

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VIII ZR 67/64**URTEIL****Verkündet am**

11. Mai 1966
Klett, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Z [REDACTED] in K[REDACTED], Kl[REDACTED]
M[REDACTED], als Vertreter im Konkurs über das Vermögen der
Firma W. Me[REDACTED], Tabakmanufaktur, Gesellschaft mit beschränk-
ter Haftung, in K[REDACTED], O[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die U[REDACTED] Rückversicherungs-Aktiengesellschaft in Zü[REDACTED],
B[REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Verwaltungsrat,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 15. Januar 1964 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Eigentümerin eines Grundstücks in Kö■■■■. Auf ihm befand sich ein durch Kriegsergebnisse stark beschädigtes Doppelhaus. Durch Vertrag vom 19. September 1948 vereinbarte die Beklagte mit der Lebensmittelgroßhandlung Me■■■■ oHG in K■■■■, der Inhaberin der Geschäftsanteile der Gemeinschuldnerin, deren Rechte der Kläger als Konkursverwalter wahrnimmt, daß die oHG das Hochparterre des noch teilweise erhaltenen rechten Flügels des Hauses auf ihre Kosten aufbaue. Die geschaffenen Räume sollten an die oHG zu Lager-, Büro- und Wohnzwecken vermietet werden. Das Mietverhältnis sollte nicht vor dem 31. Dezember 1963 enden und sich jeweils um ein weiteres Jahr verlängern, wenn es nicht spätestens 3 Monate vor Ablauf mit eingeschriebenem Brief gekündigt werde. Zum Ausgleich der Instandsetzungskosten wurde der Mieterin bis zum 31. Dezember 1952 Mietfreiheit gewährt.

Die oHG ließ zwei Wohnungen, je einen Büro- und Lagerraum und eine Garage ausbauen. Die Wohnungen wurden von zwei als Handelsvertretern der späteren Gemeinschuldnerin tätigen Untermietern bezogen.

Nach Behauptung des Klägers haben die Kosten für den Aufbau des Hauses insgesamt 31 656,56 DM betragen. Da sie unstreitig den ursprünglich veranschlagten Betrag überstiegen, wurde der Mietvertrag von 1948 durch einen neuen Vertrag vom 15./17. August 1950 ergänzt. Als Mieterin trat nunmehr die spätere Gemeinschuldnerin auf. Die Überlassung der Wohn- und Geschäftsräume und der Garage sollte bis zum 31. Dezember 1953 unentgeltlich erfolgen, von diesem Zeitpunkt bis zum 31. Dezember 1955 sollte eine Vergütung von 100 DM je monatlich entrichtet werden und ab 1. Januar 1956 sollte die Vergütung 200 DM monatlich betragen.

Als im Jahre 1952 die Beklagte die Überzeugung gewann, daß die Kellerdecken des von der oHG wiederhergestellten Wohnungsteiles erhebliche Mängel aufwiesen, zog sie in Erwägung, das Doppelhaus völlig niederzureißen und an seiner Stelle ein neues Wohnhaus im Rahmen des sozialen Wohnungsbaues zu errichten. Die Parteien traten in Erörterungen darüber ein, ob und gegebenenfalls wie das Mietverhältnis vorzeitig aufgehoben werden könne. Am 29. Juli 1953 wurde über das Vermögen der Firma Me [REDACTED] das Anschlußkonkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt. Die beiden im Hause wohnenden Vertreter hatten schon vorher ihr Vertragsverhältnis mit der Gemeinschuldnerin aufgelöst.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 1953 benachrichtigte die Beklagte den Kläger davon, daß das Doppelhaus baufällig sei und die Wohnungen leerstünden. Sie forderte den Kläger auf,



Sicherungsmaßnahmen zu treffen. Der Kläger kündigte demgegenüber mit Schreiben vom 14. Oktober 1953 Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Entnahme von Türen, Fenstern und Installationseinrichtungen an. Er teilte mit, daß er die Wohnungen anderweit vermieten werde, sofern die nicht schon seit längerem schwebenden Abfindungsverhandlungen zu einem befriedigenden Ergebnis führen sollten. Die Beklagte weigerte sich indessen, eine Abfindung zu zahlen.

