

Verkündet am 20. November 1962
[REDACTED], Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Offenen Handelsgesellschaft Möbelhaus A. W [REDACTED]
in O [REDACTED] ([REDACTED]), K [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter, Kaufmann Konrad W [REDACTED]
in O [REDACTED] ([REDACTED]), I [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann August A [REDACTED] in O [REDACTED] ([REDACTED]),
H [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 20. November 1962 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schuster, Dr. Rothe,
Dr. Freitag und Offterdinger
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Ober-
landesgerichts Frankfurt (Main) - Zivilsenat
in Darmstadt - vom 23. März 1961 wird auf
Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, dessen "G[REDACTED]"-Filmtheater in O[REDACTED] ([REDACTED]) keinen unmittelbaren Zugang zur nahe gelegenen Hauptverkehrsstraße, der Frankfurter Straße, besitzt (es ist nur von der Herrnstraße, einer kleinen Seitenstraße, aus zu erreichen), und die beklagte Firma W[REDACTED], die auf dem Grundstück Frankfurter Straße [REDACTED] ein Möbelgeschäft betreibt, schlossen am 19. November 1953 einen notariellen "Passage-Vertrag". Darin räumte die Beklagte dem Kläger gegen eine monatliche Vergütung von 200 DM das Recht ein, seine Kinobesucher durch ihr Grundstück in der Weise durchzuschleusen, daß der Ein- und Ausgang durch eine noch auszubauende "W[REDACTED]-G[REDACTED]-Passage" geleitet wird. Die Herstellung der Passage - die außer einem kleinen Kassenraum für das Filmtheater insbesondere Schaufenster enthalten sollte - war laut Vertrag Sache der Beklagten, während der Kläger sich verpflichtete, im Hintergebäude des Grundstücks der Beklagten auf eigene Kosten einen Durchbruch zum G[REDACTED]-Theater herzustellen; das Durchgangsrecht des Klägers trat an sich mit dem 1. September 1954 in Kraft, der Beklagten stand jedoch, falls sie bis dahin mit den vorgesehenen Aus- und Umbauten noch nicht fertig sein sollte, die Befugnis zu, die Frist zur Fertigstellung bis zum 1. September 1955 zu verlängern; machte sie von dieser Verlängerungsmöglichkeit Gebrauch, dann hatte sie auf jeden Fall ab 1. September 1954 einen provisorischen Durchgang zu dulden.

Der Bau der Passage ist bisher unterblieben. Auch ein provisorischer Durchgang wurde nicht geschaffen. Der Kläger, der inzwischen neben dem "G[REDACTED]" noch ein weiteres Filmtheater, das "Rex" - ebenfalls mit Zugang zur Herrnstraße - errichtet hat, nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen Verzuges in Anspruch. Nach seiner Darstellung hat er durch das Fehlen der Passage Einnahmefälle erlitten, da der Umsatz

- 3 -

von Filmtheatern beeinträchtigt werde, wenn sie nicht von einer Hauptstraße, sondern nur von einer verkehrsarmen Nebenstraße aus zugänglich seien; das gelte sowohl für das G- als auch für das Rex-Theater. Ein weiterer Schaden sei ihm dadurch entstanden, daß er infolge des Verhaltens der Beklagten seine Baupläne für das "Rex" habe ändern und dieses Theater - um nicht den Zugangsweg von der Herrnstraße zum "Gloria" zu verbauen - teilweise auf einem Nachbargrundstück habe errichten müssen; an dessen Eigentümer müsse er eine Überbaurente von jährlich 1200 DM zahlen. Er beantragt Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines vom Gericht gemäß § 287 ZPO zu schätzenden Schadensersatzbetrages; außerdem hat er um Feststellung gebeten, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm auch allen zukünftigen Schaden aus der Nichterfüllung des Passage-Vertrages zu ersetzen. Die Beklagte hat den Anspruch des Klägers nach Grund und Höhe bestritten. Der Vertrag verpflichte sie nicht zum Bau der Passage. Zum mindesten sei die Geschäftsgrundlage weggefallen; denn man habe bei Vertragsabschluß beiderseits als selbstverständlich angenommen, daß sie die notwendigen Gelder für den Passagebau sich zu tragbaren Bedingungen werde beschaffen können; das sei ihr aber nicht gelungen. Mit Bezug auf das Rex-Theater bestünden überhaupt keine Schadensersatzansprüche, da sich der Vertrag nur auf das G-Theater beziehe. Im übrigen habe der Kläger die ihm selbst vortraglich obliegenden Leistungen weder erbracht noch angeboten; er hätte den Schadenseintritt durch die ihm vertraglich eingeräumte Schaffung eines provisorischen Durchgangs verhindern können und müsse sich auch auf seinen Anspruch das anrechnen lassen, was er durch das Unterbleiben des Passagebaues erspart oder anderweitig an Vorteilen erlangt habe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Hiergegen ist von der Beklagten Berufung eingelegt worden. Der Kläger hat sich



