

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 132/73

URTEIL

Verkündet am

5. Februar 1975  
Mückenhausen,  
Justizangestellte

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Gastwirts L [REDACTED] P [REDACTED] in B [REDACTED]  
[REDACTED], Am S [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] [REDACTED]  
[REDACTED]

gegen

"F [REDACTED]" Wohnbau-, Beratungs- und Betreuungsgesellschaft für Wohnungs- und Bauwirtschaft mit beschränkter Haftung in B [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED]

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs  
hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Januar 1975  
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die  
Richter Braxmaier, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Wolf

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 3. April 1973 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 385 DM nebst 10 % Zinsen aus

|        |    |    |    |         |
|--------|----|----|----|---------|
| 35,--  | DM | ab | 1. | 3.1971  |
| 70,--  | DM | ab | 1. | 4.1971  |
| 105,-- | DM | ab | 1. | 5.1971  |
| 140,-- | DM | ab | 1. | 6.1971  |
| 175,-- | DM | ab | 1. | 7.1971  |
| 210,-- | DM | ab | 1. | 8.1971  |
| 245,-- | DM | ab | 1. | 9.1971  |
| 280,-- | DM | ab | 1. | 10.1971 |
| 315,-- | DM | ab | 1. | 11.1971 |
| 350,-- | DM | ab | 1. | 12.1971 |
| 385,-- | DM | ab | 1. | 1.1972  |

verurteilt und die Widerklage in Höhe von  
mehr als 7.799,03 DM abgewiesen worden ist.

2. Der Beklagte hat von den Kosten der Revision  
1/5 zu tragen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur  
erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch  
über die Kosten der Revision, soweit über sie  
noch nicht entschieden ist, an den 5. Zivil-  
senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

### Tatbestand

Der Beklagte mietete durch schriftlichen Vertrag vom 21. Dezember 1967 auf die Dauer von 10 Jahren zum Preise von monatlich 950 DM von der Klägerin Räume zum Betrieb einer Diskothek. Der Mietvertrag (MV) enthält u.a. folgende Bestimmungen:

#### "§ 4

Die vermieteten Räume dürfen nur zu dem angegebenen Zweck benutzt werden.

#### § 6

Die Beschaffung der notwendigen Genehmigungen der Behörden hat der Mieter selbst auf seine Kosten vorzunehmen. Etwaige polizeiliche Auflagen wegen des Gaststättenbetriebes gehen zu Lasten des Mieters.

#### § 10

Dem Mieter steht eine Aufrechnung mit Gegenforderung, insbesondere eine Verrechnung mit den zu zahlenden Mietzinsen ausgeschlossen."

Am 24. Februar 1968 eröffnete der Beklagte in den Mieträumen die Diskothek "B● [REDACTED]". Es kam alsbald zu Beschwerden von Hausbewohnern und Nachbarn wegen Geräuschbelästigung. Mit Verfügung vom 3. September 1968 wurde dem Beklagten von der Bauordnungsbehörde aufgegeben, zum 16. September 1968 den Betrieb der Diskothek einzustellen und nur noch eine Gaststätte herkömmlicher Art zu



betreiben. Die Parteien riefen hiergegen das Verwaltungsgericht an, blieben aber in zwei Rechtszügen im wesentlichen erfolglos. Eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Oberverwaltungsgericht hat das Bundesverwaltungsgericht erst nach Erlaß des Berufungsurteils abschlägig beschieden.

Der Beklagte hat ab 1. Dezember 1970 keine Miete gezahlt. Mit der Klage verlangt die Klägerin 12 600 DM an Mietzins für die Zeit von Dezember 1970 bis Januar 1972, außerdem Miete für eine Garage für die Zeit vom März 1971 bis Juni 1972 mit zusammen 385 DM. Der Beklagte begehrt widerklagend 28 682,38 DM als Schadenersatz für nutzlose zum Zweck der Einrichtung der Diskothek gemachte Aufwendungen, ferner für gezahlte Anwaltskosten, Buß- und Zwangsgelder. Hilfsweise rechnet er mit diesem Schadenersatzanspruch gegenüber der Klage auf.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte ein Urteil nach seinen Anträgen aus der Vorinstanz. Die Klägerin hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe

#### A. Die Mietzinsminderung

I. Das Berufungsgericht nimmt eine Trennung der Gründe vor, die der Beklagte für die Minderung des

Mietzinses geltend macht und behandelt zunächst die behördlichen Nutzungsbeschränkungen, die unabhängig von der mangelhaften Schallisolierung der Mieträume ergangen seien (siehe unter Nr. II), und anschließend etwaige Mängel auf Grund der nicht ausreichenden Schallisolierung (siehe unter Nr. 3). Diese Unterteilung beruht darauf, daß die gegen den Beklagten gerichteten Verwaltungsakte (Verbot, eine Diskothek zu führen, Kürzung der Sperrstunde und Verbot der Benutzung der vorhandenen Lautsprecher- und Verstärkeranlagen) jedenfalls zum Teil damit begründet worden sind, in dem Wohngebiet, in welchem das Mietgrundstück liegt, dürfe ohnehin nur eine Gaststätte herkömmlichen Zuschnitts, nicht aber eine Diskothek zugelassen werden.

II. 1. a) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Mieträume fehlerhaft i.S. des § 537 BGB sind, weil die Baubehörde den Betrieb einer Diskothek verboten hat und deshalb der vertraglich vereinbarte Gebrauchszweck vereitelt ist. Es meint allerdings, solange das Verwaltungsstreitverfahren über das Verbot der Diskothek nicht abgeschlossen sei, könne von einer gänzlichen Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung nicht ausgegangen werden. Zwar wirtschaftete der Beklagte belastet mit dem Risiko, bei endgültigem Unterliegen vor den Verwaltungsgerichten den Betrieb der Diskothek einstellen zu müssen. Aus den unbestrittenen Umsatzzahlen ergebe sich aber, daß er die Diskothek mit steigendem Gewinn betrieben, die gemieteten Räume also vereinbarungsgemäß genutzt habe.

b) Das Berufungsgericht übersieht, daß der Beklagte nicht nur mit dem Risiko einer endgültigen

Schließung der Diskothek belastet ist (vgl. BGH Urteil vom 20. Januar 1971 - VIII ZR 167/69 = WM 1971, 531 = NJW 1971, 555), sondern daß die Behörden auch ein Verbot der Benutzung der vorhandenen Verstärker- und Lautsprecheranlagen erlassen haben. Ersichtlich ist diese Maßnahme im Zusammenhang mit dem Verbot der Diskothek ergangen. Gegen den Beklagten wurden zur Erzwingung und Durchführung dieses Bescheids - unstreitig - auch Zwangsgelder festgesetzt. Da eine Diskothek ein vorwiegend für junge Leute bestimmtes Tanz- und Nachtlokal mit lauter Schallplatten- bzw. Tonbandmusik ist, kann kein Zweifel bestehen, daß die genannten Verwaltungsakte eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des vertraglichen Gebrauchszwecks der Mieträume zur Folge hatten. Ohne laute Musik hat ein derartiges Lokal auf den angesprochenen Kundenkreis von Jugendlichen wenn überhaupt, so nur eine wesentlich geringere Anziehungskraft. Nach seinem ungeprüft gebliebenen und demnach als richtig zu unterstellenden Vortrag hat der Beklagte das Lokal wegen der gegen ihn ergangenen Zwangsmaßnahmen lediglich in Form einer "verschwiegenen Bar" betrieben. Die Tatsache, daß er gleichwohl Gewinne erzielt hat, wie das Berufungsgericht meint, ist unerheblich, weil mangels Prüfung des entsprechenden Vortrags des Beklagten davon auszugehen ist, daß die Gewinne höher gewesen wären, wenn das Lokal in der vertraglich vorgesehenen Weise hätte betrieben werden können. Im übrigen ist es aktenwidrig, daß die Umsätze gerade in der Zeit für die die Klägerin Pachtzins verlangt, gestiegen seien. Das Gegenteil ist, wie die unstreitige Übersicht der

Umsätze des Beklagten (GA Bl. 164) ergibt, der Fall.

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann also eine tauglichkeitsmindernde Fehlerhaftigkeit der Mietsache nicht verneint werden.

2. a) Das Berufungsgericht meint weiter, da nach § 6 Abs. 2 MV der Beklagte die Beschaffung der notwendigen Genehmigungen der Behörden auf seine Kosten übernommen habe und etwaige polizeiliche Auflagen zu seinen Lasten gingen, sei das Risiko einer behördlichen Einstellungsverfügung aus Gründen, die außerhalb der mangelhaften Schallisolierung lägen, vertragsgemäß zunächst ihm aufgebürdet. Offenbar will das Berufungsgericht in § 6 Abs. 2 MV einen Ausschluß der Gewährleistungsrechte aus §§ 537 ff BGB sehen. Darin kann ihm nicht gefolgt werden.

b) Der Wortlaut des § 6 Abs. 2 MV gibt für eine solche Auslegung nichts her. Die genannte Vertragsbestimmung besagt nicht mehr, als daß allein der Beklagte, nicht etwa die Klägerin, die gaststättenrechtlich erforderlichen Genehmigungen beizubringen hat und daß dabei etwa gemachte Auflagen von ihm und auf seine Kosten - nicht etwa auf Kosten der Klägerin - zu erfüllen sind.

Die Würdigung des Berufungsgerichts widerspricht auch der im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Interessenlage (§ 157 BGB). Vermietet sind nicht schlicht Gaststättenräume, sondern Räume, in denen eine Diskothek

betrieben werden kann. Die Auffassung des Berufungsgerichts läuft darauf hinaus, die Klägerin habe sich - jedenfalls im Ergebnis - von der Erfüllung des Vertrages für den Fall freigezeichnet, daß die Räume schon wegen ihrer Lage aus im öffentlichen Recht liegenden und nicht zu beseitigenden Gründen für den vorgesehenen Zweck nicht benutzt werden könnten. Für ein so ungewöhnliches Risikogeschäft des Beklagten müßten, wenn es im Vertrag, wie hier, nicht ausdrücklich vereinbart ist, Gründe vorhanden sein. Das Berufungsgericht hat solche Gründe nicht aufgezeigt, und sie sind nach dem bisherigen Sach- und Streitstand auch nicht erkennbar. Sie könnten etwa dann gegeben sein, wenn unter den Parteien von vornherein zweifelhaft gewesen wäre, ob von den zuständigen Behörden eine Diskothek in den Mieträumen zugelassen werden würde. Dann konnte, wenn der Beklagte gleichwohl auf der Eröffnung einer Diskothek bestand, eine Regelung sinnvoll sein, die die Klägerin für den Fall der Versagung einer behördlichen Genehmigung von der Haftung freistellte und das Risiko insoweit allein dem Beklagten aufbürdete. Derartiges liegt hier aber offenbar nicht vor, wie möglicherweise der Umstand zeigen könnte, daß nicht nur der Beklagte, sondern auch die Klägerin sich gegen den Bescheid vom 3. September 1968 mit verwaltungsgerichtlicher Klage gewandt hat. Anscheinend sind also beide Parteien davon ausgegangen, daß der Betrieb einer Diskothek in den Mieträumen zulässig sei.

III. 1. Aus ähnlichen Erwägungen halten auch die Ausführungen des Berufungsgerichts einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand, die sich mit der Minderung des Pachtzinses wegen mangelhafter Schallisolierung der

Mieträume befassen. Nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe legt das Berufungsgericht offenbar den durch ein Sachverständigengutachten untermauerten Vortrag des Beklagten zugrunde, wonach die vermieteten Gasträume infolge der Bauweise des Hauses in keinem Fall so hergerichtet werden können, daß Lärmbelästigungen innerhalb und außerhalb des Hauses ausgeschlossen werden können, wenn eine Diskothek mit der für einen derartigen Betrieb typischen lauten Musik betrieben wird. Es geht, ohne dies ausdrücklich auszusprechen, auch zutreffend davon aus, daß hierin ein erheblicher Mangel des Mietobjekts liegt. Es meint aber, die Parteien hätten die gesetzliche Haftung der Klägerin aus § 537 BGB ausgeschlossen. Der Beklagte habe die Verpflichtung übernommen, eine ausreichende Schallisolierung selbst anzubringen. Danach habe die Klägerin nicht die Überlassung ausreichend isolierter Räume geschuldet, sondern nur deren Überlassung in dem bei Vertragsschluß bestehenden Zustand.

Daß der Beklagte das Anbringen der erforderlichen Schallisolierung übernommen hat, folgert das Berufungsgericht aus den Vereinbarungen, die die Klägerin mit den Vorpächtern M. und S. getroffen hatte. In deren Verpflichtungen sei, so das Berufungsgericht, der Beklagte, wie seinem Schreiben an die Klägerin vom 6. Dezember 1967 zu entnehmen sei, eingetreten. Das Berufungsgericht stellt weiter fest, in einer Besprechung vor Abschluß des Mietvertrages habe die Klägerin durch ihren Geschäftsführer klargestellt, sie wolle von jeglicher Haftung und Kostenübernahme für die Schallisolierung befreit werden. Dem habe der Beklagte zugestimmt.

2. Das alles rechtfertigt nicht die vom Berufungsgericht gezogene rechtliche Schlußfolgerung, die Klägerin habe für die Unmöglichkeit der Schallisolierung nicht einzustehen.

a) Es ist schon zweifelhaft, ob diese Würdigung dem Wortlaut der von der Klägerin mit den Vorpächtern getroffenen Vereinbarung, in die der Beklagte eingetreten sein soll, in Einklang zu bringen ist. Wenn es dort heißt, es sei sicherzustellen, daß durch geeignete Maßnahmen eine Geräuschübertragung auf die über den Mieträumen liegenden Wohnungen ausgeschlossen und ein Nachaußendringen belästigender Geräusche verhindert werde, so liegt dem ersichtlich die beiderseitige Auffassung zugrunde, daß geeignete Maßnahmen überhaupt möglich sind. Gerade das ist hier nicht der Fall. Vielmehr ist das Gebäude, wovon jedenfalls in der Revisionsinstanz ausgegangen werden muß, so beschaffen, daß eine ausreichende Schallisolierung schlechterdings nicht geschaffen werden kann.

b) Im übrigen ist der Auslegung zugrunde zu legen, daß die Räume zum Betrieb einer Diskothek gemietet wurden (§ 157 BGB). Das schließt, wie keiner weiteren Erörterung bedarf, grundsätzlich ein, daß die Mieträume für eine Diskothek überhaupt geeignet sind, d.h. durch vom Mieter zu übernehmende bauliche Änderungen in einen geeigneten Zustand versetzt werden können. Auch hier gilt, daß dann, wenn eindeutige Abreden für einen Haftungsausschluß bei völliger Ungeeignetheit des Mietobjekts für

den vereinbarten Zweck fehlen, Umstände festgestellt werden müssen, die eine Auslegung mit einer einseitigen Risikobelastung des Mieters begründen können. Solche Umstände sind jedenfalls bisher nicht festgestellt. Sind beide Parteien davon ausgegangen, das Mietobjekt könne so hergerichtet werden, daß es sich für eine Diskothek eignete, dann bestand für einen so weit gehenden Ausschluß von Gewährleistungsrechten, wie ihn das Berufungsgericht annimmt, kein Anlaß.

3. Daß der Beklagte das Lokal gleichwohl genutzt hat - wie er behauptet, nicht als Diskothek, sondern als Bar - und dabei Gewinne erzielte, schließt eine Minderung nicht unter dem Gesichtspunkt aus, der festgestellte Mangel habe nicht zu einer Herabsetzung der Tauglichkeit geführt oder sei zumindest unerheblich; denn nach dem nicht geprüften Vortrag des Beklagten wären die Gewinne höher gewesen, wenn er das Mietobjekt gemäß dem vertraglich festgesetzten Zweck als Diskothek hätte benutzen können.

#### B. Die Schadenersatzansprüche

I. Der Beklagte macht nicht nur Minderung geltend, um die Klage zu Fall zu bringen, sondern, was rechtlich an sich möglich ist (§ 538 Abs. 1 aE BGB), auch Schadenersatzansprüche. Solche Ansprüche kommen hier deshalb in Betracht, weil die von der Verwaltungsbehörde gegen den Beklagten erlassenen Benutzungsverbote und sonstigen Beschränkungen auf bereits bei Vertragschluß

bestehenden Mängeln des Mietobjekts beruhen (§ 538 Abs. 1 BGB). Daß solche Ansprüche bei dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht an einem Haftungsausschluß scheitern, ergibt sich aus den Ausführungen unter A II und III.

II. Allerdings kann der Beklagte mit etwaigen Schadenersatzansprüchen gegen die mit der Klage geltend gemachten Mietzinsforderungen nicht (hilfsweise) aufrechnen. Das folgt zwingend aus § 10 Abs. 1 MV. Diese Vertragsbestimmung schließt aber auch ein Zurückbehaltungsrecht aus, weil dieses im Ergebnis der für unzulässig erklärten Aufrechnung gleichkäme (BGHZ 16, 37, 49).

III. Die Widerklageansprüche sind nicht, wie das Berufungsgericht meint, samt und sonders unschlüssig.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die verlangte Ersetzung gezahlter Anwaltsgebühren, die dem Beklagten bei der Abwehr von Einstellungsverfügungen, Betriebsbeschränkungen, Zwangsgeldfestsetzungen und Bußgeldbescheiden entstanden seien, könnten schon deshalb nicht geltend gemacht werden, weil das Verwaltungsstreitverfahren über das Verbot der Diskothek noch nicht beendet sei. Offenbar meint das Berufungsgericht, es stehe noch nicht endgültig fest, ob der Beklagte diese Kosten endgültig zu tragen haben wird.

a) Der Abweisung der Widerklage kann im Ergebnis hinsichtlich derjenigen Anwaltskosten zugestimmt werden,

die im Zusammenhang mit der Verhängung von Zwangsgeldern zur Durchsetzung der erlassenen Verwaltungsbescheide und von Bußgeldern wegen ruhestörenden Lärms entstanden sind. Denn insoweit handelt es sich nicht um Mangelfolgeschäden, sondern um Folgen, die aus persönlichem Unrecht des Beklagten oder daraus erwachsen, daß er behördlichen Anordnungen keine Folge geleistet hat. Zu diesen Anwaltskosten gehören die in dem an die Klägerin gerichteten Schreiben des Rechtsanwalts des Beklagten vom 17. November 1970, das der Widerklage als Anlage beigefügt worden ist, unter Position 4 bis 8 aufgeführten Beträge (GA Bl. 41 ff). Sie ergeben insgesamt 1 809,70 DM. In diesem Umfang ist die Widerklage unbegründet.

b) Aber auch diejenigen Rechtsanwaltskosten kann der Beklagte nicht ersetzt verlangen, die ihm erwachsen sind bei dem Versuch, die Verkürzung der Sperrstunde rückgängig zu machen. Die Verkürzung der Sperrstunde hat nichts mit der mangelnden Eignung des Lokals als Diskothek zu tun. Sollte sie dennoch deshalb angeordnet worden sein, weil der Beklagte verbotswidrig die Diskothek weiterführte und dadurch Lärmbelästigungen hervorrief, so hat er dies zu vertreten und kann mit den insoweit entstandenen Rechtsanwaltskosten nicht die Klägerin belasten. Die Widerklage muß deshalb in Höhe von weiteren 1 456,42 DM abgewiesen bleiben (vgl. Position 2) des oben erwähnten Schreibens vom 17. November 1970).

c) Was die übrigen Rechtsanwaltskosten angeht, so kann schon zweifelhaft sein, ob die Auffassung des

Berufungsgerichts, ein Schaden sei noch nicht endgültig entstanden, nicht nur allenfalls für diejenigen Kosten zutrifft, die unmittelbar in dem Verwaltungsstreitverfahren wegen des Verbots der Führung einer Diskothek bisher entstanden sind. Doch kann das auf sich beruhen. Denn jedenfalls steht jetzt fest, daß dieses Verfahren endgültig mit einem Unterliegen des Beklagten geendet hat.

Durch den dem Senat vorliegenden Abdruck des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Juni 1973 ist diese Tatsache offenkundig, im übrigen auch unbestritten. Sie darf deshalb zumindest aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit berücksichtigt werden. Eine andere Entscheidung würde dazu führen, daß der Beklagte den ihm insoweit entstandenen Schaden in einem neuen Prozeß, womöglich erneut durch mehrere Instanzen verfolgen müßte. Überdies ergibt sich die neue Tatsache aus einer Gerichtsentscheidung. Tatsachen, die behördliche Akte sind, wurden von der Rechtsprechung aber schon bisher in der Revisionsinstanz entgegen § 561 ZPO berücksichtigt (BGHZ 53, 128 mN; Stein/Jonas, ZPO, 19. Aufl. § 561 Anm. II 2 g; Rosenberg/Schwab, ZPR, 11. Aufl. § 146 II 3 h; Mattern, JZ 1963, 649, 652).