Anfang Dezember 1953 begann die Beklagte, das Gebäude abzubrechen. Hiergegen setzte sich der Kläger mit einstweiligen Verfügungen zur Wehr. Die Abbrucharbeiten wurden nach Aufhebung der einstweiligen Verfügungen Anfang April 1954 beendet. Anschließend ließ die Beklagte das geplante neue Wohnhaus errichten.

Der Kläger vertritt die Auffassung, ihm stünden Ersatzansprüche wegen vertragswidriger und eigenmächtiger Entziehung der Mieträume zu, hilfsweise ein Anspruch auf Erstattung der aufgewendeten Baukosten, weiter hilfsweise ein Schadensersatzanspruch wegen Entnahme von Materialien aus dem abgebrochenen Gebäude. Insgesamt fordert er für Mietausfall 30 540 DM und als Schadensersatz 5 295 DM. Von diesem Betrage macht er einen Teilbetrag von 20 000 DM geltend.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat in seinem ersten Urteil die Beklagte zur Zahlung von 8 954 DM nebst Zinsen verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Revisionen beider Parteien hat der erkennende Senat mit Urteil vom 3. Februar 1959 (VIII ZR 91/58 - LM BGB § 818 Abs. 2 Nr. 8 = NJW 1959, 872) dieses Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Durch das nunmehr angefochtene Urteil ist die Beklagte verurteilt worden, 1 100 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Verurteilung der Beklagten in voller Höhe. Die Beklagte beantragt, die Revisi zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Mietvorauszahlung

1. Das Berufungsgericht geht unangegriffen davon aus, daß die nachmalige Gemeinschuldnerin insgesamt 27 147,81 DM Baukosten für die Wiedererrichtung des Hochparterre und weitere 4 508,75 DM für den Ausbau der Garage aufgewendet hat. Es nimmt ferner an, nach dem Vertrage sei die Aufbauleistung der Gemeinschuldnerin dadurch abzugelten gewesen, daß sie vom 1. Januar 1949 bis 31. Dezember 1953 von der Zahlung eines Mietzinses befreit wurde und vom 1. Januar 1954 bis 31. Dezember 1955 anstelle eines an sich geschuldeten Mietzinses von 200 DM monatlich nur 100 DM zu zahlen hatte. Daraus folgt es zutreffend, daß eine echte Mietvorauszahlung in Höhe von 14 400 DM vorliegt. Das Berufungsgericht errechnet sodan, daß die Beklagte von der in dieser Höhe vorausbezahlten Miete für die Zeit vom 1. Dezember 1953 bis zum 31. Dezember 1955 (25 Monate) vorausentrichtete Miete mit einem Betrag von 2 600 DM (ein Monat zu 200 DM, 24 Monate zu je 100 DM) zurückzugewähren hat. Ferner spricht es dem Kläger einen nunmehr unstreitigen Anspruch auf Minderung der Miete um 100 DM für drei Monate zu. Den sich hieraus ergebenden Gesamtbetrag von 2 900 DM kürzt es um 1 800 DM, die der Kläger selbst absetzt. Es gelangt so zu dem von der Beklagten noch zu zahlen den Betrag von 1 100 DM.

2. Die Revision rügt, das Berufungsgericht lasse nicht erkennen, weshalb es die Verrechnung der Aufbaukosten zeitlich

begrenze. Das ist unrichtig. Das Berufungsgericht führt ausdrücklich aus, da seit Anfang Dezember 1953 wegen des berechtigterweise durchgeführten Abbruchs des Gebäudes die Pflicht zur Mietgewährung weggefallen sei, habe der Kläger aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung Anspruch auf Rückgewähr der für die Zeit vom 1. Dezember 1953 ab vorausbezahlten Miete. Es nimmt, wie es an anderer Stelle darlegt, an, es liege von diesem Zeitpunkt ab ein Fall der von keinem Teil zu vertretenden Unmöglichkeit nach § 323 BGB vor. Es kann zweifelhaft sein ob nach den Feststellungen und der Würdigung des Berufungsgerichts nicht die Unmöglichkeit von der Gemeinschuldnerin zu vertreten ist, so daß die Beklagte nach § 324 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung behalten hätte. Durch die Annahme, daß die Beklagte den vorausgezählten Mietzins ab 1. Dezember 1953 zurückzuzahlen habe, ist der Kläger jedenfalls nicht beschwert. Was den Endzeitpunkt vom 31. Dezember 1955 betrifft, glaubt die Revision fälschlich, das Berufungsgericht habe ihn gewählt, weil es angenommen habe, daß zu diesem Zeitpunkt das Gebäude baufällig geworden wäre. Das Berufungsgericht legt vielmehr ersichtlich zugrunde, daß nach dem Vertrage vom 15./17. August 1950 die Miete nur bis zum 31. Dezember 1955 um 100 DM gekürzt werden sollte und ab 1. Januar 1956 die vereinbarte Miete von 200 DM zu entrichten war.

