

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VIII ZR 99/65**URTEIL****Verkündet am**

29. November 1967

Klett,

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Erwin L [REDACTED] in F [REDACTED] am M [REDACTED], Fr [REDACTED]
[REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Salomon G [REDACTED],

2. Roman S [REDACTED],

beide wohnhaft in F [REDACTED] am M [REDACTED], T [REDACTED]-C [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main vom 6. Oktober 1964 aufgehoben, soweit es die Berufung des Klägers gegen die Abweisung des Anspruchs auf Zahlung von 7.300 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 1. November 1962 durch Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts in Frankfurt am Main vom 7. November 1963 zurückgewiesen und über die Kosten entschieden hat.

Die weitergehende Revision wird als unzulässig verworfen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 3. Mai 1962 mietete der Kläger, der eine Speisegaststätte eröffnen wollte, Erdgeschoß und Kellerräume im Hause F [REDACTED] am H [REDACTED], T [REDACTED]-C [REDACTED]-Straße [REDACTED]/[REDACTED], das sich damals noch im Aufbau befand, für einen monatlichen Mietzins von 800 DM zuzüglich Nebenkosten. Das Mietverhältnis sollte nach dem schriftlichen Vertrage am 1. Juli 1962 beginnen und auf zehn Jahre geschlossen sein. In einer vom selben Tage datierten Anlage zu dem Mietvertrage war bestimmt, daß der Mieter eine unverzinsliche Mietkaution von 2.700 DM zu leisten hatte, die auch gezahlt wurde. In Nr. 3 der Anlage war dem Mieter das Recht eingeräumt, auf eigene Kosten von der Gaststätte im Erdgeschoß zu den Kellerräumen eine Innentreppe zu errichten. Der Mieter war ferner berechtigt, das Lokal im Rahmen des Mietvertrages unterzuverpachten (Nr. 8 der Anlage). Der Mietvertrag sollte in Kraft treten, sobald die städtischen Behörden die Genehmigung zum Betriebe einer Speisegaststätte erteilt hatten. Als Vermieter waren in dem Vertrage die Beklagten aufgeführt. Unterzeichnet wurden Vertrag und Anlage nur von dem Kläger und dem Zweitbeklagten. Der Erstbeklagte hat behauptet, daß nicht er, sondern seine Ehefrau Miteigentümer des Grundstücks T [REDACTED]-C [REDACTED]-Straße [REDACTED]/[REDACTED] sei und daß er sich geweigert habe, den Vertrag zu unterschreiben.

Mit Schreiben vom 30. Oktober 1962 stellten die Beklagten dem Kläger das Mietobjekt zur Verfügung. Dieses Schreiben kam als unzustellbar zurück. Unter dem 28. November 1962 sandten die Beklagten dem Kläger Abschrift ihres Schreibens vom 30. Oktober 1962 und forderten ihn auf, die Novembermiete zu zahlen. Dieses Schreiben war von dem Erstbeklagten unterschrieben.



Der Kläger behauptet, daß damals die Räume, insbesondere die Toilettenanlage, die auf seinen Wunsch in den Keller verlegt worden war, nicht in einem konzessionsfähigen Zustand gewesen seien. Mit Brief vom 22. Januar 1963, der ebenfalls nur von dem Erstbeklagten unterzeichnet war, warfen die Beklagten dem Kläger vor, daß er es unterlassen habe, die nötigen Schritte zu tun, um die Konzession zu erhalten. Gleichzeitig kündigten sie das Mietverhältnis zum 1. Februar 1963 und verlangten Ersatz des Mietausfalls.

Am 29. März 1963 schrieben die Beklagten an den von dem Kläger beauftragten Rechtsanwalt in Erwiderung von dessen Brief vom selben Tage, die Baubehörde habe die Genehmigung erteilt, eine Hebeanlage einzubauen, so daß die Toiletten im Keller bleiben könnten und der Eröffnung der Gaststätte sodann nichts im Wege stehe. Wegen der Kälte hätten die Beklagten erst verspätet mit der Arbeit beginnen können. Sie hofften, in zwei bis drei Wochen mit der Anlage fertig zu sein. Auch dieses Schreiben war von dem Erstbeklagten unterzeichnet.

