

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 281/95

Verkündet am:
19. November 1997
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 326 Abs. 1 Satz 2; 558 Abs. 1

Eine Leistungsklage auf Ersatz eines Mietausfallschadens unterbricht die Verjährung für künftige Mietausfälle auch dann nicht, wenn es sich um einen einheitlichen Verzugsschaden handelt (Klarstellung zu Senatsurteil BGHZ 128, 74, 82).

BGH, Urteil vom 19. November 1997 - XII ZR 281/95 - OLG München
LG Ingolstadt

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Dr. Hahne und Gerber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. September 1995 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Abänderung des Urteils des Landgerichts Ingolstadt vom 20. Juli 1994 in Höhe von 37.000 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten der Nebenintervention, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der beklagten Mieterin nach Beendigung eines Mietverhältnisses Schadensersatz wegen Mietausfalls und nicht ausgeführter Reparaturen.

Die Parteien bzw. ihre Rechtsvorgänger hatten am 24. Februar 1972 einen Mietvertrag über ein gewerblich genutztes Anwesen geschlossen. Eine Zusatzvereinbarung vom selben Tag enthielt die Verpflichtung der Mieterseite, das Objekt während der gesamten Mietdauer auf eigene Kosten in einem einwandfreien baulichen und ausstattungsmäßigen Zustand zu erhalten. Das Anwesen war an den Nebenintervenienten untervermietet. Der Hauptmietvertrag wurde zum 31. März 1992 beendet. Anlässlich einer Objektbegehung am 6. März 1992 wurde der Klägerin das Gebäude vorab zurückgegeben. Mit Schreiben vom 17. März 1992 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 31. März 1992 und unter Ablehnungsandrohung auf, zahlreiche aufgelistete Schäden zu beseitigen. Nachdem die Beklagte dem nicht fristgemäß nachgekommen war, forderte die Klägerin zunächst Nutzungsausfallentschädigung für den Monat April. Auf Anregung der Beklagten vom 21. April 1992 kam daraufhin am 14. Mai 1992 eine Besprechung zustande, in der sich die Beklagte einen Monat Zeit erbat, um "die Angelegenheit erledigen zu können". Zwischenzeitlich hatte die Klägerin mit Schriftsatz vom 29. April 1992 ein selbständiges Beweisverfahren beantragt.

In der Folge verhandelten die Parteien über die Durchführung der Mängelbeseitigung, ohne daß es tatsächlich zu entsprechenden Maßnahmen kam. Mit Schreiben vom 9. Juli 1992 kündigte die Klägerin der Beklagten an, nach Besichtigung durch den im Beweisverfahren eingeschalteten Sachverständigen die Mängel selbst beseitigen zu lassen und Ersatzansprüche gerichtlich geltend zu ma-



chen. Mit Schreiben vom 28. Juli 1992 teilte sie der Beklagten mit, daß diese in Absprache mit ihr, der Klägerin, mit den geschuldeten Arbeiten beginnen könne, nachdem der Sachverständige inzwischen seine Feststellungen getroffen habe. Mit Schreiben vom 11. August 1992 wiederholte sie ihre Aufforderung unter "letztmaliger" Fristsetzung bis zum 31. August 1992 und Ablehnungsandrohung und forderte weiteren Mietausfall bis August 1992. Eine erbetene Fristverlängerung des Rechtsanwalts der Beklagten zur Stellungnahme auf ihr Schreiben vom 11. August 1992 lehnte sie mit Schreiben vom 19. August 1992 ab.

Mit der Klage vom 24. August 1992, der Beklagten zugestellt am 2. September 1992, begehrte sie zunächst Ersatz des Mietausfalls für die Monate April bis August 1992 in Höhe von 46.000 DM und erhöhte die Klage am 7. Oktober 1992, der Beklagten zugestellt am 14. Oktober 1992, um den Mietausfall für September auf 55.000 DM. Mit Schriftsatz vom 6. Mai 1993, zugestellt am 17. Mai 1993, erweiterte sie die Klage um den Mietausfall für die Zeit bis April 1993 auf insgesamt 105.000 DM; ferner forderte sie erstmals Reparaturkosten in Höhe von 65.206,13 DM und begehrte die Feststellung, daß die Beklagte zum Ersatz sämtlicher Schäden aus der Nichterfüllung ihrer vertraglich übernommenen Instandhaltungspflichten verpflichtet sei. Mit erneuter Klagerweiterung vom 31. August 1993, zugestellt am 7. September 1993, machte sie neben dem Mietausfall von 105.000 DM zusätzliche Reparaturkosten in Höhe von nunmehr insgesamt

175.455,22 DM geltend; in der mündlichen Verhandlung stellte sie den Feststellungsantrag nicht.