Was die Mietvorauszahlung betrifft, kann die Revision also keinen Erfolg haben.

II. Verlorener Baukostenzuschuß

1. Einen Anspruch auf Erstattung des über 14 400 DM hinaus gehenden Teils der Baukosten hält das Berufungsgericht nicht für begründet.

Es legt zugrunde, daß, soweit die Aufbaukosten den als abwohnbar vereinbarten Betrag von 14 400 DM überschreiten,

insoweit die Aufbauleistung einen sogenannten verlorenen Baukostenzuschuß bildet. Gegen diese Auffassung wendet die Revision sich nicht.

2. Entsprechend dem damaligen Vortrag der Parteien hat der erkennende Senat im Urteil vom 3. Februar 1959 die Frage der Rückzahlung eines verlorenen Baukostenzuschusses unter dem Gesichtspunkt geprüft, daß die Beklagte das Mietverhältnis nach § 19 KO zum 31. Januar 1954 wirksam gekündigt habe, weil die Firma Me[REDACTED] in Konkurs gefallen war. Der Senat hatte im Urteil vom 3. Februar 1959 die Auffassung des Berufungsgerichts gebilligt, daß im Abbruch des Gebäudes und dem dabei gezeigten Verhalten der Beklagten eine Kündigung des Mietvertrages liege. In dem nunmehr angefochtenen Urteil läßt das Berufungsgericht es dahingestellt, ob anzunehmen sei, daß das Mietverhältnis zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten etwa aufgrund einer Kündigung zum 31. Januar 1954 sein Ende gefunden habe. Soweit die Revision sich mit der Frage befaßt, ob in dem Abbruch des Gebäudes eine Kündigung erblickt werden könne, gehen seine Ausführungen deshalb ins Leere.

3. In dem nunmehr angefochtenen Urteil vertritt das Berufungsgericht den Standpunkt, es könne zwar keine Rede davon sein, daß die der Gemeinschuldnerin vermieteten Räume Ende 1953 oder später etwa wegen Baufälligkeit nicht mehr hätten vermietet werden können und deshalb die Verpflichtung der Beklagten zur Mietgewährung ihr Ende gefunden hätte. Die Beklagte sei aber vom 1. Dezember 1953 ab nach § 323 BGB von der Verpflichtung, der Gemeinschuldnerin den Mietbesitz zu gewähren, frei geworden. Sie habe nämlich den Beweis geführt, daß sie berechtigt gewesen sei, Anfang Dezember 1953 das Gebäude im ganzen einschließlich der Mieträume niederzulegen. Der Abbruch habe unstreitig dazu gedient, den Wiederaufbau der kriegszerstörten Ruine einzuleiten. Die Beklagte sei nach dem Mietvertrage der Gemeinschuldnerin gegenüber befugt ge-

gewesen, alle für den Wiederaufbau erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Geschäftsgrundlage des Mietvertrages sei der Umstand gewesen, daß mit dem Vertrage der Anfang für die endgültige Wiedererrichtung des Gebäudes gemacht werden sollte. Die im Vertrag festgolegte Verpflichtung der Gemeinschuldnerin, das Erdgeschoß bis zum ersten Treppenpodest ordentlich und fachmännisch wieder aufzubauen, habe die Gemeinschuldnerin unstreitig mit Rücksicht auf den beabsichtigten weiteren Wiederaufbau übernommen. Das Erdgeschoß, insbesondere was die Kellerdecke und die Erdgeschoßdecke angehe, habe so hergestellt werden müssen, daß es für einen Wiederaufbau zu verwenden sei. Dieser Verpflichtung sei die Gemeinschuldnerin nicht nachgekommen. Sie habe weder die Kellerdecke so hergestellt, daß sie bei einem Wiederaufbau hätte verwendet werden können, noch habe sie sich um die Decke des Erdgeschosses bei dem Wiederaufbau im Jahre 1948 gekümmert. Daher sei es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erforderlich gewesen, die Kellerdecke wieder zu entfernen. Da die Decke des Erdgeschosses wegen der durch die Kriegsergebnisse verursachten Witterungsschäden in ihrer Tragfähigkeit besonders geschwächt gewesen sei, habe auch diese Decke abgebrochen werden müssen. Zwar sei es technisch möglich gewesen, die Decken abzubrechen, ohne die Mieträume merklich in Mitleidenschaft zu ziehen. Indessen hätte es hierzu eines erheblichen Aufwandes an Geldmitteln bedurft, der der Beklagten nicht zuzumuten gewesen sei. Im übrigen wäre, wenn die Decken des Erdgeschosses und Kellers entfernt worden wären, von den ohnehin beschädigten Mieträumen nicht mehr viel übriggeblieben. Praktisch wären daher die Mieträume vernichtet worden. Für einen solchen Wegfall der Mieträume habe die Beklagte nach dem Mietvertrage und den einverständlichen Überlegungen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten nicht einzustehen brauchen.