Eine entsprechende Mitteilung machten die Beklagten dem Kläger selbst unter dem 2. April 1963 und forderten ihn auf, nunmehr die Konzession zu beantragen.

Der von dem Kläger beauftragte Rechtsanwalt beantwortete den Brief vom 29. März 1963 am 9. April 1963. Er wies die Beklagten darauf hin, daß sie sich seit dem 1. Juli 1962 in Verzug befänden, und verlangte Ersatz des Verzugsschadens. Außerdem forderte

er die Beklagten auf, bis spätestens zum 30. April 1963 konzessionsfähige Toiletten herzustellen, andernfalls der Kläger die Erfüllung aus dem Mietvertrage durch die Beklagten ablehnen müsse und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen werde.

Unter dem 7. Mai 1963 lehnte der von dem Kläger beauftragte Rechtsanwalt in dessen Auftrage die Erfüllung des Mietvertrages ab und verlangte Schadensersatz.

Dieses Schreiben kreuzte sich mit einem von dem Erstbeklagten unterzeichneten Brief der Beklagten vom 6. Mai 1963 an den Kläger, in dem sie ihm mitteilten, daß die Hebeanlage installiert sei und die Gaststätte in Betrieb genommen werden könne.

Der von dem Kläger beauftragte Rechtsanwalt antwortete unter dem 15. Mai 1963, der Kläger habe am 11. Mai 1963 das Lokal zu besichtigen versucht. Damals seien die Bauarbeiten noch nicht beendet gewesen. Außerdem sei dem Kläger am 12. Mai 1963 der Zutritt zu dem Lokal nicht gestattet worden. Damit stehe fest, daß die Beklagten die Zurverfügungstellung des Lokals verweigert hätten und schadensersatzpflichtig seien.

In ihrem Antwortschreiben vom 22. Mai 1963 machten die von den Beklagten beauftragten Rechtsanwälte geltend, daß ein wirksamer Mietvertrag zwischen den Parteien nicht zustandegekommen sei. Außerdem hätten die Beklagten die Verlegung der Toiletten in den Keller nur unter der Voraussetzung gebilligt, daß der Kläger die Kosten für diese bauliche Maßnahme trage und für die Folgen der Abänderung des ursprünglichen Bauplans

einstehe. Schließlich verwiesen die Bevollmächtigten der Beklagten auf die am 22. Januar 1963 ausgesprochene Kündigung und lehnten Schadensersatzsprüche des Klägers ab.

Der Kläger hat darauf Klage erhoben, mit der er Rückgewähr der geleisteten Kautions von 2.700 DM nebst 6 % Zinsen ab 1. November 1962 an Gerhard Gü■■■■, mit dem der Kläger einen Unterpachtvertrag abgeschlossen und der das Geld zur Verfügung gestellt hatte, sowie Zahlung weiterer 7.300 DM ebenfalls nebst 6 % Zinsen ab 1. November 1962 als Teilbetrag seines Schadens an sich selbst verlangt hatte.

Das Landgericht hat die Beklagten zur Zahlung von 2.700 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 16. Mai 1963 an Gerhard Gü■■■■ verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Der Kläger hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt und die Verurteilung der Beklagten erstrebt, soweit die Klage abgewiesen worden war. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt der Kläger seinen im Berufungsrechtszuge gestellten Antrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist im wesentlichen begründet.

1. Keinen Erfolg haben kann die Revision allerdings insoweit, als der Kläger den abgewiesenen Zinsanspruch von dem zuerkannten Betrage von 2.700 DM weiter verfolgt. Das Landgericht hat diesen Anspruch

deswegen abgewiesen, weil der Kläger erst am 15. Mai 1963 Rückzahlung der Kautions verlangt habe, so daß diese nicht vor dem 16. Mai 1963 fällig geworden sei, und weil der Kläger gemäß §§ 353, 352 HGB nur 5 % und nicht 6 % Zinsen zu beanspruchen habe. Das Berufungsgericht, vor dem der Kläger die abgewiesenen Ansprüche in vollem Umfange weiter verfolgt hatte, hat die Berufung zurückgewiesen, also auch wegen des erwähnten Zinsanspruches, obwohl dieser in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils nicht erwähnt wird. Da auch mit der Revision die abgewiesenen Ansprüche in vollem Umfange weiter verfolgt werden, hätte sich die Revisionsbegründung mit dem abgewiesenen selbständigen Zinsanspruch beschäftigen müssen, denn der Revisionskläger muß seine Revision zu jedem einzelnen Beschwerdepunkt mit selbständigem Streitstoff begründen. Das ist hinsichtlich des vom Landgericht abgewiesenen Zinsanspruches, soweit er sich auf den zuerkannten Betrag von 2.700 DM bezieht, nicht geschehen. Deshalb ist die Revision in diesem Umfange unzulässig und muß verworfen werden.

2. Die in der schriftlichen Revisionsbegründung erhobene Besetzungsrüge hat die Revision fallen gelassen.

3. Ob die auf § 551 Nr. 7 ZPO gestützte Verfahrensrüge der Revision, die sie damit begründet hat, daß dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers die Ausfertigung des am 6. Oktober 1964 verkündeten Berufungsurteils erst am 11. März 1965 zugegangen ist, Erfolg haben müßte, bedarf keiner Entscheidung, denn das angefochtene Urteil kann, soweit die Revision nicht unzulässig ist, schon aus anderen Gründen keinen Bestand haben.

a) Wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, war im Berufungsrechtszuge Gegenstand des Rechtsstreits neben dem abgewiesenen Zinsanspruch aus dem zuerkannten Betrage von 2.700 DM lediglich der Anspruch des Klägers auf Ersatz des Schadens, den er dadurch erlitten haben will, daß die Beklagten ihm die gemieteten Räume nicht fristgerecht in einem Zustand zur Verfügung gestellt hätten, der die Erlangung der Konzession und den Betrieb der Gaststätte ermöglichte.

Das Berufungsgericht unterstellt zu Gunsten des Klägers, daß die Beklagten nach den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen verpflichtet gewesen seien, die Hebeanlage für die auf Wunsch des Klägers in den Keller verlegten Toiletten auf ihre Kosten durchführen zu lassen. Es sieht sich jedoch zu der Feststellung außerstande, daß die Beklagten diese Arbeiten schuldhaft verzögerlich betrieben und sich im Verzuge befunden hätten, als der Kläger das Schreiben vom 9. April 1963 an die Beklagten richten ließ. Allenfalls könne in diesem Schreiben, so führt das Berufungsgericht aus, die gebotene Mahnung erblickt werden, mit der auch nicht etwa die Nachfristsetzung im Sinne von § 326 BGB verbunden gewesen sei. Die Beklagten seien auch bis zur Ablehnung der Erfüllung des Vertrages durch den Kläger mit dem in seinem Auftrage abgesandten Schreiben vom 7. Mai 1963 erfüllungsbereit gewesen, wie ihr Schreiben vom 6. Mai 1963 ergebe. Daß ihre Anzeige, die Hebeanlage sei nunmehr installiert und der Konzessionserteilung ständen deshalb keine Hindernisse mehr im Wege, unrichtig gewesen sei, habe der Kläger nicht substantiiert behaupten können. Der Kläger habe sich mit seinem Schreiben vom 7. Mai 1963 daher zu

Unrecht vorzeitig aus dem Vertragsverhältnis gelöst und sei deshalb zur Geltendmachung von Schadensersatz nach § 326 BGB nicht berechtigt gewesen.

b) Die Revision wendet sich mit Recht dagegen, daß das Berufungsgericht angesichts des seiner Entscheidung zugrundegelegten Sachverhalts angenommen hat, die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB seien nicht gegeben.

Allerdings kann der Revision nicht darin gefolgt werden, daß die Beklagten bereits seit dem 1. Juli 1962 sich mit der Überlassung der Mieträume in Verzug befunden hätten. Unstreitig ist zwischen den Parteien die Vereinbarung über die Verlegung der Toiletten in den Keller erst im Oktober 1962 zustandegekommen. Insoweit wurde also der Mietvertrag abgeändert und klargestellt, daß er nicht schon am 1. Juli 1962 begonnen hatte. Denn nach dem eigenen Vorbringen des Klägers waren die Mieträume erst konzessionsfähig, sobald die Toiletten im Keller benutzbar waren. Entgegen der Ansicht der Revision war also der Mietvertrag noch nicht am 1. Juli 1962 in Kraft getreten.

Allerdings hätten die Beklagten, wenn sie entsprechend der für den erkennenden Senat bindenden Unterstellung des Berufungsgerichts nach der im Oktober 1962 getroffenen Vereinbarung der Parteien zur Einrichtung der Toiletten im Keller verpflichtet waren, mit den dazu erforderlichen Arbeiten ohne Zögern beginnen und sie zügig durchführen müssen. Daß sie dieser Verpflichtung nachgekommen seien, haben die Beklagten nicht dargelegt. Es ist nicht einmal von ihnen vorgetragen worden, wann sich die Notwendigkeit des Einbaus der Hebeanlage ergab und was sie veranlaßten, damit die erforderliche Hebeanlage schleunigst fertiggestellt wurde. Gegen ihre

Angabe, daß der Einbau der Hebeanlage infolge starken Frostes verzögert worden sei, spricht der vom Kläger hervorgehobene Umstand, daß es sich um Arbeiten im Keller eines bereits fertigen Hauses handelte, die im allgemeinen auch bei niedrigen Außentemperaturen durchgeführt werden können.

Wird mithin davon ausgegangen, daß die Beklagten nach den Vereinbarungen der Parteien die Pflicht zum unverzüglichen Ausbau der Toiletten im Keller einschließlich der Errichtung der Hebeanlage trafen, ohne die eine Ingebrauchnahme der Toiletten nicht möglich war, so könnte die sich aus dem Mietvertrage ergebende Verpflichtung der Beklagten zur Herstellung der Geschäfts- und Nebenräume und Übergabe in konzessionsfähigem Zustand, die von dem Berufungsgericht trotz der mißverständlich gefaßten Bestimmung des § 31 Nr. 9 des Mietvertrages ohne Rechtsverstoß bejaht wird, bereits fällig gewesen sein, als die Beklagten das Schreiben des von dem Kläger beauftragten Rechtsanwalts vom 9. April 1963 erhielten. Nach ständiger Rechtsprechung, der auch der erkennende Senat folgt, kann die den Verzug begründende Mahnung mit der Fristsetzung verbunden werden.

War mithin die den Beklagten obliegende Leistung bereits vor dem 9. April 1963 fällig, so war der Kläger berechtigt, den Beklagten eine angemessene Frist zur Bewirkung ihrer Leistung mit der Androhung zu bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne, und so konnte er nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 326 BGB). Der Wortlaut des Schreibens enthält sowohl

die Fristsetzung als auch die nach § 326 BGB erforderliche Erklärung, so daß die Ansicht des Berufungsgerichts, mit der in dem Schreiben zu erblickenden Mahnung sei keine Nachfristsetzung verbunden gewesen, fehl geht. Daß die Frist unangemessen kurz gewesen sei, haben die Beklagten nicht behauptet. Ebenso ist unstreitig, daß die Beklagten die Hebeanlage erst nach Ablauf der bis zum 30. April 1963 bemessenen Frist fertiggestellt hatten und die Toiletten deshalb bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht brauchbar waren.

c) Ein Schadensersatzanspruch des Klägers könnte zudem auch dann begründet sein, wenn die Beklagten im Zeitpunkt des Zuganges des Schreibens des von dem Kläger beauftragten Rechtsanwalts vom 9. April 1963 noch nicht zur Übergabe der Räume verpflichtet gewesen sein sollten. Die Beklagten hatten mit ihrem Brief vom 6. Mai 1963, also noch bevor der Kläger mit seinem Brief vom 7. Mai 1963 die Erfüllung des Vertrages abgelehnt und Schadensersatz verlangt hatte, dem Kläger mitgeteilt, daß die Hebeanlage installiert sei und die Gaststätte in Betrieb genommen werden könne. Nach dem Vortrag des Klägers hat der Erstbeklagte nach Erhalt des Briefes vom 7. Mai 1963 mit dem Rechtsanwalt des Klägers telefonisch gesprochen. Im Verlaufe des Gesprächs soll der Rechtsanwalt des Klägers erklärt haben, er werde den Kläger zur Besichtigung des Lokals vorbeischicken. Der Kläger habe darauf, so hat er vorgetragen, auch die Besichtigung der Mieträume versucht und festgestellt, daß am Samstag, den 11. Mai 1963 die Bauarbeiten noch nicht beendet waren. Am folgenden Tage sei dem Kläger der Zutritt verwehrt worden. Nachdem der Rechtsanwalt des Klägers den Beklagten hiervon Mitteilung gemacht und auf seinen Schadensersatzansprüchen beharrt hatte, verweigerten die Rechtsanwälte der Beklagten endgültig die Übergabe

der Mieträume an den Kläger, verwiesen auf die Kündigung vom 22. Januar 1963 und lehnten sämtliche Ansprüche des Klägers ab.

Aus diesem Sachverhalt läßt sich möglicherweise der Schluß ziehen, was das Berufungsgericht unerörtert gelassen hat, daß der Kläger, nachdem ihm die Beklagten, wenn auch nach Ansicht des Klägers verspätet, die Mieträume angeboten hatten, zu ihrer Übernahme bereit war, sofern sie sich nunmehr in einem konzessionsfähigen Zustande befanden, daß aber die Beklagten in Wirklichkeit nicht mehr dem Kläger die Räume überlassen wollten und die Erfüllung des Vertrages mit dem Kläger ernsthaft und endgültig verweigerten. Waren aber die Beklagten mindestens seit dem 9. April 1963 in Vorzug und grundlos zur Erfüllung des Mietvertrages nicht mehr bereit, was aufgrund des vom Berufungsgerichts unterstellten Sachverhalts zu Gunsten des Klägers angenommen werden muß, so kann der Kläger auch ohne Fristsetzung die Rechte aus § 326 BGB geltend machen.

4. Schon wegen der aufgezeigten Rechtsfehler kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, so daß es einer Prüfung der weiteren von der Revision gegen das Urteil vorgebrachten Bedenken nicht bedarf, denn auch die weiteren Rügen der Revision könnten nicht dazu führen, daß dem Schadensersatzbegehren des Klägers bereits jetzt stattgegeben wird. Das Berufungsgericht geht von einem zu Gunsten des Klägers unterstellten Sachverhalt aus, der von den Beklagten in Abrede gestellt wird. Die Rechtslage wäre möglicherweise eine ganz andere, wenn sich das tatsächliche Vorbringen der Beklagten als richtig herausstellen sollte. Die Sache

muß daher an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden, die es gegebenenfalls nach weiterer Aufklärung des Sachverhalts zu treffen haben wird.

Für die neue Verhandlung sei bemerkt:

a) Bei der Prüfung, ob überhaupt ein wirksamer Mietvertrag zwischen den Parteien zustandegekommen war, wird das Berufungsgericht dem Umstand Bedeutung beizumessen haben, daß der Erstbeklagte sämtliche an den Kläger und den von ihm beauftragten Rechtsanwalt gerichteten Schreiben unterzeichnet hat, ohne zum Ausdruck zu bringen, daß er mit dem Abschluß des Mietvertrages nicht einverstanden war. Es spricht daher viel dafür, daß der Zweitbeklagte namens und in Vollmacht des Erstbeklagten handelte, als er die Räume an den Kläger vermietete, oder daß jedenfalls der Erstbeklagte nachträglich hierzu seine Genehmigung erteilte.

b) Mit der Klage macht der Kläger einen Teilbetrag eines aus mehreren Einzelansprüchen bestehenden Gesamtanspruchs ohne jede Aufgliederung geltend. Das ist unzulässig (vgl. BGHZ 11, 192, 194; BGH Urt. vom 30. April 1955 - VI ZR 87/54 - LM ZPO § 253 Nr. 11 und vom 22. April 1958 - VI ZR 74/57 - LM ZPO § 139 Nr. 9). Der Kläger, der bisher zur Aufgliederung nicht aufgefordert wurde, wird jedoch Gelegenheit haben, die notwendige Klarstellung in der neuen mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vorzunehmen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung in der Sache selbst ab. Sie ist deshalb dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Mormann