

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Wenzel und die Richter Dr. Lambert-Lang, Tropf, Schneider und Dr. Lemke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 11. März 1998 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 29. Dezember 1992 einen notariell beurkundeten "Bauträgervertrag", mit dem die Beklagte den Klägern verschiedene Grundstücke verkaufte und sich verpflichtete, darauf ein im einzelnen beschriebenes Geschäftshaus zu errichten. Der Kaufpreis von 2.920.000 DM basierte auf einer von der Verkäuferin zugesicherten Gesamtjahresnettomiete von 219.360 DM. Die Verkäuferin verpflichtete sich, die entsprechenden Mietverträge zu beschaffen. In § 6 Nr. 2 des Vertrages ist vereinbart:

"Der Bauträger hat weiterhin bezüglich der Büroräume im Objekt einen entsprechenden Mietvertrag zu beschaffen. Dieser ist als Anlage 5 beigelegt.

..."

Der beigelegte Mietvertragsentwurf sah eine Firma I. V. GmbH (im folgenden: I.) als Mieterin zu einem monatlichen Mietpreis von 2.700 DM zuzüglich Nebenkosten bei einem auf 15 Jahre fest geschlossenen Mietverhältnis vor. Die Firma I. bezog die Mieträume und bezahlte bis Juli 1996 die Miete; dann kündigte sie das Mietverhältnis fristlos. Im Verlauf eines Rechtsstreits, den die Kläger gegen die I. wegen Mietrückständen führten, forderten sie die Beklagten mit Schreiben vom 18. Februar 1997 auf, ihnen einen schriftlichen Mietvertrag mit der Firma I. bezüglich der Büroräume vorzulegen. Dies geschah nicht. Durch rechtskräftiges Urteil vom 25. März 1997 wurde festgestellt, daß die Firma I. das Mietverhältnis über die Büroräume ordnungsgemäß gekündigt habe, da die Kläger keinen schriftlichen Mietvertrag hätten vorlegen können; das Mietvertragsverhältnis gelte danach gemäß § 566 BGB als unbefristet und sei kündbar gewesen.

Die Kläger machen geltend, sie hätten von der Beklagten lediglich eine Seite einer Telefaxkopie des Mietvertrages, nie aber das Original eines Vertrages erhalten. Die Beklagte habe deshalb zumindest für einen Nachfolgemietvertrag entsprechend der übernommenen vertraglichen Verpflichtung zu sorgen. Darüber hinaus hafte sie mindestens im Sinne einer übernommenen Mietgarantie für die ausgefallenen Mieten. Die Kläger haben beantragt, die Beklagte bezüglich der Bürogewerbefläche zur Beschaffung eines bis zum Juli 2008 unkündbaren Mietvertrages entsprechend der Anlage 5 des notariellen Bauträgervertrages vom 29. Dezember 1992 und zur Zahlung von 21.735 DM

- 4 -

nebst Zinsen zu verurteilen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte ist im Revisionsrechtszug nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

I.

Da die Beklagte im Verhandlungstermin trotz rechtzeitiger Ladung nicht vertreten war, ist über die Revision durch Versäumnisurteil zu entscheiden (§§ 557, 331 ZPO). Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis (BGHZ 37, 79, 82).

II.

Das Berufungsgericht meint, das Landgericht habe zu Recht und mit im wesentlichen zutreffender Begründung einen Anspruch der Kläger auf Beschaffung eines bis zum Jahr 2008 unkündbaren Mietvertrages und auf Zahlung von Mietausfall verneint. Die Beklagte habe sich zwar vertraglich zur Beschaffung des Mietvertrages mit der Firma I. verpflichtet und sei grundsätzlich beweispflichtig dafür, daß sie diese Pflicht erfüllt habe. Hier hätten die Kläger jedoch eine Leistung als Erfüllung angenommen, so daß sie gemäß § 363 BGB die Beweislast treffe, daß die Leistung nicht vertragsgemäß gewesen sei. Denn nach ihrem eigenen Vortrag sei davon auszugehen, daß sie die Seite 5 des Mietvertrages mit der Firma I. als Telefaxkopie mit ihren und den Un-



terschriften des Geschäftsführers der I. erhalten hätten. Die Kläger hätten sich mit dieser Kopie begnügt und nicht das Originalexemplar verlangt; sie hätten damit die Kopie als Erfüllung der Beschaffung eines 15-jährigen Mietvertrages angenommen. Die Unsicherheit, ob es zum Abschluß eines solchen Mietvertrages gekommen sei, gehe deshalb zu ihren Lasten. Dies müsse auch für den Anspruch auf Ersatz der nicht eingegangenen Mieten gelten, so daß dahinstehen könne, ob die Beklagte sich verpflichtet habe, für die Zahlung der Mieten entsprechend einer zugesicherten Gesamtjahresmiete zusätzlich einzustehen zu wollen.

III.

Das hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß ein schriftlicher Mietvertrag entsprechend § 6 Ziff. 2 des Bauträgervertrages im Original vorgelegen hat und die den Klägern übersandte Kopie des Telefaxes der Seite 5 mit den beiderseitigen Unterschriften des Vertrages nicht gefälscht ist. Es vertritt die Ansicht, daß die Beklagte zwar verpflichtet war, das Original der Urkunde den Klägern zu überlassen, die Kläger sich jedoch mit der Übersendung der Kopie des Telefaxes von nur einer Seite begnügt hätten und sie deswegen nunmehr nach § 363 BGB die Beweislast dafür träge, daß der Mietvertrag auch wirksam sei. Dies trifft aus mehreren Gründen nicht zu. Soweit das Berufungsgericht auf die Übersendung einer Telefaxkopie anstelle des Originals abstellt, geht es nicht um die Wirksamkeit des Mietvertrages, sondern um die Aushändigung der Urkunde. Daß die Beklagte den Klägern die Telefaxkopie der Seite 5 als Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Aushändigung der gesamten Vertragsurkunde über-

haupt angeboten hätte, ist weder festgestellt noch behauptet worden. Die Kläger konnten derartiges auch nicht nach Treu und Glauben annehmen. Schon aus diesem Grund kommt § 363 BGB nicht zur Anwendung. Darüber hinaus hätte eine Erfüllung der Urkundenverschaffungspflicht nicht auch zur Folge, daß damit die Kläger auch die Beweislast für die Wirksamkeit des Vertrages träge.

Die Abweisung des Zahlungsantrags hat ebenfalls keinen Bestand. Das Berufungsgericht hat die für einen Anspruch aus Garantieübernahme, Verzug oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung vorgreifliche Frage, ob sich die Beklagte verpflichtet hat, für die Zahlung der Mieten einzustehen, aus tatsächlichen Gründen offengelassen und die hierfür als maßgeblich erachteten Beweise nicht erhoben. Es hat dies damit begründet, daß die Beklagte eine solche Einstandspflicht mit der Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Beschaffung des Mietvertrages erfüllt habe. Da letzteres nicht feststeht, bedarf ersteres der Aufklärung.

Nach alledem ist das Urteil aufzuheben und die Sache zu weiteren Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuweisen. Die Kläger erhalten dadurch auch Gelegenheit, klarzustellen, ob mit dem Antrag zu 1 die Vorlage der

Originalurkunde zu der Telefaxkopie oder die Vorlage eines neuen Mietvertrages verlangt wird, nachdem das durch die Telefaxkopie in Bezug genommene Mietverhältnis rechtskräftig beendet worden ist.

Wenzel

Lambert-Lang

Tropf

Schneider

Lemke