4. Der Senat hat im Urteil vom 3. Februar 1959 ausgeführt, habe der Mieter einen verlorenen Baukostenzuschuß geleistet, und werde der Mietvertrag vorzeitig beendet, so seien die verlorenen Bauleistungen nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung auszugleichen. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Erstattung des Wertes der Bauleistungen; denn diese stellten einen verlorenen Zuschuß, nicht ein Entgelt für die Raumnutzung dar. Nach der Auffassung des Senats ist für die Bereicherung darauf abzustellen, welchen Vorteil der Vermieter daraus ziehen könne, daß die Möglichkeit bestehe, das Grundstück früher als vorgesehen durch anderweite Vermietung günstiger zu nutzen. Der Abbruch der Mieträume als solcher steht, wie der Senat dargelegt hat, einem Bereicherungsanspruch nicht entgegen. Wenn das Gebäude nicht wegen Baufälligkeit hätte abgerissen werden müssen, sondern der Abbruch ausschließlich dem eigenen Interesse der Beklagten gedient habe, so sei es ihr nach Treu und Glauben versagt, sich auf einen Wegfall der Bereicherung zu berufen.

5. Das Berufungsgericht scheint anzunehmen, daß eine vorhandene Bereicherung weggefallen sei, denn es führt aus, die Beklagte könne sich auf einen Wegfall der Bereicherung dann berufen, wenn das Gebäude aus berechtigtem Grunde - wie das Berufungsgericht hier als erwiesen ansieht - abgerissen worden sei. Gegen diesen rechtlichen Ausgangspunkt bestehen zwar Bedenken. Das Berufungsgericht legt zugrunde, daß die Beklagte dem Kläger gegenüber berechtigt war, die von der Firma Mertens gebauten Räume abzubauen, um einen Neubau auszuführen, weil die Firma Mertens entgegen der übernommenen Verpflichtung das Erdgeschoß nicht so wieder hergestellt habe, daß auf ihm das Haus weiter aufgebaut werden konnte. Dann aber hat die Beklagte durch die Besitzerlangung nicht die Möglichkeit gewonnen, das von der Firma Me[REDACTED] aufgebaute Erdgeschoß als Raum durch eine anderweite Nutzung günstiger zu verwerten. Um eine Raumnutzung ist die Beklagte daher nicht auf Kosten der Klägerin bereichert. Eine Vermögensverschie-

bung ist in Wahrheit nicht eingetreten. Auf jeden Fall wäre aber die Möglichkeit zur Raumnutzung nicht ungerechtfertigt, sondern im Gegenteil aufgrund der vertraglichen Beziehungen gerade mit rechtlichem Grunde erlangt. Nach der Auslegung des Berufungsgerichts war der Kläger verpflichtet, den Abbruch der vertragswidrig errichteten Mieträume und deren andersartigen Wiederaufbau zu dulden. Einer endgültigen Entscheidung bedarf es aber nicht. Selbst wenn angenommen wird, daß eine ursprünglich vorhandene Bereicherung durch den auf freiem Willen der Beklagten ruhenden Abbruch des Erdgeschosses weggefallen sei, wäre es der Beklagten nicht verwehrt, sich auf den Wegfall zu berufen, weil ein Wegfall, der einem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis entspricht, nicht gegen Treu und Glauben herbeigeführt worden ist.

