung des Neubaus aufgrund eines dem Vorvertrag entsprechenden Mietvertrages einerseits und der Räumungsanspruch andererseits habe in einem Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne des § 320 BGB gestanden, innerhalb der Grenzen der tatrichterlichen Würdigung. Hieraus folgt, daß die Beklagte dem Räumungsverlangen des Klägers gemäß § 320 BGB entgegensetzen konnte, daß dieser seine Verpflichtungen ihr gegenüber nicht erfüllt bzw. nicht deren gleichzeitige Erfüllung angeboten hatte.

5. Daß der Kläger seine Pflichten aus der Abfindungsvereinbarung und aus dem Vorvertrag nicht erfüllt hat, stellt das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend fest.

a) Das Berufungsgericht meint, er habe seiner Pflicht auf Anpassung des Aufhebungsvertrages durch das Angebot, 500 000 DM Zug um Zug gegen Übergabe der Räume zu zahlen, im wesentlichen genügt; wegen des vergleichsweise geringen Fehlbetrages von 7 350 DM habe

die Beklagte gemäß § 320 Abs. 2 BGB nicht die Räumung des Grundstücks verweigern dürfen. Dieser isolierten Betrachtungsweise ist nicht zu folgen. Da der Kläger, wie das Berufungsgericht zutreffend darlegt, auch in weiterer Hinsicht gegenüber der Beklagten verpflichtet war, behielt der Anspruch auf Zahlung der 7 350 DM im Rahmen der Einrede des nichterfüllten Vertrages seine Bedeutung.

b) Der Kläger war verpflichtet, mit der Beklagten einen Mietvertrag entsprechend der von den Parteien als Vorvertrag aufgefaßten Vereinbarung vom 21. April 1975 abzuschließen. Die Erfüllung dieser Verpflichtung hat er, zumindest bis Ende 1975, unrechtmäßig verweigert.

Durch die Vereinbarung vom 21. April 1975 mit der nachfolgenden Ergänzung vom 24. April 1975 und durch das vorausgegangene, vom 7. April 1975 stammende Angebot auf Abschluß eines Vorvertrages zu den Bedingungen des alten Mietvertrages war der Inhalt des neuen Mietvertrages zwar im wesentlichen umschrieben, jedoch war er nicht endgültig festgelegt. Wenn beide Parteien diese Vereinbarung als Vorvertrag verstanden, so bedeutet dies, daß sie sich darüber einig waren, noch nicht alle Vertragsbedingungen im einzelnen endgültig festzulegen, sondern für die Gestaltung des Hauptvertrages einen, wenn auch eingengten Verhandlungsspielraum zu lassen, der noch der Ausfüllung bedurfte. Wenn auf die Fassung des bestehenden Mietvertrages verwiesen wurde, so folgt daraus nicht,

daß er wörtlich zu übernehmen war; vielmehr konnten die Parteien in Wahrnehmung ihrer Interessen Abänderungen in Einzelfragen anstreben, ohne allein durch die Geltendmachung von Abänderungswünschen gegen den Inhalt des Vorvertrages zu verstoßen.

c) Aufgrund des Vorvertrages waren grundsätzlich beide Parteien zur Abgabe eines Vertragsantrags verpflichtet (vgl. Senatsurteil vom 21. Januar 1958 - VIII ZR 119/57 = WM 1958, 491, 492) und gehalten, ein Angebot der Gegenseite entweder anzunehmen oder an dem weiteren Aushandeln der Vertragsbedingungen mitzuwirken.

Das Berufungsgericht meint, das vom Kläger vorgelegte Vertragsangebot sei in mehreren Punkten vertragswidrig vom Vorvertrag abgewichen: Nur der Kläger persönlich, nicht aber sein Unternehmen, die Kommanditgesellschaft, habe als Vermieter auftreten dürfen; der Kläger sei nicht berechtigt gewesen, einen höheren Mietzins als den im Schreiben vom 27. April 1975 bestätigten zu fordern; schließlich sei eine Beschränkung des Rechts zur Untervermietung auf 50 % der gemieteten Fläche nicht zulässig gewesen. Dem kann nicht in jeder Hinsicht gefolgt werden.

aa) Der im Schreiben vom 4. November 1975 enthaltene Vorschlag, den Mietzins gegenüber dem im Schreiben vom 24. April 1975 genannten Betrag um 420 DM monatlich anzuheben, war nicht vertragswidrig. Der Vorvertrag enthielt nur eine überschlägige Berechnung des Mietzinses.