Das Landgericht hat ihrer Forderung auf Ersatz des Mietausfalls in Höhe von 55.000 DM entsprochen, jedoch das mit den Klagerweiterungen vom 6. Mai und 31. August 1993 geltend gemachte Zahlungsbegehren wegen Verjährung abgewiesen.

Hiergegen haben die Klägerin und der Nebenintervenant Berufung, die Beklagte unselbständige Anschlußberufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Verurteilung der Beklagten auf 18.000 DM herabgesetzt. Die dagegen eingelegte Revision der Klägerin hat der Senat insoweit angenommen, als sie einen restlichen Mietausfallschaden von 87.000 DM weiterverfolgt. Der Feststellungsantrag ist dagegen in der Revisionsinstanz nicht angefallen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur teilweisen Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin lediglich einen Mietausfallschaden in Höhe von 18.000 DM für die Monate August und September 1992 zugesprochen. Es ist davon ausgegangen, daß der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch

auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung von Vertragspflichten gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB zustehe, weil die Beklagte ihrer Verpflichtung aus der Zusatzvereinbarung, das Haus in baulich und ausstattungsmäßig einwandfreiem Zustand zu erhalten und regelmäßig Schönheitsreparaturen durchzuführen, nicht nachgekommen sei. Einer förmlichen Fristsetzung und Ablehnungsandrohung der Klägerin habe es nicht bedurft, da schon aus dem Verhalten der Beklagten vor Vertragsbeendigung eine Erfüllungsverweigerung erkennbar gewesen sei. Denn die Beklagte habe der Klägerin bereits anlässlich der Besichtigung am 6. März 1992 das Anwesen zurückgegeben und in der Folge deren Forderung, die festgestellten Mängel bis zum 31. März 1992 zu beseitigen, nicht erfüllt. Die Klägerin sei daher mit Ablauf des 31. März 1992 ohne nochmalige Mahnung und Fristsetzung berechtigt gewesen, die Schönheitsreparaturen selbst durchzuführen und von der Beklagten Kostenerstattung zu verlangen. Der Lauf der 6-monatigen Verjährungsfrist des § 558 Abs. 1 BGB habe nach Übergabe der Mietsache mit der Beendigung des Mietvertrags begonnen. Die Verjährung sei allerdings entsprechend § 852 Abs. 2 BGB jedenfalls in der Zeit vom 21. April bis 9. Juli 1992 gehemmt gewesen, in der die Parteien auf Anregung der Beklagten vom 21. April 1992 Verhandlungen über eine einvernehmliche Lösung geführt hätten, bis die Klägerin mit Schreiben vom 9. Juli 1992 diese Verhandlungen abgebrochen habe. Der mit der Klage vom 24. August 1992 und der Klagerweiterung vom 7. Oktober 1992 geforderte Mietausfallschaden in Höhe von insgesamt 55.000 DM sei danach nicht verjährt gewesen.

Anders verhalte es sich dagegen mit der Forderung auf Ersatz weiterer Mietausfälle und Reparaturschäden, die die

Klägerin mit den Klageerweiterungen vom 6. Mai und 31. August 1993 geltend gemacht habe. Selbst wenn man zugunsten der Klägerin davon ausgehe, daß die Verjährung hemmende Verhandlungen seit der Übergabe des Anwesens und auch noch nach dem 9. Juli 1992 stattgefunden hätten, weil die Klägerin noch bis zum 20. bzw. 31. August 1992 Frist zur Begleichung des Mietausfalls und zur Durchführung der Reparaturen gesetzt habe, und man demgemäß die Verjährungsfrist erst mit dem 1. September 1992 beginnen lasse, wäre die 6-monatige Verjährung für diese Klageforderungen zum Zeitpunkt der Klageerweiterungen vom 6. Mai und 31. August 1993 bereits abgelaufen gewesen. Insoweit hätten auch die ursprünglichen Klagen vom 24. August und 7. Oktober 1992 die Verjährung nicht unterbrechen können, da der Umfang der Unterbrechung auf den Streitgegenstand dieser Teilklagen beschränkt gewesen sei, und die Klägerin mit diesen Klagen genau abgrenzbare Teile ihres Schadens, nämlich den Mietausfall von April bis September 1992, gefordert habe. Die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens habe keine Unterbrechungswirkung gehabt.

Allerdings sei der von der Verjährung nicht betroffene Schadensersatz wegen Mietausfalls nur für die Monate August und September 1992 in Höhe von insgesamt 18.000 DM begründet. Das ergebe sich in Abweichung von der ersten Aussage des Mietinteressenten Sch. aus seiner späteren zweiten Vernehmung vor dem Landgericht. Diese habe das Landgericht erkennbar übersehen und nicht in seine Erwägungen einbezogen, so daß das Oberlandesgericht ohne erneute Beweisaufnahme eine eigene Beweismwürdigung vornehmen könne. Danach sei davon auszugehen, daß der Zeuge das Anwesen erst zum

1. August zu einem monatlichen Mietzins von 9.000 DM angemietet hätte, wenn es bezugsfertig gewesen wäre. Eine frühere Vermietung sei nicht in Betracht gekommen.

II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Allerdings hat das Berufungsgericht zutreffend eine Verjährung des über den Mietausfall in Höhe von 55.000 DM hinausgehenden weiteren Mietausfallschadens für die Monate Oktober 1992 bis April 1993 angenommen.

a) Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Ersatz des Mietausfallschadens beruht darauf, daß die Beklagte ihrer vertraglich vereinbarten Verpflichtung zur Instandhaltung und Rückgabe der Sache in einwandfreiem Zustand nicht nachgekommen ist. Rechtsgrundlage dieses Anspruchs ist § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn der Schuldner mit der ihm obliegenden Leistung trotz Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung weiterhin in Verzug ist. Das Oberlandesgericht durfte ohne Rechtsverstoß davon ausgehen, daß in dem vorzeitigen Auszug der Beklagten am 6. März ohne Vornahme der geschuldeten Instandsetzung eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung zu sehen war, die eine förmliche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich machte (vgl. BGHZ 49, 56, 59; Senatsurteil vom 10. Juli 1991 - XII ZR 105/90 - NJW 1991, 2416, 2417).

Damit waren die Voraussetzungen für eine Umwandlung des zunächst auf Instandsetzung gerichteten Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB mit der Beendigung des Mietverhältnisses zum 31. März 1992 erfüllt. Ab diesem Zeitpunkt war die Klägerin zugleich mit ihrem Erfüllungsanspruch ausgeschlossen (§ 326 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. BGB).

b) Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung umfaßt auch den Verzugsschaden in Form des Mietausfalls, der der Klägerin infolge des nicht vertragsgerechten Zustandes der Mietsache bei Vertragsende entstanden ist. Sind die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB erfüllt, geht der Ersatz des Mietausfalls als Rechnungsposten in den Schadensersatz wegen Nichterfüllung ein (Senatsurteil vom 10. Juli 1991 aaO; Scheuer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 2. Aufl. V A Rdn. 180; Soergel/Wiedemann BGB 12. Aufl. § 326 Rdn. 77).

c) Gemäß § 558 Abs. 1 BGB verjähren Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache binnen sechs Monaten. Diese kurze Verjährungsfrist gilt auch für alle damit zusammenhängenden Ersatzansprüche, insbesondere solche wegen Verzuges - wie hier auf Ersatz des Mietausfalls (BGHZ 107, 179, 182; Senatsurteil vom 10. Juli 1991 aaO; Gramlich in Bub/Treier aaO VI Rdn. 8 u. 9). Die Verjährungsfrist beginnt nach § 558 Abs. 2 BGB mit der Rückgabe der Mietsache, frühestens jedoch mit dem Eintreten der Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB, d.h. mit Umwandlung des ursprünglichen Erfüllungsanspruches in den Schadensersatz wegen Nichter-

fällung (BGHZ 107 aaO 184). Das war hier mit dem Ablauf des Mietverhältnisses am 31. März 1992 der Fall. Der Fristbeginn gilt einheitlich für alle voraussehbaren künftigen Mietausfälle, die aus der Verletzung der vertraglichen Instandsetzungspflichten folgen, ohne daß es auf den jeweiligen monatlichen Entstehungszeitpunkt der Mietausfälle ankommt. Das folgt zum einen aus dem sogenannten Grundsatz der Schadenseinheit, wonach der aus einem bestimmten Ereignis (hier der Verletzung der Instandsetzungspflicht) erwachsene Schaden (hier die Mietausfälle) als einheitliches Ganzes aufzufassen ist, für den auch ein einheitlicher Verjährungsablauf gilt, soweit - wie hier - schon beim Auftreten des ersten Schadens mit den später eintretenden Schäden zu rechnen war (vgl. insoweit BGHZ 50, 21, 23 f. und BGH Urteil vom 13. Juli 1959 LM § 198 BGB Nr. 3 m.N.). Zum anderen ergibt sich dies aus der umfassenden Zielsetzung des § 558 BGB, der mit der kurzen Verjährung für eine rasche Abwicklung aller aus einem beendeten Mietverhältnis resultierenden Ersatzansprüche sorgen und verhindern will, daß sukzessiv entstehende Schäden, die dem Grunde nach nur Teile eines einheitlichen Verzugsschadens sind, unter Umständen noch nach Jahren geltend gemacht werden können (vgl. Anm. Peters JZ 1995, 626, 627; Wichert MDR 1996, 973, 974; Gramlich in Bub/Treier aaO VI Rdn. 8 u. 9).

Die Verjährungsfrist hat demgemäß mit dem 1. April 1992 begonnen (§ 187 Abs. 1 BGB) und wäre an sich am 30. September 1992 abgelaufen (§ 188 Abs. 2 u. 3 BGB). Das von der Klägerin am 24. September 1992 beantragte selbständige Beweisverfahren hat die Verjährung nicht unterbrochen (Senatsurteil BGHZ 128, 74, 80). Jedoch ist das Berufungs-

gericht zutreffend entsprechend § 852 Abs. 2 BGB von einer Hemmung der Verjährung wegen der von den Parteien zwischen dem 21. April und dem 9. Juli 1992 geführten Vergleichsverhandlungen ausgegangen (vgl. BGHZ 93, 64 f.). Gemäß § 205 BGB ist der Zeitraum der Hemmung nicht in die Verjährungsfrist einzurechnen, wobei die Tage des Entstehens und Entfallens des Hemmungsgrundes nicht mitzählen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 56. Aufl., § 205 Rdn. 1). Damit ergibt sich eine Fristverlängerung, die jedenfalls vor den Klageerweiterungen vom 6. Mai und 31. August 1993 abgelaufen war. Innerhalb dieser Frist sind die Klageerweiterungen vom 6. Mai und 31. August 1993, betreffend die Monate Oktober 1992 bis April 1993, nicht erhoben worden, so daß diese Ansprüche verjährt sind.

Etwas anderes würde sich auch dann nicht ergeben, wenn man mit dem Berufungsgericht hilfsweise zugunsten der Klägerin davon ausginge, daß wegen weiterer bis Ende August geführter Verhandlungen die Verjährung erst zum 1. September 1992 begonnen und nach sechs Monaten Ende Februar 1993 geendet hätte. Denn auch dann wären die erst im Mai und August 1993 erhobenen Forderungen verjährt.

Dem in der mündlichen Verhandlung geäußerten Gedanken der Revision, auch das am 24. September 1992 eingeleitete Beweisverfahren habe - wenn schon keine Unterbrechung, so doch - eine Hemmung bewirkt, vermag der Senat nicht zu folgen. Das Beweisverfahren ist ein einseitiges Verfahren. Es ist weder festgestellt noch vorgetragen, daß zugleich damit Vergleichsverhandlungen der Parteien stattgefunden haben. Auch soweit die Revision eine weitere Hemmung der Verjäh-

rung annehmen will, weil die Parteien im Prozeßverfahren über einen vom Gericht am 11. November 1992 unterbreiteten Vergleichsvorschlag bis zum 16. Dezember 1992 verhandelt hätten, verhilft ihr dies nicht zum Erfolg. Denn es würde die Verjährung selbst bei einem unterstellten Fristbeginn am 1. September 1992 nur um 34 Tage bis zum 3. April 1993 verlängern, was nicht ausreicht.

d) Etwas anderes würde nur gelten, wenn man mit der Revision bereits der Klage vom 24. August 1992 - unabhängig davon, was deren Streitgegenstand war - eine verjährungsunterbrechende Wirkung für die gesamten in der Folgezeit eingetretenen Mietausfälle beimessen könnte. Die Revision stützt sich dabei auf den oben genannten Grundsatz der Schadenseinheit und meint unter Berufung auf die Entscheidung in BGHZ 50 aaO und die Senatsentscheidung in BGHZ 128 aaO S. 82, daß in einem solchen Fall bereits die Klage auf Ersatz von Mietausfall die einheitlich laufende Verjährung für alle künftigen Mietausfälle einheitlich unterbrochen habe. Die Konsequenz dieser Auffassung wäre, daß es keiner Feststellungsklage auf Ersatz des künftig anfallenden Schadens mehr bedürfe.

Darin kann ihr nicht gefolgt werden. Soweit sich aus der Senatsentscheidung in BGHZ 128 aaO S. 82 entsprechendes ergibt, hält der Senat hieran nicht fest. Vielmehr bestimmt sich auch in den Fällen der Schadenseinheit und der daraus folgenden einheitlichen Verjährung die Frage, ob und in welchem Umfang eine erhobene Leistungsklage die Unterbrechung der Verjährung eines Anspruchs herbeiführt, allein danach, was der nach prozessualen Grundsätzen zu ermitteln-

de Streitgegenstand dieser Klage ist. Jede andere Betrachtungsweise führt zu einer Beeinträchtigung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (BGH, Urteil vom 3. November 1987 - VI ZR 176/87 - NJW 1988, 965, 966 m.w.N.; Staudinger/Peters BGB Stand Juni 1995 § 209 Rdn. 17 und 22; Soergel/Walter aaO § 209 Nr. 13, 14, Anm. Peters JZ 95 aaO S. 627 und Wichert MDR 1996, aaO S. 975). Der Vermieter muß daher, will er die Verjährung auch für die künftigen, zeitlich noch nicht überschaubaren Mietausfälle unterbrechen, insoweit gesondert Feststellungsklage erheben, da die Reichweite der Ursprungsklage nicht auch diese Schäden abdeckt (vgl. § 209 Abs. 1, 2. Alt. BGB; BGHZ 114, 150, 153; BGHZ 66, 142, 148; BGH, Urteil vom 28. Mai 1957 - VIII ZR 205/56 - NJW 1957, 1436 f. = LM § 558 BGB Nr. 1; BGH, Urteil vom 13. Juli 1959 aaO).

Dabei kann dahinstehen, ob man die Klage auf den bereits entstandenen Mietausfall im Hinblick auf die voraussehbaren künftigen Mietausfälle als Teilklage ansehen kann (so Wichert aaO) oder nicht. Für die Teilklage ist einhellige Meinung, daß sie die Verjährung nur in Höhe des eingeklagten Betrags unterbricht (BGHZ 66 aaO S. 147 m.w.N.). Aber auch soweit hier noch nicht von einer Teilklage ausgegangen werden kann, ergibt sich nichts anderes. Wie der VI. Zivilsenat in seinem Urteil vom 3. November 1987 (aaO S. 966) ausgeführt hat, beschränkt sich die Wirkung der Geltendmachung eines Teils eines Schadens nicht auf den Bereich der Teilklage im Sinne der betragsmäßigen Beschränkung auf einen Teil der Forderung, sondern greift wegen der Bedeutung des Streitgegenstandes für den Umfang der Verjährungsunterbrechung durch Klageerhebung auch dann ein, wenn

bei einem (Gesamt-)Schaden die Sache nur wegen einzelner Ansprüche rechtshängig wird. Daher ist auch in einem solchen Fall die Unterbrechung der Verjährung allein auf den rechtshängig gemachten Teil des entstandenen Schadens beschränkt. Soweit sich der Senat in seiner Entscheidung BGHZ 128 aaO auf die Entscheidungen in BGHZ 50 (aaO S. 24) und BGHZ 66, 138, 141 bezogen hat, betreffen diese andere Fallgestaltungen und vermögen die Annahme, bereits die Ursprungsklage unterbreche - unabhängig von ihrer Reichweite - die Verjährung für die gesamten Mietausfälle, nicht zu tragen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die Verjährung nur hinsichtlich der mit der rechtzeitig erhobenen Klage bzw. Klagerweiterung vom 24. August und 7. Oktober 1992 geltend gemachten 55.000 DM unterbrochen war. Auch die mit Schriftsatz vom 6. Mai 1993 erhobene Feststellungsklage auf Ersatz künftiger Schäden, die später in dem Leistungsantrag vom 31. August 1993 aufging, vermochte hieran nichts zu ändern, da sie ebenfalls verspätet war.

2. Von den nicht verjährten Mietausfallansprüchen hat das Berufungsgericht der Klägerin nur 18.000 DM für die Monate August und September 1992 zugesprochen. Es hat dabei die zweite Aussage des Zeugen Sch., die das Landgericht nach seiner Ansicht übersehen hat, einbezogen, ohne den Zeugen selbst erneut zu vernehmen. Die dazu angestellten Erwägungen des Berufungsgerichts halten indes den verfahrensrechtlichen Angriffen der Revision nicht stand.

Zwar steht es nach § 398 Abs. 1 ZPO grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es einen in erster In-

stanz vernommenen Zeugen erneut vernehmen will. Dieses Ermessen unterliegt jedoch Einschränkungen. Eine erneute Vernehmung ist geboten, wenn das Berufungsgericht einer ihrem Wortlaut nach eindeutigen Stelle in der Vernehmungsniederschrift, zu der die erste Instanz nicht Stellung genommen hat, eine vom Wortsinn abweichende, die Entscheidung aber tragende Auslegung geben will, oder eine protokollierte Aussage anders verstehen will oder ihr ein anderes Gewicht beimessen will als die Vorinstanz (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1995 - X ZR 135/93 - NJW 1996, 919, 920 und zuletzt Urteil vom 16. Oktober 1997 - IX ZR 10/97 m.N.).

Wie die Revision zu Recht rügt, kann hier bereits nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß das Landgericht die zweite Aussage übersehen hat. Der Zeuge Sch. hat bei seiner ersten Vernehmung ausgesagt, er habe eine Wohnung und Praxisräume gesucht, weil er im Juni 1992 aus seiner damaligen Wohnung habe ausziehen müssen. Ein Haus, in dem er beides, Wohnung und Praxis, hätte mieten können, sei für ihn vorteilhaft gewesen. Wenn daher das Haus bis Juni bezugsfertig gewesen wäre, am besten noch eher, hätte er es für die veranschlagte Monatsmiete von 9.500 DM sicher angemietet. Vergleichbar Günstiges sei nicht zu finden gewesen. Bei seiner zweiten Vernehmung, die das Landgericht wegen der unterlassenen Mitteilung des Beweisbeschlusses und der Ladung des Nebenintervenienten zum Beweistermin veranlaßt hat, hat er ausgesagt, er habe zum 30. Juli aus seiner Wohnung ausziehen müssen und Wohnung und Praxisräume gesucht. Wäre das Haus zum 1. August beziehbar gewesen, hätte er es mit größter Wahrscheinlichkeit genommen, da er

insbesondere für Praxisräume keine andere Auswahl gehabt habe. Über die Miethöhe sei konkret noch nicht gesprochen worden. Das Landgericht hat im Tatbestand seines Urteils auf beide Aussagen Bezug genommen. In den Gründen hat es ausgeführt, der Zeuge hätte das Haus spätestens ab Juni 1992, gegebenenfalls auch eher, für 9.500 DM monatlich angemietet, weil er ab Juni eine Wohnung benötigt habe und er seine Arztpraxis, die er bisher in veralteten unzuträglichen Räumen geführt habe, ebenfalls nach dort verlegen wollte. Hieraus kann noch nicht geschlossen werden, das Landgericht habe keine Gesamtwürdigung getroffen, sondern die spätere Aussage übersehen. Das Berufungsgericht hat demgegenüber ausgeführt, aus beiden Aussagen könne nur geschlossen werden, daß der Zeuge das Haus im Falle der Bezugsfertigkeit erst zum 1. August zu einem Mietpreis von 9.000 DM monatlich angemietet hätte. Es hat dabei im Ergebnis der zweiten Aussage den Vorrang eingeräumt, und im übrigen zur Frage der Höhe der Miete einen vom Zeugen nicht genannten Betrag zugrunde gelegt. Darin liegt zum einen eine Abweichung von der Würdigung des Landgerichts, wobei dahinstehen kann, ob die erste Aussage verwertbar war. Eine erneute Vernehmung des Zeugen wäre aber zum anderen

- selbst wenn das Landgericht die zweite Aussage tatsächlich übersehen hätte - auch wegen der Abweichungen in den beiden Aussagen zu den Fragen des Zeitpunktes der Anmietung und der Höhe des Mietzinses erforderlich gewesen. Das Oberlandesgericht hat nicht plausibel dargelegt, warum nur die
- zeitfernere - zweite Aussage des Zeugen richtig sein soll, nicht dagegen die - zeitnähere - erste Aussage. Inso-

weit ist die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts auch rechtsfehlerhaft (Verstoß gegen § 286 ZPO).

Damit kann das Urteil keinen Bestand haben, sondern nötigt zur Aufhebung und zur Zurückverweisung an das Oberlandesgericht, damit es die unterlassene Beweisaufnahme durchführen kann.

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Hahne

Gerber