a) Die Rügen, mit denen die Revision die Würdigung des Berufungsgerichts angreift, daß Inhalt des zwischen der Beklagten und der Firma Me [REDACTED] geschlossenen Vertrages auch die Verpflichtung gewesen sei, das Erdgeschoß in seinen wesentlichen Teilen, insbesondere was die Kellerdecke und die Erdgeschoßdecke angeht, für einen Wiederaufbau verwendungsfähig herzustellen, sind nicht begründet. Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, es sei unstreitig, daß die Firma Me [REDACTED] die Verpflichtung, das Erdgeschoß bis zum ersten Treppenpodest ordentlich und fachmännisch wieder aufzubauen, mit Rücksicht auf den beabsichtigten weiteren Wiederaufbau übernommen habe. Das Berufungsgericht war nicht gehindert, anzunehmen, daß die Firma Me [REDACTED] den Bau nicht nur ordentlich und fachmännisch habe ausführen müssen, wie sie ihn für ihre Zwecke gebraucht habe, sondern daß sie diese Verpflichtung übernommen habe im Hinblick auf einen späteren Wiederaufbau des ganzen Gebäudes. Baut ein Mieter das Erdgeschoß eines zerstörten Hauses auf, so kann das entweder behelfsweise geschehen, so daß der Bau bei einem endgültigen Wiederaufbau wieder abgetragen und durch tragfähige Decken und Träger ersetzt wird, oder aber bereits als Teil des spä-

ter zu errichtenden ganzen Hauses. Wenn, wie die Revision selbst einräumt, die Vertragsparteien sich bewußt waren, daß die Verträge von 1948 und 1950 den Auftakt für die Wiedererrichtung des Gebäudes bilden sollten, ist die Annahme nicht rechtsirrtümlich, die Parteien hätten stillschweigend vereinbart, das Erdgeschoß müsse so aufgeführt werden, daß auf ihm das weitere Gebäude auch wirklich wieder errichtet werden könne. Den gegenteiligen Schluß brauchte das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision auch nicht aus dem Umstand zu ziehen, daß die Beklagte beim Abschluß des Vertrages von 1950 keine Beanstandungen erhoben hatte. Die Revision hat nicht aufgezeigt, daß der Beklagten damals die Mängel der Decken des Keller- und Erdgeschosses bereits bekannt waren.

b) Erfolglos müssen auch die Angriffe der Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts bleiben, die Beklagte habe bewiesen, daß die von der Firma Me[REDACTED] erbaute Kellerdecke und die Erdgeschoßdecke für den Wiederaufbau des Hauses nicht verwendbar gewesen seien. Die Feststellung, die Kellerdecke sei nicht so wiederhergestellt oder erneuert worden, daß sie bei einem Wiederaufbau hätte verwendet werden können, trifft das Berufungsgericht aufgrund der Gutachten der Sachverständigen Br[REDACTED], He[REDACTED], Her[REDACTED] und We[REDACTED]. Mit diesen Gutachten hat das Berufungsgericht sich eingehend auseinandergesetzt und sie gegen die Privatgutachten der Gutachter H[REDACTED] und Ph[REDACTED] sorgfältig abgewogen. Aus den Ausführungen des Berufungsurteils, die Sachkunde der Sachverständigen biete Gewähr, daß sie aus der Menge der vorliegenden Angaben die wirklich erheblichen Umstände herausgefunden und ihrem Urteil zugrundegelegt hätten, kann nicht geschlossen werden, das Berufungsgericht habe, wie die Revision meint, sich die Aufklärung des für den Sachverständigen wichtigen Sachverhalts aus der Hand nehmen lassen. Es liegt auch nichts vor, was die Annahme rechtfertigen könnte, das Berufungsgericht habe die Behauptung des Klägers übersehen, daß die Kellerdecke von der Firma Me[REDACTED] nur teilweise erneuert worden sei. Die Sachverständigen sind zu der Überzeugung ge-

kommen, daß die Kellerdecke im ganzen weder ordnungsgemäß erneuert worden noch aus sich heraus tragfähig gewesen sei und daß sie wegen ihrer Beschaffenheit vor einem Wiederaufbau auf jeden Fall habe entfernt werden müssen. Danach hat eine teilweise Erneuerung gerade nicht genügt.