Der erste Teil der handschriftlichen Vereinbarung, den das Berufungsgericht nicht gewürdigt hat, läßt erkennen, daß der endgültige Mietzins von der Finanzierung der Baukosten abhängen sollte. Bezüglich des Mietzinses lag mithin eine endgültige Einigung der Parteien nicht vor; der Vorvertrag sah vor, daß bei anderweitiger Finanzierung zumindest in Grenzen eine Abweichung von dem errechneten Betrag zulässig sein sollte. Eine Abweichung um nur 420 DM liegt bei einem veranschlagten Mietzins von über 15 000 DM noch im Rahmen des Betrages, den sich beide Parteien vorgestellt haben, so daß das Verlangen des Klägers auf Anhebung des Mietzinses nicht gegen den Vorvertrag verstieß.

bb) Nicht vertragswidrig war auch sein Wunsch, eine vom ersten Mietvertrag abweichende Regelung des Rechts zur Untervermietung zu treffen. Beim ersten Mietvertrag hatte gerade die Bestimmung unter § 8 zu Meinungsverschiedenheiten darüber geführt, ob die gesamte Mietfläche untervermietet werden durfte oder nur ein Teil. Es lag daher im berechtigten Interesse des Klägers, insoweit eine Klarstellung zu erzielen und das Recht zur Untervermietung abweichend vom Ursprungsvertrag zu regeln. Auch mit dieser Forderung, die letztlich nur einen Nebenpunkt betraf, hielt sich der Kläger im Rahmen der vorvertraglichen Bindung.

cc) Nicht hinzunehmen - und hierauf kommt es entscheidend an - brauchte die Beklagte jedoch die erstrebte Änderung in der Person des Vermieters. Mit der Kommanditgesellschaft brauchte sie nicht abzuschließen. Maßgeblich dafür, wer als Vermieter den neuen Mietvertrag einzugehen hatte, ist die Vorkorrespondenz zwischen den Parteien und der Vorvertrag. Hierzu stellt das Berufungsgericht fest, die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, der Kläger persönlich habe sich durch den Vorvertrag gebunden, denn er habe nicht erklärt, ihn im Namen der Kommanditgesellschaft abzuschließen; derartiges sei auch nicht aus den Umständen für die Beklagte erkennbar hervorgegangen. Zutreffend stützt das Berufungsgericht sich bei seiner Würdigung auch auf den Umstand, daß die Rechtsform des Unternehmens aus dem Briefkopf des Schreibens vom 7. April 1975 und weiterer Schreiben des Klägers nicht ersichtlich war und daß diese Schreiben den Schluß zuließen, der Kläger persönlich wolle, wie schon zuvor, den Mietvertrag abschließen.

Das Angebot eines Vertragsschlusses mit der Kommanditgesellschaft entsprach somit nicht dem Vorvertrag. Der Kläger hat sich aber bis Ende 1975 geweigert, an dem von ihm persönlich geschuldeten Vertragsschluß mitzuwirken. Das von der Kommanditgesellschaft stammende Vertragsangebot durfte die Beklagte als nicht vertragsgerechte Leistung zurückweisen.

Wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, war eine derartige Weigerung der Beklagten nicht rechtsmißbräuchlich. Sie hatte nämlich ein berechtigtes Interesse daran, nur mit dem Kläger persönlich den neuen Mietvertrag abzuschließen, weil mit der Kommanditgesellschaft nur ein Untermietverhältnis zustande kommen konnte, bei dem ihre Stellung im Hinblick auf § 556 Abs. 3 BGB entscheidend geschwächt war.

d) Somit war die Beklagte berechtigt, den Einzug in das neue Gebäude so lange zu verweigern, bis ein dem Vorvertrag entsprechender Mietvertrag zustande gekommen war. War sie jedoch nicht zum Einzug in den Neubau verpflichtet, so konnte sie auch die Rückgabe des alten Mietobjekts verweigern. Dann war sie auch nicht verpflichtet, in der ultimativen Situation, die sich am 17. und 18. November 1975 ergeben hatte, vorbehaltlos zu erklären, sie werde zum 1. Dezember 1975 bzw. zum 1. Januar 1976 das an die Firma P. [REDACTED] verkaufte Grundstück räumen.

6. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages ist der Beklagten nicht deshalb zu versagen, weil sie ihrerseits gegen ihre vorvertraglichen Pflichten verstoßen hat.

a) Nicht entgegengehalten werden kann ihr, daß sie kein Vertragsangebot an den Kläger gerichtet hat. Hierzu war sie zwar grundsätzlich aufgrund des Vorvertrages verpflichtet; der Kläger hat jedoch deutlich zu erkennen

gegeben, daß er - vorvertragswidrig - nicht bereit war, Partner des abzuschließenden Mietvertrages zu sein. Er hat erst während des Räumungsrechtsstreits im Termin vom 28. November 1975 seine Bereitschaft erklärt, selbst den Mietvertrag einzugehen; in dem nachfolgenden Vertragsentwurf vom 22. Dezember 1975 ist jedoch wieder die Kommanditgesellschaft als Vermieterin angegeben. Solange die Gegenseite keine Bereitschaft zeigt, am Abschluß des geschuldeten Vertrages mitzuwirken, erübrigt sich ein Vertragsangebot, denn dieses ginge von vornherein ins Leere.

b) Als Verletzung des Vorvertrages könnte der Beklagten allenfalls angelastet werden, daß sie ihre Weigerung, den ihr vorgelegten Vertragsantrag vom 4. November 1975 anzunehmen, nicht hinreichend begründet hat. Erst in ihrem im Räumungsrechtsstreit eingereichten Schriftsatz vom 26. November 1975 hat sie sich darauf berufen, daß sie mit einer Beschränkung ihres Rechts zur Untervermietung nicht einverstanden sei und insbesondere nicht bereit sei, die Kommanditgesellschaft als Vermieterin zu akzeptieren. Das ist indessen unschädlich und vermag das Recht der Beklagten zur Erhebung der Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht zu berühren. Hätte sie am 18. November 1975 ihre Weigerung zutreffend damit begründet, daß sie nicht mit der Kommanditgesellschaft den Mietvertrag abschließen wolle, so hätte der Kläger denselben Schaden erlitten. Auch dann hätte er der Firma P. [REDACTED] gegenüber nicht die rechtzeitige Übergabe der Räume versprechen können; diese hätte

auch dann ihr bestehendes Mietverhältnis verlängert und die Kosten auf den Kläger abgewälzt.

7. Rechtsirrtumsfrei sind auch die abschließenden Erwägungen des Berufungsgerichts, in denen es ablehnt, aus anderen Sachverhalten eine zum Schadensersatz verpflichtende positive Vertragsverletzung der Beklagten herzuleiten.

a) In der unberechtigten Erklärung, von dem Aufhebungsvertrag zurückzutreten, liegt keine den Kläger schädigende Vertragsverletzung. Zwar kann eine unberechtigte Lossagung vom Vertrag eine positive Vertragsverletzung darstellen, jedoch hat die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stets Verhandlungsbereitschaft gezeigt und erkennen lassen, daß die Durchführung der Aufhebungsvereinbarung nach Anpassung möglich sei. Selbst in ihrem Schreiben vom 6. November 1975 kommt dies noch zum Ausdruck. Unter diesem Gesichtspunkt kann die Rücktrittserklärung noch als Wahrnehmung berechtigter Interessen hingenommen werden.

b) Ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten der Beklagten liegt auch nicht darin, daß sie ihre Abfindungsforderung auf 650 000 DM erhöht hat. Eine solche Forderung stand ihr zwar niemals zu. Da sie jedoch rechtzeitig, d.h. am 18. November 1975 ihre Forderung zurückgenommen hat, konnte die Zuvielforderung den Geschehensablauf, insbesondere die Reaktion des Klägers, nicht beeinflussen und blieb daher ohne Einfluß auf die Schadensentwicklung.

c) Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, daß das noch am 18. November 1975 geäußerte Verlangen der Beklagten, von Schadensersatzansprüchen der Firma P. freigestellt zu werden, eine Schadensersatzpflicht nicht auszulösen vermag. Ob insoweit der Tatbestand einer positiven Vertragsverletzung gegeben ist, mag dahinstehen; in jedem Falle hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei das Vorliegen eines Verschuldens verneint.

d) Auch die Verhandlungsführung der Beklagten nach dem 1. Januar 1976 blieb nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ohne Einfluß auf die Schadensentwicklung. Somit kann auch aus diesem Geschehen keine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung der Beklagten hergeleitet werden.

III. Nach allem hat das Berufungsgericht zu
Recht die Klage als unbegründet angesehen. Die Revision
war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 97 ZPO.

Braxmaier Wolf Merz Treier Dr. Brunotte