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

wegen gewisser Einschränkungen, die in den Entscheidungsgründen des landgerichtlichen Urteils hinsichtlich des gegenständlichen Umfanges der Schadensersatzpflicht gemacht werden, der Berufung angeschlossen und deren Zurückweisung mit der Maßgabe beantragt, daß jene Einschränkungen wegfielen und bei der späteren Schadensberechnung zu seinen Gunsten noch weitere Tatsachen zu berücksichtigen seien. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen und der Anschlußberufung im wesentlichen stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge auf Klageabweisung und Zurückweisung der Anschlußberufung weiter. Der Kläger möchte das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

1. Der Schadensersatzanspruch des Klägers hängt, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, davon ab, ob die Beklagte dadurch, daß sie die Passage nicht baute, mit einer ihr vertraglich obliegenden Leistung in Verzug geraten ist (§ 286 Abs. 1 BGB). Er setzt also in erster Linie voraus, daß die Beklagte zum Passagebau verpflichtet war. Dies wird von ihr in Abrede gestellt. Die Vorinstanzen haben jedoch übereinstimmend angenommen, durch den Vertrag vom 19. November 1953 sei für die Beklagte eine solche Bauverpflichtung begründet worden.

Nach Ansicht des Landgerichts ergibt sich das bereits aus Nr. 1 Abs. 1 des Vertrages, wo von einer "noch auszubauenden" Passage gesprochen werde, sowie aus Nr. 5 Abs. 1, wonach die Aus- und Umbauten zur Herstellung der vorgesehenen Passage Sache der Beklagten seien. Bestätigt werde diese Auslegung durch den aus einer Reihe anderer Vereinbarungen erkenn-

baren Zweck des Vertrages: Beiden Parteien sei es auf den Bau der Passage angekommen; sie habe zwar möglicherweise in größerem Maße den Interessen der Beklagten dienen sollen, aber auch dem Kläger sei nicht nur an einem Durchgang zur Frankfurter Straße, sondern zugleich daran gelegen gewesen, daß die Passage gebaut werde; das zeige sich darin, daß er laut Nr. 5 Abs. 2 einen Teil der Baukosten habe tragen sollen und daß in Nr. 2 Abs. 2 der Durchgang ohne Passage als Provisorium bezeichnet sei. Abschließend wird im landgerichtlichen Urteil ausgeführt, die Beklagte selbst habe zu Beginn des Prozesses den Vertrag im Sinne einer Verpflichtung zum Bauen verstanden; denn sie habe in ihrer Klagebeantwortung vorgetragen, daß es ihr (infolge Wegfalls der Geschäftsgrundlage) unmöglich geworden sei, "den Vertrag zum vorgesehenen Zeitpunkt zu erfüllen". Das Oberlandesgericht hat sich die Argumente des ersten Richters, die es als zutreffend bezeichnet, zu eigen gemacht und dazu bemerkt, weitere Ausführungen erübrigten sich, da die Beklagte diesen Punkt in der Berufungsinstanz nicht angegriffen habe; es hat noch ergänzend hinzugefügt, die Verpflichtung der Beklagten zum Ausbau der vorgesehenen Passage ergebe sich auch daraus, daß ihr in Nr. 2 Abs. 2 ausdrücklich das Recht zugestanden worden sei, die vereinbarte Fertigstellungsfrist ein einziges Mal bis zu einem bestimmten neuen Zeitpunkt zu verlängern, wozu ohne Bauverpflichtung kein Anlaß bestanden hätte.