Was die Decke des Erdgeschosses betrifft, stellt das Berufungsgericht fest, um sie habe man sich bei dem Wiederaufbau im Jahre 1948 offensichtlich nicht weiter gekümmert. Da die Deckenfelder mit sehr wasseraufnahmefähigem Bimsbeton ausgefüllt gewesen seien, sei die Decke nach den vom Berufungsgericht verwendeten Bekundungen der Zeugen G. [REDACTED] und R. [REDACTED] und des Sachverständigen Her. [REDACTED] besonders geschwächt gewesen. Aufgrund der Gutachten der Sachverständigen Her. [REDACTED] und des Westphalen sieht das Berufungsgericht als erwiesen an, daß die Erdgeschoßdecke habe entfernt werden müssen. Die Revision meint, dem Kläger sei nicht anzulasten, daß die Beklagte den Wiederaufbau des Gebäudes nicht vor Dezember 1953 begonnen habe. Die fortschreitende Verschlechterung durch Witterungseinflüsse habe daher nicht zu Lasten des Klägers berücksichtigt werden dürfen. Damit kann die Revision indessen nicht gehört werden. Daß die Beklagte sofort im Anschluß an die Firma Me. [REDACTED] hätte weiterbauen müssen, hat der Kläger nicht behauptet. Dafür liegen auch keine Anhaltspunkte vor. Unter diesem Gesichtspunkt bestehen keine Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts, es liege ein Verschulden der Firma Me. [REDACTED] gerade darin, daß sie nichts getan habe, um die Decke gegen Witterungseinflüsse abzusichern.

Fehl geht die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nach § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, daß es darauf ankomme, welche Verpflichtungen die Firma Me. [REDACTED] übernommen habe. Der Kläger ist durch die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht überrascht worden. Es führt aus, der Be-

klagten sei im Urteil des erkennenden Senats vom 3. Februar 1959 anheim gegeben worden, näheres darüber vorzutragen, ob das Gebäude aus berechtigtem Grunde abgerissen worden sei. Das habe die Beklagte getan. Unter diesen Umständen war es Sache des anwaltlich vertretenen Klägers, zu den Behauptungen der Beklagten in der notwendig erscheinenden Weise Stellung zu nehmen. Eines besonderen Hinweises des Berufungsgerichts bedurfte es nicht.

c) Schließlich kann die Revision auch mit ihrem Einwand keinen Erfolg haben, das Berufungsgericht habe fälschlich angenommen, der Beklagten sei nicht zumutbar gewesen, den Abbruch der Ruine vorzunehmen, ohne in den Bestand der Mieträume einzugreifen. Das Berufungsgericht verkennet nicht, daß es technisch möglich gewesen war, die Decken abzubrochen, ohne die Mieträume merklich in Mitleidenschaft zu ziehen. Seine Auffassung, eine solche Maßnahme hätte einen finanziellen Aufwand erfordert, der der Beklagten nicht zugemutet werden konnte, gründet sich auf die durchgeführte Beweisaufnahme. Wenn das Berufungsgericht der Ansicht ist, unter Berücksichtigung des Umstandes, daß alle Decken beseitigt werden müssen, sei es nicht vertretbar, von der Beklagten zu verlangen, daß sie überaus kostspielige Maßnahmen zum Schutze des Erdgeschosses hätte durchführen müssen, so ist das eine dem Tatrichter obliegende, im Revisionsrechtszuge nur beschränkt nachprüfbare Tatsachenwürdigung. Die Revision hat nicht aufgezeigt, daß diese Würdigung unmöglich ist, gegen Denkgesetze verstößt oder anerkannte Auslegungsgrundsätze verletzt.

d) Die Revision hat in der mündlichen Verhandlung schließlich geltend gemacht, die Beklagte hätte die Gebäudeteile auch dann abgerissen, wenn die Firma Me[REDACTED] Keller und Erdgeschoß so aufgebaut hätte, daß darauf weitere Stockwerke hätten errichtet werden können. Diese Behauptung hat der Kläger, soweit aus den Akten ersichtlich ist, in den Tatsacheninstanzen nicht

vorgetragen. Die Revision hat auch nicht aufgezeigt, daß das Berufungsgericht ein solches tatsächliches Vorbringen etwa übergangen hätte. Der Vortrag kann im Revisionsrechte nicht mehr nachgeholt werden. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Behauptung rechtserheblich ist.

III.

Die Revision des Klägers war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann