

Verkündet

am 21. Oktober 1958
Clett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2321 025

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Inhabers einer chemischen Reinigung Erwin P. [REDACTED]
in D. [REDACTED], R. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Johannes K. [REDACTED] in D. [REDACTED], R. [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des 4. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 29.
Oktober 1957 aufgehoben, soweit die Berufung des
Beklagten gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des
Landgerichts in Dortmund vom 15. Mai 1957 zurück-
gewiesen und über die Kosten des zweiten Rechts-
zuges erkannt ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung
über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

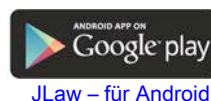
Der Kläger ist Eigentümer des Grundstücks in D [REDACTED], R [REDACTED] Straße [REDACTED], das seit September 1957 unter Zwangsverwaltung steht. In seinem im Jahre 1955 auf diesem Grundstück im Bau begriffenen Wohn- und Geschäftshause vermietete er dem Beklagten ein Ladenlokal im Erdgeschoß und einen weiteren Raum im Tiefparterre, und zwar zur gewerblichen Benutzung für die Zwecke eines chemischen Reinigungsbetriebes. Im Mietvertrage vom 12. Juli 1955 ist als Mietdauer ein Zeitraum von zwanzig Jahren vereinbart und als Bezugstermin der 1. November 1955 festgesetzt. Die vom Beklagten geleistete Mietvorauszahlung (Baukostenzuschuß) ist in monatlichen Teilbeträgen auf den Mietzins zu verrechnen, der abzüglich dieser Verrechnungsbeträge auf monatlich 1.171,28 DM festgesetzt ist.

Der Bezugstermin vom 1. November 1955 konnte nicht eingehalten werden, weil die gemieteten Räume in diesem Zeitpunkt noch nicht fertiggestellt waren. Erst im April 1956 hat der Beklagte, der bisher noch keine Miete gezahlt hat, seine Maschinen in die gemieteten Räume verbringen lassen. Er behauptet jedoch, daß er die Räume erst vom 1. Juni 1956 habe in Benutzung nehmen können und hält sich erst von diesem Zeitpunkte ab zur Mietzahlung verpflichtet, während der Kläger die Miete vom 10. April 1956 ab verlangt. In der Klageschrift forderte der Kläger als seinen Mietzinsanspruch einen Betrag von 7.127,29 DM nebst 10 % Zinsen von den einzelnen Monatsbeträgen vom Tage ihrer Fälligkeit ab. Er hat im Laufe des Rechtsstreits die Ansicht vorgetragen, daß der Mietvertrag im Hinblick auf eine darin enthaltene Wertsicherungsklausel und im Hinblick auf die Formnichtigkeit eines gleichfalls vereinbarten dinglichen Vorkaufsrechts im ganzen unwirksam sei. Insofern hat er den Klaganspruch damit begründet, daß die vom Beklagten zu leistende Entschädigung für die Benutzung der Räume in Höhe des Mietzinses zu bemessen sei.

Der Beklagte hat, soweit er die Mietzinsforderung nicht bestreitet, die Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen erklärt, die er wie folgt begründet.