Hiergegen wendet sich die Revision. Sie wirft dem Berufungsgericht vor, es habe unter Verstoß gegen die Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB den wirtschaftlichen Sinn und Zweck des Passage-Vertrages verkannt und daher die Rechtslage irrig beurteilt. Der Vertrag regle, wie sein Wortlaut zeige, lediglich die Beziehungen der Vertragsschließenden für den Fall, daß es der Beklagten gelingen würde, den Bau einer Passage zu finanzieren und ihn tatsächlich auszuführen; er habe mithin

allein die Verhältnisse im (hypothetischen) Fall der wirklichen Bauausführung zum Gegenstande; etwas anderes, insbesondere eine Bauverpflichtung der Beklagten, sei in ihm nicht enthalten. Damit versucht jedoch die Revision in verfahrensrechtlich unzulässiger Weise ihre eigene Vertragsauslegung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Das Berufungsgericht hat - teils unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil und teils auf Grund eigener Erwägungen - den Willen der Vertragspartner dahingehend ermittelt, daß die Beklagte verpflichtet sein sollte, die Passage innerhalb der vorgesehenen Fristen zu erstellen; ihre Verpflichtung, so stellt das angefochtene Urteil weiter fest, sei von den Parteien auch nicht etwa in der Weise eingeschränkt worden, daß die Möglichkeit einer Kreditbeschaffung zu bestimmten, der Beklagten günstigen Bedingungen in den Vertrag als ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsbedingung Eingang gefunden hätte, von deren Eintritt nach dem Willen beider Parteien die Bauverpflichtung abhängig gewesen wäre. Diese Auslegung, die sich auf Wortlaut und Zusammenhang der Vereinbarungen im notariellen Vertrag sowie auf eine Würdigung der beiderseitigen Interessenlage stützt, ist möglich; sie läßt zum mindesten keinen Rechtsirrtum erkennen.

Daß die Annahme, die Beklagte habe sich dem Kläger gegenüber zum Bau der Passage verpflichtet, "schlechthin der Vernunft und damit den Denkgesetzen" widerspreche, kann der Revision nicht zugegeben werden. Diese vermag weder anzugeben, welches bestimmte Denkgesetz verletzt sein soll, noch geht aus ihren Ausführungen über Sinn und Zweck des Passage-Vertrages hervor, daß das Berufungsgericht etwas Entscheidungserhebliches unberücksichtigt gelassen hätte. Ihr Sachvortrag über die Vorgeschichte des Vertragsabschlusses bewegt sich auf tatsächlichem Gebiet und hat, soweit er den Feststellungen der Vorinstanzen, insbesondere der vom Berufungsgericht

übernommenen landgerichtlichen Beweiswürdigung zuwiderläuft, im gegenwärtigen Rechtszug außer Betracht zu bleiben. Wenn sie es als einen "Widersinn in sich selbst" bezeichnet, daß jemand, bevor die Frage der Geldbeschaffung endgültig geklärt war, eine Bauverpflichtung eingegangen sein sollte, dann übersieht sie die naheliegende Möglichkeit, daß die Beklagte bei Vertragsabschluß gehofft hat, die Finanzierung des Baues werde schon gelingen. Ebensowenig zwingend ist ihr Einwand, es erscheine "denkgesetzlich unmöglich" daß ein nicht geisteskranker Mensch eine Verpflichtung von solcher Bedeutung mit Kosten von 200 000 DM völlig ohne Gegenleistung, lediglich um dem Vertragsgegner gefällig zu sein, übernommen hätte. Die Baukosten betrugen übrigens gar nicht 200 000 DM, sondern lediglich 70 000 bis 80 000 DM (Schriftsatz der Beklagten vom 18. Juni 1958); mit dem Kredit von 200 000 DM, den die Beklagte aufzunehmen wünschte, beabsichtigte sie nach ihrer eigenen Darstellung (aaO) in Höhe von 70 000 DM Grundstücksbelastungen zu tilgen, und den nach Abzug der Baukosten verbleibenden Rest wollte sie "in das Geschäft stecken" (Zeugenaussage Karl Freudenberg). Die Behauptung der Revision, der Kläger hätte für die Errichtung der Passage keinerlei Gegenleistung zu erbringen gehabt, wird durch den Inhalt des notariellen Vertrages widerlegt, der an zahlreichen Stellen (z.B. Nr. 3, Nr. 5 Abs. 2 bis 6, Nr. 6 Abs. 1, Nr. 7, Nr. 9 Abs. 1, Nr. 11, Nr. 12) Verpflichtungen des Klägers teils zu Geldzahlungen und teils zu anderen Leistungen aufzählt.