2. Bußgelder wegen ruhestörenden Lärms und Zwangsgelder zur Durchsetzung des Verbots der Benutzung von Lautsprecher- und Verstärkereinrichtungen kann der Beklagte allerdings nicht ersetzt verlangen. Auch das sind nicht Folgen eines Mangels des Mietobjekts, sondern persönlichen Unrechts des Beklagten sowie der Tatsache, daß

er die gegen ihn ergangenen Verwaltungsakte nicht beachtet hat. Ausweislich der Widerklage handelt es sich insoweit um einen Gesamtbetrag von 2 653 DM. In diesem Umfang ist die Widerklage gleichfalls zu Recht abgewiesen worden.

3. Der Beklagte macht weiter Ersatz von Aufwendungen geltend, die nach seiner Auffassung nutzlos sind, weil mit ihnen die Errichtung einer Diskothek ermöglicht werden sollte, eine Diskothek in den Mieträumen aber nicht betrieben werden kann.

a) Danach scheiden aber, was auch die Revision einräumt, von vornherein die Kosten aus, die der Beklagte für Installationsarbeiten in der mitvermieteten Wohnung in Höhe von 1 879,91 DM aufgewendet haben will. Auch insoweit muß es deshalb bei der Abweisung der Widerklage bleiben.

b) Die Aufwendungen für die Schallisolierung kann der Beklagte ersetzt verlangen, wenn sie, wovon hier ausgegangen werden muß, überflüssig sind, weil sie nur die Ermöglichung der Führung des Betriebs als Diskothek zum Ziele hatten. Sie sind dann nutzlos und deshalb als Mangelfolgeschaden nach § 538 BGB anzusehen (vgl. Palandt, BGB, 34. Aufl. § 538 Anm. 4 b aE).

c) Zu den übrigen in der vom Beklagten überreichten Aufstellung (GA Bl. 138) enthaltenen Kosten führt das

Berufungsgericht aus, der Beklagte lasse es an Darlegungen fehlen, aus denen folge, daß es sich um notwendige oder im Interesse der Klägerin gemachte Aufwendungen handele.

Damit wird die Anspruchsbegründung des Beklagten verkannt. Dieser verlangt nicht Ersatz von Verwendungen nach § 547 BGB, sondern Schadenersatz mit der Begründung, es handele sich in vollem Umfang um Arbeiten, die nur im Hinblick auf die Errichtung einer Diskothek, im Ergebnis also nutzlos gemacht worden seien. Allerdings hat der Beklagte nicht im einzelnen dargelegt, worum es sich bei den in seiner Aufstellung aufgeführten Arbeiten - von der Schallisolierung abgesehen - handelt. Indessen hatte er insoweit um Hinweise nach § 139 ZPO gebeten (GA Bl. 18). Solche Hinweise sind weder vom Landgericht noch vom Oberlandesgericht gegeben worden. Eine Wiederholung des zu § 139 ZPO gestellten Antrags im Berufungsverfahren war nicht erforderlich, weil die Widerklage im ersten Rechtszug nicht wegen mangelnder Substantiierung, sondern wegen des Ausschlusses von Gewährleistungsansprüchen, also schon dem Grunde nach, abgewiesen worden ist. Das

Berufungsgericht durfte deshalb die Widerklage insoweit nicht mit der Begründung mangelnder Substantiierung abweisen.

C.

I. Nach allem bleibt die Revision ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung der Widerklage in Höhe von 7 799,03 DM richtet (vgl. dazu die Ausführungen unter B II 1 a und b, 2 und 3 a).

II. Ferner ist der Beklagte zu Recht zur Zahlung der Garagenmiete in Höhe von 385 DM nebst Zinsen verurteilt worden. Eine Begründung dafür, warum er diese der Höhe nach unstreitige Miete nicht schuldet, ist auch in der Revisionsinstanz nicht gegeben worden. Insbesondere sind irgendwelche Mängel der Garage nicht behauptet.

III. Soweit die Revision zurückzuweisen war, mußten dem Beklagten gemäß §§ 92, 97 ZPO die Kosten auferlegt werden.

IV. Im übrigen war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die noch offenen Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Hierbei wurde von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Dr. Haidinger

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Wolf