Dadurch, daß der Kläger den Bezugstermin vom 1. November 1955 nicht eingehalten habe, sei ihm ein erheblicher Geschäftsgewinn entgangen, der mit monatlich 6.300 DM zu veranschlagen sei. Diesen Schaden, der die Mietforderung bei weitem übersteige, habe der Kläger zu vertreten und ihm daher aus dem Gesichtspunkt des Verzuges zu ersetzen. Gleichfalls habe der Kläger einen Betrag von 130 DM, die er für die Unterstellung seiner Maschinen habe aufwenden müssen, zu ersetzen. Ein weiterer Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.839,50 DM stehe ihm deswegen zu, weil der Kläger seiner Verpflichtung zur Errichtung einer Treppe für das Tiefparterre mit Ausgang zur A. Straße nicht nachgekommen sei, so daß er, der Beklagte, die Arbeiten habe ausführen und die Kosten habe aufwenden müssen. Im Schriftsatz vom 2. Oktober 1956 erweiterte der Kläger seine Klage dahin, festzustellen, daß dem Beklagten die von ihm behaupteten Verzugsschadensansprüche nicht zustehen. Diesen Antrag, der zwar in den mündlichen Verhandlungen vom 3. Oktober 1956 und vom 5. November 1956 gestellt wurde, hat er jedoch in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht verlesen. Das Landgericht hat den Betrag von 130 DM auf den Mietzins verrechnet, die beiden übrigen Schadensersatzansprüche jedoch für unbegründet erachtet, den Beklagten nach dem Antrage der Klageschrift verurteilt, und ihm die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Der Kläger hat im Berufungsrechtszuge gegen die zur Aufrechnung gestellte Forderung von 130 DM keine Einwendungen mehr erhoben, die beiden anderen Schadensersatzansprüche jedoch nach Grund und Höhe bestritten. Hilfsweise hat er den Mietzins bzw. Nutzungsentschädigung für den Monat Oktober 1956 geltend gemacht, und zwar für den Fall, daß die ursprünglich mit der Klage begehrt



ten Rückstände bis einschließlich September 1956 zur Deckung des eingeklagten Betrages nicht ausreichen sollten.

Die Berufung des Beklagten hatte in der Sache selbst keinen Erfolg, jedoch hat das Oberlandesgericht die Kostenentscheidung des Landgerichts aufgehoben, weil der Feststellungsantrag noch im ersten Rechtszuge anhängig sei, und die Sache insoweit an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger begehrt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsirrtum von der Gültigkeit des Mietvertrages ausgegangen.

I.

1.) Der Ansicht des Klägers, daß Nr. 6 des Vertrages vom 12. Juli 1955 eine Wertsicherungsklausel enthalte, deren Nichtigkeit die Unwirksamkeit des ganzen Mietvertrages nach sich ziehe, kann nicht gefolgt werden. Nr. 6 hat folgenden Wortlaut:

Soweit die öffentlichen Lasten wie Grundabgaben, Hypothekenzinsen usw. sich innerhalb der Vertragsdauer um mehr als 20 % erhöhen, soll zwischen den Parteien ein angemessener Ausgleich stattfinden, wobei der Stand der Miete von heute als Wertmesser dienen soll.

In dieser Vertragsbestimmung ist eine Wertsicherungsklausel, die gemäß § 3 WährG der Genehmigung der zuständigen Devisenstelle bedurft hätte, nicht zu erblicken. Die Verein-

barung einer Mietgleitklausel, nach der der Mietzins sich allgemein nach dem Lebenshaltungsindex oder nach dem Preis bestimmter Güter bestimmen soll, widerspricht allerdings § 3 WährG, wie der Senat mit Urteil vom 10. Oktober 1958 - VIII ZR 117/57 - entschieden hat (vgl. auch die dortigen Nachweise und Staudinger BGB 11. Aufl. § 535 S. 748 oben Anm. 92). Eine solche Gleitklausel setzt voraus, daß die Vertragspartner die automatische Erhöhung der Miete für den Fall des Eintritts bestimmter Umstände verabreden. In Nr. 6 aaO haben die Parteien aber mit der Bestimmung, daß ein angemessener Ausgleich stattfinden soll, keine automatische Erhöhung, sondern nur eine spätere Vereinbarung hierüber vorgesehen. Auf alle Fälle fehlt es hier aber noch an der wesentlichsten Voraussetzung einer Währungsgleitklausel, nämlich an der Bindung des Mietzinses an solche den Wert der Währung bestimmende Faktoren. Der Sinn des § 3 aaO geht dahin, währungsschädlichen Vereinbarungen entgegenzutreten. Von einer Gefährdung der Währung kann aber nicht die Rede sein, wenn die Parteien eines Mietvertrages Bestimmungen darüber treffen, ob und in welchem Umfange der Mieter dem Vermieter die Erhöhung von öffentlichen Lasten und Hypothekenzinsen abzunehmen hat. Die Erhöhung dieser Grundstücks-lasten braucht keineswegs mit einem Abgleiten der Währung zusammenzuhängen. Sie findet ihre Ursache im Gegenteil meist in ganz anderen Zusammenhängen, sei es in solchen des öffentlichen Finanzbedarfs, sei es in den außerhalb der Währungspolitik liegenden Verhältnissen der freien Marktwirtschaft (Kreditverknappung u.ä.). Deshalb werden auch die nicht selten im Großhandel für den Fall vereinbarten Preisvorbehalte, daß sich die Selbstkosten verändern sollten, nicht als verbotene Wertsicherungsklauseln angesehen (Palandt BGB 18. Aufl. §§ 244, 245 Anm. 5 a; Dürkes BB 1953, 953). Gegen die Gültigkeit von Mietvertragsbestimmungen, in denen sich der Vermieter die Umlegung der öffentlichen und privaten Lasten auf den Mieter in einem bestimmten Verhältnis vorbehält, ohne daß deren Höhe angegeben wird, können aus dem Gesichtspunkt des § 3 aaO sicher keine Bedenken

erhoben werden. Sinn und Zweck einer Klausel der hier vorliegenden Art sind aber die gleichen. Schließlich wird sogar im Bereiche des Mietpreisrechts dem Vermieter von Gesetzes wegen allgemein gestattet, die Mehrbelastung durch öffentliche Abgaben auf den Mieter abzuwälzen, wenn die monatliche Mehrbelastung 1% der Miete übersteigt (§ 4 VO PR Nr 71/51 über Maßnahmen auf dem Gebiete des Mietpreisrechts vom 29. November 1951 - BGBl I 920; Roquette, Mietrecht, 4. Aufl. S. 287).

2.) In Nr. 10 des Mietvertrages räumt der Kläger dem Beklagten ein dingliches Vorkaufsrecht ein. Die Parteien haben die Form des § 313 BGB nicht gewahrt, so daß, vorausgesetzt, daß eine Eintragung nicht erfolgt ist, der Beklagte aus dieser Vertragsbestimmung keine Rechte herleiten kann. Mit Recht hat jedoch das Berufungsgericht die Frage der Gültigkeit der Vertragsbestimmung nicht weiter erörtert. Denn es hat festgestellt, daß der Beklagte, dem allein an der Gültigkeit des Vorkaufsrechts gelegen sein könnte, keinen Wert auf diese Vertragsbestimmung legt. Wenn es aus einer entsprechenden, während des Rechtsstreites vom Beklagten abgegebenen Erklärung den Schluß gezogen hat, daß die Parteien den Mietvertrag auch ohne Rücksicht auf das Vorkaufsrecht abgeschlossen hätten, so kann darin ein Rechtsfehler nicht erblickt werden. Demnach kommt in diesem Zusammenhang eine Nichtigkeit des Mietvertrages aus dem Gesichtspunkt des § 139 BGB nicht in Frage.

II.

Hinsichtlich des Zeitpunktes, von dem an der Beklagte zur Mietzinszahlung verpflichtet ist, hält die Auffassung des Berufungsgerichts mit einer nachstehend zu behandelnden Einschränkung den Rügen der Revision stand.

Das Berufungsgericht hat auf Grund der Beweisaufnahme festgestellt, daß der Beklagte die Mieträume spätestens am

10. April 1956 übernommen hat. Es hat insbesondere aus der Bekundung des Zeugen, Architekt K [REDACTED], entnommen, daß der Beklagte bereits am 9. April 1956 mit der Aufstellung der Maschinen begonnen hat. Es hat daraus hergeleitet, daß der Beklagte von diesem Zeitpunkt an seinen Reinigungsbetrieb eingerichtet und damit auch die Mieträume genutzt hat. Auf den Zeitpunkt, in welchem der Beklagte seinen Betrieb eröffnet hat, so meint das Berufungsgericht, komme es nicht an, zumal der Beklagte selbst erklärt habe, er hätte das Geschäft auch notfalls ohne Installation der Maschinen und Anlagen eröffnen können, weil seine beiden Filialbetriebe in D [REDACTED] mit Reinigungsmaschinen voll ausgerüstet seien, so daß er dort die Wascharbeiten hätte veranlassen können. Zum mindesten, so hat das Berufungsgericht aus dieser Erklärung geschlossen, hätte der Beklagte die Annahme und Ausgabe der in die Reinigung gegebenen Gegenstände ohne weiteres schon vom 10. April 1956 ab in dem Mietobjekt vornehmen lassen können; wenn er das unterlassen habe, so berechtige ihn diese Unterlassung nicht zur Verweigerung der Mietzinszahlung.

Demgegenüber vertritt die Revision den Standpunkt die Mieträume seien im April zur Installation noch nicht tauglich gewesen. Darauf allein komme es an, weil die Räume nach dem Mietvertrage zum Zwecke der Einrichtung eines Reinigungsbetriebes vermietet worden seien. Dieser Zweck sei in diesem Zeitpunkt noch nicht erreicht und deshalb seien die Räume in diesem Zeitpunkt noch mit einem Mangel behaftet gewesen. Darauf, ob der Beklagte die Räume in der Weise hätte nutzen können, wie das Berufungsgericht meine, könne es nicht ankommen.

Für den Zeitpunkt, in welchem die Mietzahlung zu beginnen hat, sind grundsätzlich die vertraglichen Vereinbarungen maßgebend. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Ingebrauchnahme von

Mieträumen kann nur von mittelbarer und nur insoweit von Bedeutung sein, als mangels einer ausdrücklichen Bestimmung im Mietvertrage durch Auslegung des Vertrages festgestellt werden kann, daß die Parteien das Mietverhältnis am Tage der Ingebrauchnahme beginnen lassen wollen. Der Mietvertrag vom 12. Juli 1955 enthält in der Tat keine ausdrückliche Bestimmung über den Beginn des Mietverhältnisses. Aus Nr. 3, die als Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit den 1. November 1955 bezeichnet, ist allenfalls zu entnehmen, daß dieser Tag auch für den Beginn der Mietzahlung maßgebend sein sollte. Da sich jedoch die Bezugsfertigkeit hinausgezögert hat, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum davon abgesehen, auf diesen Zeitpunkt abzustellen. Ersichtlich hat es den Vertrag dahin ausgelegt, daß der Beginn des Mietverhältnisses und damit auch der Mietzahlung mit dem Zeitpunkt zusammenfallen sollte, in welchem der Beklagte die Mieträume im Einverständnis mit dem Kläger tatsächlich in Gebrauch nehmen würde. Aus den Ausführungen des Berufungsgerichts ist ferner zu entnehmen, daß es bei seiner Auslegung dem von der Revision herausgehobenen Umstände, daß der Beklagte in den Mieträumen einen Gewerbebetrieb errichten wollte, besondere Bedeutung beigemessen hat. Denn es hat darauf abgestellt, daß der Beklagte bereits am 9. April 1956 mit der Aufstellung seiner Maschinen begonnen hat. Ersichtlich ist es dabei davon ausgegangen, daß die Installation der Maschinen und Apparate in entsprechender Auslegung des Mietvertrages nicht zu den Verpflichtungen des Vermieters, sondern ausschließlich zu denen des Mieters gehöre, so daß der Kläger durch die Übergabe der Mieträume an den Beklagten seine Vermieterpflichten erfüllt hätte. Gegen diese Auslegung bestehen aus Rechtsgründen keine Bedenken. In tatsächlicher Beziehung ist das Revisionsgericht aber an diese Auslegung eines Individualvertrages gebunden. Rechtlich ist insbesondere nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht in dem Beginn der Einrichtung des Gewerbebetriebes auch den Beginn einer Nutzung der Mieträume gesehen hat.

Der Mieter gewerblicher Räume braucht je nach den einzelnen Umständen eine mehr oder weniger umfangreiche Zeit, sie durch Aufstellen und Installieren seiner Maschinen, Werkzeuge und sonstigen Gerätschaften betriebsfertig herzurichten. Diese Einrichtungszeit geht nicht etwa zu Lasten des Vermieters. Denn mangels besonderer Abrede ist der Mieter nicht berechtigt, die Überlassung der Mieträume zur Vornahme dieser Vorarbeiten außerhalb der Mietzeit zu fordern. Andererseits kommt es auf die objektive Tauglichkeit der Mieträume zum vertragsmäßigen Gebrauch einschließlich der oben behandelten Vorbereitungsmaßnahmen an. In dieser Beziehung wendet sich die Revision allerdings nicht zu Unrecht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe seinen Reinigungsbetrieb in anderen, nicht vom Kläger gemieteten Räumen durchführen und im Grundstück des Klägers Annahme und Ausgabe der Gegenstände erledigen können. Dieser Gesichtspunkt würde für den Schadensersatzanspruch des Beklagten, aber nicht für seine Verpflichtung, den vollen Mietzins zu zahlen von Bedeutung sein. Indessen handelt es sich hierbei nur um eine Hilferwägung des Berufungsgerichts.

Die Revision rügt aber mit Recht, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten nicht berücksichtigt, die Benutzung der Mieträume sei dadurch beeinträchtigt gewesen, daß die Installations- und Malerarbeiten sich bis in den Juli 1956 hingezogen hätten. Wenn auch beide Arbeiten Aufgabe des Beklagten gewesen seien, so hätten sie sich - wie dieser vorgetragen hat - dadurch verzögert, daß der Bau noch zu feucht gewesen sei. Würden in der Tat diese Arbeiten durch die Baufeuchtigkeit beeinträchtigt und verzögert worden sein, so würden die Mieträume am 10. April 1956 zum vertragsmäßigen Gebrauch noch nicht tauglich gewesen sein. Dieser Umstand hätte daher vom Berufungsgericht geprüft werden müssen. Von Bedeutung wäre dabei auch, inwieweit die Verzögerung der Malerarbeiten allein auf eine Baufeuchtigkeit zurückzuführen wäre oder ob und in welchem Umfange sie dadurch veranlaßt wäre, daß der jeweilige Stand der Instal-

lationsarbeiten - z.T. unter Putz - es nicht gestattete, sie zeitiger auszuführen.

Dieser Gesichtspunkt beührt allerdings nur einen Teil des Klageanspruchs, weil der Beklagte nach seinem eigenen Standpunkt dann für die Zeit vom 1. Juni 1956 ab gleichwohl Mietzins zu zahlen hätte. Indessen bedarf die summenmäßige Auswirkung im Revisionsverfahren keiner weiteren Prüfung, weil das angefochtene Urteil aus den nachstehend unter IV angeführten Gründen in vollem Umfange des Zahlungsanspruchs des Klägers aufgehoben werden muß.

III.

Von vorstehenden Erwägungen abgesehen, bestehen gegen die Berechnungsweise des Berufungsgerichts, die zu dem eingeklagten Betrage von 7.127 DM als der bis September und für einen Teil des Monats Oktober 1956 geschuldeten Miete führt, keine Bedenken.

IV.

Hinsichtlich der Aufrechnung des Beklagten mit einer Schadensersatzforderung wegen verspäteter Übergabe der Mieträume mußte die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Bestimmung des § 529 Abs. 5 ZPO verletzt, Erfolg haben.

Im ersten Rechtszuge hatte der Beklagte zwar Beweis dafür angetreten, daß der Kläger die Verzögerung des Bezugstermins zu vertreten habe. Wegen der Höhe seines ihm durch Gewinnausfall angeblich entstandenen Schadens hatte er sich jedoch ohne weitere Substantiierung auf das Gutachten eines Buchsachverständigen bezogen, der von der zuständigen Industrie- und Handelskammer benannt werden möge. Das Landgericht

hatte das Vorbringen zur Höhe des Schadens als unsubstantiiert angesehen und im Hinblick darauf, daß der Beklagte mehrfach zur Substantiierung aufgefordert worden sei, den Schadensersatz für unbegründet erachtet, obwohl es zu der Ansicht gelangt war, daß der Kläger die Verzögerung zu vertreten habe, der Anspruch demnach aus Verzug gerechtfertigt werden könnte. Das Berufungsgericht hat sich dagegen auf den Standpunkt gestellt, daß die angebliche Schadensersatzforderung des Beklagten im ersten Rechtszuge noch nicht zur Aufrechnung geeignet gewesen sei, so daß die Aufrechnung des Beklagten in diesem Zeitpunkte ohne Rechtswirkung habe bleiben müssen. Es bezieht sich auf den eigenen Vortrag des Beklagten im ersten Rechtszuge, er sei nicht in der Lage, den Ausfallschaden schon wenige Wochen nach der verspäteten Eröffnung des Geschäfts zu beziffern. Eine annähernde Bezifferung sei, wie der Beklagte vorgetragen hat, bei der Eigenart seines Geschäftes frühestens nach Ablauf eines Jahres möglich, wenn auch der bisherige Überschlag dazu geführt habe, daß ein Gewinnausfall von mindestens 32.000 DM vorliege. Daraus ergebe sich aber, so führt das Berufungsgericht weiter aus, daß der Beklagte bis zum Ablauf eines Jahres nach dem Einzuge wohl eine Feststellungsklage, nicht aber eine Leistungsklage habe erheben können, weil er nach seinem eigenen Vortrag nicht in der Lage gewesen sei, einen "bestimmten" Antrag zu stellen. Er habe daher vor Ablauf eines Jahres nach Geschäftseröffnung nicht "die ihm gebührende Leistung" fordern und infolgedessen auch nicht mit dieser Forderung aufrechnen können. Da der Beklagte die Aufrechnungserklärung im zweiten Rechtszuge ohnedies wiederholt hat, hält das Berufungsgericht die Aufrechnung mit dieser Schadensersatzforderung für ein neues Vorbringen im Sinne des § 529 Abs. 5 ZPO, das es jedoch als nicht sachdienlich zurückgewiesen hat, ohne insoweit in der Sache selbst zu entscheiden. Zur Begründung führt es an, die Prüfung des Aufrechnungseinwandes würde eine umfangreiche Beweisaufnahme erfordern und die Entscheidung des Rechtsstreits ungebührlich lange verzögern.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte im zweiten Rechtszuge eine selbständige Aufrechnung erklärt hätte, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Vielmehr hat der Beklagte, wie das Berufungsgericht auch keineswegs verkennt, die Aufrechnung mit seiner Schadensersatzforderung wegen Gewinnausfalles bereits im ersten Rechtszuge erklärt. Der Umstand, daß das Landgericht der Aufrechnung nicht stattgegeben hat, weil es an der erforderlichen Substantiierung fehle, vermag hieran nichts zu ändern. Auch diesen Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Seine Ansicht, daß die Schadensersatzforderung während des ersten Rechtszuges noch nicht entstanden oder doch nicht bestimmbar gewesen sei, wird aber von der Revision mit Recht angegriffen. Aus dem von dem Beklagten eingereichten Gutachten des Fachanwaltes für Steuerrecht Dr. F. [REDACTED], dessen Ausführungen sich der Beklagte in seinem Berufungsvortrage zu eigen gemacht hat, ist eindeutig zu entnehmen, daß der geltend gemachte Schaden sich auf mehrere Jahre verteilt und insbesondere, daß er zu einem nicht unbeträchtlichen Teile gerade in die Zeit vom 1. November 1955 bis zum Zeitpunkt der Geschäftseröffnung fällt, weil der Beklagte in diesem Zeitraum überhaupt keine Umsätze und daher auch keine Geschäftsgewinne tätigen konnte. Jedenfalls ist der Beklagte durch die Vorlage dieses Gutachtens, in der der Schaden für die einzelnen aufeinanderfolgenden Zeiträume berechnet wird, seiner Substantiierungspflicht nachgekommen, so daß das Berufungsgericht in der Lage gewesen wäre, eine Nachprüfung vorzunehmen. Der Beklagte hat also seiner bereits im ersten Rechtszuge erklärten Aufrechnung im Berufungsverfahren lediglich eine bessere Begründung gegeben. An dieser Würdigung ändert auch der Umstand nichts, daß er seine Aufrechnungserklärung vor dem Oberlandesgericht wiederholt hat. Für die Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO war daher kein Raum. Das Berufungsurteil konnte somit insoweit keinen Bestand haben. In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht die Berechtigung der Schadensersatzforderung nunmehr sachlich prüfen müssen.

Es wird zu beachten haben, daß der Beklagte sich hinsichtlich des Anspruchsgrundes auf Leistungsverzug des Klägers stützt, den er darin erblickt, daß sich die Bauarbeiten der Firma O [REDACTED] durch die angeblich schleppende Zahlungsweise des Klägers verzögert hätten. In rechtlicher Hinsicht sind hiergegen Bedenken nicht zu erheben. Das Berufungsgericht wird daher nachzuprüfen haben, ob die Voraussetzungen des Leistungsverzugs - wie das von dem Landgericht angenommen wird - bereits durch den Schriftwechsel mit der Firma O [REDACTED] dargetan werden oder ob es der Erhebung weiterer Beweise bedarf. Sollte aber die erneute Verhandlung ergeben, daß den Kläger kein Verschulden an der Verzögerung des Baues trifft, so wird unter Auslegung des Mietvertrages vom 12. Juli 1955 zu prüfen sein, welche Partei die Gefahr zu tragen hat, daß die Mieträume nicht zum vereinbarten Bezugstermin, sondern erheblich später fertiggestellt worden sind. Ebenso wird es hinsichtlich der Höhe der Forderung den Beweisangeboten des Beklagten nachgehen müssen.

Unter diesen Umständen erledigt sich auch die weitere verfahrensrechtliche Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe im Zusammenhang mit der Prüfung des Schadensersatzanspruches, der die Erstattung der Kosten für die Ausführung der Treppe zum Gegenstand hat, das Beweisangebot durch Vernehmung des Zeugen Konrad unter Verletzung des § 529 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen, von selbst. Da die Sache nach obigen Ausführungen einer weiteren Verhandlung bedarf, wird durch Vernehmung des Zeugen K [REDACTED] eine Verzögerung nicht eintreten.

V.

Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht mit Rücksicht auf das noch im ersten Rechtszuge anhängige Feststellungsbegehren des Klägers die Kostenentscheidung des Landgerichts aufgehoben. Dieser Teil des angefochtenen Urteils wird daher von

der durch die Entscheidung ausgesprochenen Aufhebung des Berufungsurteils nicht erfaßt.

VI.

In der neuerlichen Verhandlung wird das Berufungsgericht noch zu prüfen haben, ob und inwieweit die Aktivlegitimation des Klägers durch die Anordnung der Zwangsverwaltung eingeschränkt ist. Dem erkennenden Senat liegt eine eidesstattliche Versicherung des Klägers vor, wonach die Zwangsverwaltung bereits am 10. September 1957 angeordnet worden sein soll.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Messner