Mit ihrer wiederholten Behauptung, der Bau der Passage habe so gut wie ausschließlich im Interesse des Klägers gelegen, während die Beklagte ihrerseits kaum daran interessiert gewesen sei, und mit der daraus gezogenen Schlussfolgerung, die Übernahme einer bedingungslosen Bauver-

pflichtung durch die Beklagte wäre "unsinnig" und "mit dem Denken eines seiner Sinne mächtigen Menschen nicht verträglich" gewesen, setzt die Revision sich in Widerspruch nicht nur zu der vom Berufungsgericht gebilligten tatrichterlichen Würdigung im landgerichtlichen Urteil, daß die Passage in größerem Maße den Interessen der Beklagten als des Klägers habe dienen sollen, sondern auch zu dem eigenen Sachvortrag der Beklagten. Diese hatte im Schriftsatz vom 16. Januar 1958 selbst behauptet, der Kläger habe sich bei den Vertragsverhandlungen allein an dem Durchbruch - im Hintergebäude des Grundstücks Frankfurter Straße - interessiert gezeigt, während die sogenannte Passage - durch das Vordergebäude jenes Grundstücks - in ihrem, der Beklagten, Interesse habe errichtet werden sollen (S. 2); diese den Interessen der Parteien entsprechende Trennung zwischen Durchbruch und Passage habe dem Gegenstand des beiderseitigen Vertragswillens entsprochen und sei im Vertrage berücksichtigt worden (S. 3); der Ausbau des - im Vordergebäude, also nach der Straße zu - bereits vorhandenen freien Raumes wäre allein im Interesse der Beklagten geschehen, da dort lediglich Schaufenster und Ausstellungsräume - für ihr Möbelgeschäft - eingerichtet worden wären (S. 4). Das wird bestätigt durch die Aussage des Zeugen Dr. Karl Wi., der den persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten auf die Vorteile einer solchen Passage hingewiesen hat (die Kinobesucher würden sich vor dem Vorstellungsbeginn die Ausstellungen der Beklagten ansehen, und außerdem müsse der Kläger für die Passage auch etwas bezahlen), sowie der Zeugin Johanna W. ("Mein Mann und mein Schwiegervater ... ließen sich davon überzeugen, daß Kinobesucher auch die Schaufenster betrachten würden und daß das für uns günstig wäre"; der Kläger war "nur an einem Durchgang, nicht an einer Passage interessiert; der Gedanke an eine Passage ist erst später aufgetaucht, und zwar durch uns").

Welches Interesse die Beklagte an dem Vertragsabschluß hatte und welche Vorteile ihr dadurch erwachsen, zeigt schließlich der Vertrag selbst: Die Passage sollte laut Nr. 1 Abs. 1 "W[REDACTED]-G[REDACTED]-Passage" heißen, also den Namen der Beklagten an erster Stelle tragen; diese Bezeichnung war nach Nr. 6 Abs. 1 in Gestalt einer in die Augen fallenden Reklame - deren Stromkosten die Beklagte übernahm - an der Straßenfront zur Frankfurter Straße anzubringen. Laut Nr. 1 Abs. 2 hatte der Kläger "nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Durchschleusung der Filmtheaterbesucher durch die Passage" (diese Vertragspflicht wurde in Abs. 3 nochmals erwähnt). Nach Nr. 8 Abs. 2 sollte die wirtschaftliche Auswertung der Passage ausschließlich eine Angelegenheit der Beklagten sein. Der Kläger sagte der Beklagten in Nr. 11 Einräumung eines Vorkaufsrechts an einer demnächst von ihm zu erwerbenden Grundfläche zu, und zwar mit der Maßgabe, daß die näheren Einzelheiten später "auf der Grundlage gegenseitigen Schutzes und Förderung der wirtschaftlichen Existenz" vereinbart werden sollten. Nr. 12 enthielt eine Konkurrenzklausel zugunsten der Beklagten, und laut Nr. 14 wurden alle bisher entstandenen Kosten einschließlich der Maklergebühren und Vortragskosten von beiden Parteien je zur Hälfte getragen. Dies alles spricht gegen die jetzige Behauptung der Beklagten, der Passage-Vertrag habe ihr lediglich Pflichten auferlegt und sei im alleinigen Interesse des Klägers abgeschlossen worden.

Wird somit die tatrichterliche Vertragsauslegung durch die Revisionsangriffe nicht erschüttert, so ist auch die rechtliche Schlußfolgerung nicht zu beanstanden, die Beklagte befinde sich gemäß § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB seit dem 2. September 1955 in Verzug. Das angefochtene Urteil führt hierzu aus: Den Beweis nach § 285 BGB, daß ihre Vertragsleistung infolge eines von ihr nicht zu vertretenden Um-

standes unterblieben sei, habe die Beklagte nicht erbracht, insbesondere könne sie nicht mit Erfolg einwenden, daß ihr die Beschaffung der für den Umbau notwendigen Gelder nicht möglich gewesen sei; denn nach ihrem eigenen Vortrag seien ihre Finanzierungspläne nicht etwa daran gescheitert, daß eine Kreditbeschaffung schlechterdings unmöglich gewesen sei, sondern es sei ihr bloß nicht gelungen, auf dem freien Kapitalmarkt einen für sie wirtschaftlich tragbaren Kredit zu erhalten; für dieses Unvermögen zur Beschaffung der für die Leistung erforderlichen Geldmittel habe aber die Beklagte ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden grundsätzlich einzustehen, gleichgültig ob das Unvermögen bereits bei Vertragsabschluß vorgelegen habe oder erst später eingetreten sei. Diese Ausführungen sind rechtsirrtumsfrei (vgl. Siebert/Schmidt, BGB 9. Aufl. § 279 Anm. 7); von der Revision werden insoweit auch keine Einwendungen erhoben.

2. Die Beklagte beruft sich auf Geschäftsgrundlage-Wegfall (§ 242 BGB), den sie darin erblickt, daß es ihr entgegen den Erwartungen bei Vertragsabschluß nicht gelungen sei, die zum Bau der Passage erforderlichen Gelder im Wege des Bankkredits zu beschaffen. Auch mit diesem Einwand hat sie in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Die Revision greift die hierauf bezüglichen Ausführungen des Berufungsurteils an.

Zu ihren Darlegungen, daß sich auf der Möglichkeit einer Kreditaufnahme zu tragbaren Bedingungen der Geschäftswille der Vertragschließenden aufgebaut habe, erübrigt sich eine Stellungnahme, weil der Berufungsrichter diese Frage - abweichend vom Landgericht, in dessen Urteil sie an Hand des Beweisergebnisses verneint wurde - ausdrücklich offen gelassen hat: auf sie komme es ebensowenig an wie darauf, ob die Behauptung der Beklagten zutreffe, daß die Finanzierung des Passagebaues unter den Parteien und mit Dritten wieder-

holt erörtert worden sei. Ist daher in der Revisionsinstanz zugunsten der Beklagten insoweit von der Richtigkeit ihrer Darstellung auszugehen, so folgt daraus jedoch noch keineswegs, daß sie gemäß § 242 BGB von ihren vertraglichen Verpflichtungen freigeworden ist. Der Vorrang gebührt vielmehr, wie das angefochtene Urteil mit Recht hervorhebt, dem Gedanken der Vertragstreue. Vereinbarungen müssen grundsätzlich so, wie sie getroffen sind, auch erfüllt werden. Ein Abweichen hiervon ist nur in besonders liegenden Ausnahmefällen statthaft, nämlich wenn das Festhalten am Vertrag zu untragbaren Ergebnissen führen würde und dem benachteiligten Vertragspartner nach Treu und Glauben nicht zuzumuten wäre. Wegfall oder Erschütterung der Geschäftsgrundlage bildet also für sich allein noch keinen Grund, von einer vertraglichen Regelung abzugehen. Hinzukommen müssen weitere Umstände, die eine Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue als unumgänglich geboten erscheinen lassen (ständige Rechtsprechung; vgl. z.B. RGZ 112, 329, 333; BGH Urteile vom 11. Juli 1958, VIII ZR 96/57, LM BGB § 242 Bb-Nr. 27 = NJW 1958, 1772, vom 14. Oktober 1959, V ZR 9/58, NJW 1959, 2203, vom 18. November 1960, V ZR 140/59, NJW 1961, 553, 554 f = WM 1961, 212, 215, und vom 14. Februar 1962, V ZR 80/60, WM 1962, 625, 626).

Im vorliegenden Fall sind solche besonderen Umstände nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht dargetan. Für nicht ausreichend erachtet es die Behauptung der Beklagten, ihre wirtschaftliche Lage sei angespannt gewesen, sowie die von ihr in Bezug genommene Zeugenaussage des Maklers Freudenberg, daß er einen 1954 angebotenen Kredit mit 89 % Auszahlung, 8 1/2 % Zinsen und 3 % Tilgung als nicht tragbar angesehen habe. Ihre vom Kläger bestrittene Behauptung, derartige Bedingungen hätten ihren geschäftlichen Ruin bedeutet, habe die Beklagte nicht unter Beweis gestellt. Sie habe auch nicht behauptet, daß ihre wirtschaftliche Lage und die Ver-

hältnisse am Kapitalmarkt für sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht überschaubar gewesen seien und daß sie sich in der Folgezeit bis zum 1. September 1955, an dem die Beklagte noch nicht im Verzug gewesen sei, verschlechtert hätten. Maßgebliche Bedeutung legt das Berufungsgericht schließlich dem Umstand bei, daß eine der Beklagten im Herbst 1955 von der Bayerischen Vereinsbank in München erteilte Darlehenszusage über 200 000 DM erst geraume Zeit später - frühestens im Sommer 1956 - im Rahmen alsdann einsetzender Kreditrestriktionen zurückgezogen worden ist; es vermißt eine entschuldigende Erklärung der Beklagten dafür, warum sie sich eine solche Kreditzusage nicht schon rechtzeitig vor dem 1. September 1955 hätte verschaffen können und warum sie nicht wenigstens die Zusage vom Herbst 1955 in Anspruch genommen habe. Der Beklagten hätten seit Vertragsabschluß nahezu zwei Jahre für die Durchführung des Passage-Projekts zur Verfügung gestanden; die Berufung auf Geschäftsgrundlage-Wegfall - so führt das Urteil unter Anführung von RGZ 103, 3, 5 und BGH in LM BGB § 284 Nr. 2 aus - versage dann, wenn der Schuldner seine Leistung ohne ausreichenden Grund nicht rechtzeitig bewirkt und sich damit selbst in die Lage gebracht habe, nunmehr unter wesentlich veränderten und für ihn ungünstigen Umständen erfüllen zu müssen.

Dem ist beizutreten. Wenn die Revision dem Berufungsgericht vorwirft, verkannt zu haben, daß es sich hier um Wegfall der Geschäftsgrundlage und nicht etwa darum handle, die Beklagte wegen wirtschaftlicher Unmöglichkeit aus ihrer vertraglichen Verpflichtung zu entlassen, so ist nicht ersichtlich, worin der Unterschied liegen soll: der eine rechtliche Gesichtspunkt sowohl wie auch der andere stellt eine Anwendungsform des § 242 BGB dar; beide laufen im Ergebnis auf dasselbe hinaus, nämlich auf eine Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue. Daß die Voraussetzungen hier-

für im vorliegenden Falle nicht erfüllt sind, hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei dargelegt. Mit ihrer Ansicht, bei Prüfung des Geschäftsgrundlage-Wegfalls seien "keine besonders strengen Anforderungen zu stellen", befindet die Revision sich im Widerspruch zur höchstichterlichen Rechtsprechung, die auf die Notwendigkeit eines strengen Maßstabes wiederholt hingewiesen hat (Urteile des erkennenden Senats vom 8. Januar 1958, V ZR 165/56, WM 1958, 297 = NJW 1958, 907, vom 21. Dezember 1960, V ZR 56/60, S. 7, insoweit in MDR 1961, 307 nicht abgedruckt, und vom 18. November 1960, V ZR 140/59, NJW 1961, 553, 554 f = WM 1961, 212, 215). Die Erörterungen der Revision über das angebliche Fehlen einer äquivalenten Gegenleistung des Klägers (er habe seinem großen Interesse an dem Bau der Passage nichts geopfert, er fordere nur, und er fordere ein Vermögen als Schadensersatz) liegen auf tatsächlichem Gebiet und sind mit der Würdigung des Sachverhalts durch die Vorinstanzen nicht vereinbar. Das gleiche gilt von ihrem Versuch, die Aussage des Zeugen Freudenberg anders zu würdigen als das Berufungsgericht; dieses ist dabei keineswegs, wie die Revision rügt, über das Urteil eines Fachmanns beweislos hinweggegangen, sondern ihm genügte die Bekundung Freudenbergs, das Kreditangebot von 1954 erscheine ihm als nicht tragbar für die Beklagte, schon deshalb nicht, weil es in diesem Zusammenhang einen ordnungsmäßigen, mit Beweisanträgen versehenen Sachvortrag der Beklagten über ihre wirtschaftliche Lage vermißte; infolgedessen brauchte es auch nicht gemäß § 139 ZPO der Beklagten nahezu legen, sich für die Richtigkeit der von Freudenberg geäußerten Ansicht auf einen Sachverständigen zu berufen.

Daß die Darlehenszusage der Bayerischen Vereinsbank vom Herbst 1955 unter Bedingungen erfolgt sei, die der Beklagten "genehm" waren, konnte das Berufungsgericht ohne Verfahrensverstoß aus deren Schilderung im Schriftsatz vom 16. Januar 1958 entnehmen:

"Wenn bei der Unterredung der Parteien auf die Kreditfrage nicht besonders eingegangen wurde, so lag dies daran, daß der Beklagten damals der Kredit durch die Bayerische Vereinsbank zugesagt war. Es bestand sonach keine Veranlassung, die Kreditfrage erneut zu erörtern."

Nichts anderes besagte die Aussage der Zeugin Johanna Wilzbacher:

"Es ist meinem Mann auch gelungen, eine Zusage für einen Kredit von einer Münchener Bank zu erhalten Infolge einer Kreditrestriktion ist daraus nichts geworden."

Soweit die Revision darauf abhebt, daß die Verhandlungen durch Kreditrestriktionen unterbrochen worden seien und nicht hätten weitergeführt werden können, übersieht sie die Feststellung des Berufungsgerichts, wonach diese Bankmaßnahmen erst nach einer Besprechung der Parteien vom Sommer 1956 eingesetzt haben; die Beklagte hatte also mindestens ein Dreivierteljahr lang die Möglichkeit, von der Kreditzusage Gebrauch zu machen.

Die Beweisanträge im Schriftsatz der Beklagten vom 14. November 1958, deren Nichtberücksichtigung die Revision rügt, hat das Berufungsgericht nicht übersehen, sondern es beanstandet sie als nicht genügend substantiiert (BU S. 11). Außerdem kam es darauf schon aus dem Grunde nicht an, weil das, was bewiesen werden sollte - nämlich daß die Finanzierung des Passagebaues Geschäftsgrundlage gewesen sei -, ohnehin vom Berufungsgericht zugunsten der Beklagten als richtig unterstellt worden ist.

3. Mit der Frage, ob und in welchem Umfange der Kläger nach § 254 Abs. 2 BGB verpflichtet gewesen sei, seinen Schaden durch eigene Maßnahmen zu mindern, hat das Berufungsgericht sich eingehend auseinandergesetzt, wobei es auch ge-

wisse Abstriche zum Nachteil des Klägers vorgenommen hat (Nichtausnützung der ihm in Nr. 6 Abs. 2 des Passage-Vertrages eingeräumten Reklamemöglichkeiten). Kein mitwirkendes Verschulden des Klägers erblickt es jedoch - insoweit abweichend vom Landgericht - darin, daß er es unterließ, sich gemäß Nr. 2 Abs. 2 des Vertrages einen provisorischen Durchgang von der Frankfurter Straße zum Gloria-Theater zu schaffen. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob ein solches Provisorium überhaupt bau- und feuerpolizeilich genehmigt worden wäre, und legt die genannte Vertragsbestimmung dahin aus, sie habe dem Kläger keine Bauverpflichtung auferlegt, ihn vielmehr lediglich nach eigenem Ermessen berechtigt, einen provisorischen Durchgang in Anspruch zu nehmen, falls die Beklagte mit der endgültigen Errichtung der Passage nicht, wie vorgesehen, bis zum 1. September 1954 fertig werden, sondern ihrerseits von der ihr dann zustehenden einjährigen Verlängerungsfrist Gebrauch machen sollte; der provisorische Durchgang sei also nur zur Überbrückung dieser Zeitspanne gedacht gewesen. Da dem Kläger bis zum 1. September 1955 noch keine Schadensersatzansprüche zugestanden hätten, habe er während dieser Zeit auch aus dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht keinen Anlaß zur Herstellung des Durchgangs gehabt. Nach jenem Tage aber sei ihm dies nicht mehr zuzumuten gewesen; denn er hätte dann unter erheblichem Kostenaufwand und Auslösung seiner vertraglichen Pflicht zur Zahlung einer monatlichen Miete von 200 DM lediglich ein Provisorium erlangt und sich möglicherweise auch noch einem Ersatzanspruch der Beklagten für den ihr im Hintergebäude verlorengehenden Ausstellungsraum ausgesetzt, während er nach dem Vertrag bei nur wenig größerem eigenen Aufwand seit dem 1. September 1955 Anspruch auf eine ordnungsmäßige Passage gehabt habe; angesichts des bisherigen Verhaltens der Beklagten sei völlig unbestimmt gewesen, bis wann

diese einem solchen provisorischen Zustand durch Vertragserfüllung ein Ende bereiten würde.

Die Revision bekämpft diese Ausführungen mit einem Hinweis auf den starken gesellschaftlichen Einschlag des Passago-Vertrages: die durch ihn begründeten Pflichten stünden zueinander nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, sondern es handele sich um parallel gerichtete Leistungen zur Erreichung eines von beiden Parteien gewünschten Zweckes; dies begründe eine besondere Treuepflicht, der zufolge der Kläger alles in seinen Kräften Stehende hätte versuchen müssen, um wenigstens den provisorischen Durchgang herzurichten. Allein die Rüge ist nicht begründet. Es mag auf sich beruhen, ob der Versuch der Revision, den vertraglichen Beziehungen der Parteien einen gesellschaftsrechtlichen Charakter beizulegen, Zustimmung verdient, oder ob nicht vielmehr, wie der Kläger in seiner Revisionsbeantwortung ausführt, in Wirklichkeit jede Partei nur ihr eigenes, von dem der Gegenpartei verschiedenes Ziel verfolgt. Denn auch wenn das Vertragsverhältnis in der Tat Merkmale aufweisen sollte, die es einer Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff BGB ähnlich machen würden, ginge die daraus möglicherweise entspringende gesteigerte Treuepflicht (Siebert/Schultze von Lasaulx, BGB 9. Aufl. § 705 Anm. 39 ff) unter keinen Umständen so weit, daß der Vertragspartner nur mit Rücksicht auf ein vertragsungetreues Verhalten des anderen gehalten wäre, nunmehr seinerseits Maßnahmen zu treffen, die ihn selbst wirtschaftlich benachteiligen könnten. Letzteres wäre hier nach der Tatsachewürdigung des Berufungsgerichts, wenn der Kläger den provisorischen Durchgang geschaffen hätte, der Fall gewesen. Er hätte dann, wie das angefochtene Urteil darlegt, möglicherweise eines Tages vor der Notwendigkeit gestanden, den vorläufigen Zustand - der, auch nach dem Willen der Parteien,

eben nur ein Provisorium gewesen wäre und folglich nicht auf die Dauer hätte aufrechterhalten werden können, für den aber der Kläger, als von ihm geschaffen, die Verantwortung getragen hätte - wieder beseitigen zu müssen, sei es durch Schließung des Durchgangs oder durch eigenen vollständigen Ausbau, gegebenenfalls nach Erwirken eines Titels gegen die Beklagte im Wege des § 887 ZPO. Wenn das Berufungsgericht hierzu abschließend bemerkt, auf ein solches "Abenteuer" habe sich der Kläger nicht einzulassen brauchen, so ist das nicht zu beanstanden, und mit dieser Erwägung erledigen sich zugleich die Folgerungen, welche die Revision aus einer vermeintlichen gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ziehen möchte.

4. Die übrigen Ausführungen des Berufungsurteils werden von der Revision nicht angegriffen. Sie enthalten auch

keine von Amts wegen zu beanstandenden Rechtsfehler. Daher
war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO
zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Offterdinger