

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 537, 542; AGBG § 9 Bb, Cf

Die Klausel in einem Formularvertrag über die Vermietung einer Gaststätte, der Mieter habe die für den Betrieb des Mietobjektes erforderliche behördliche Erlaubnis auf seine Kosten und sein Risiko beizubringen, ist wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGBG unwirksam.

BGH, Urt. v. 22. Juni 1988 - VIII ZR 232/87 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

27

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 232/87

URTEIL

Verkündet am:
22. Juni 1988
Kühn
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Walter L. [REDACTED], P. [REDACTED]straße [REDACTED], N. [REDACTED]-M. [REDACTED],

Kläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Karin H. [REDACTED], K. [REDACTED] Str. [REDACTED], B. [REDACTED]-G. [REDACTED],

Beklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

29
27

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juni 1988 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Zülch und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 12. August 1987 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Vertrag vom 12. April 1984 vermietete die Beklagte an Frau Martina R. [REDACTED] und Klaus Mo. [REDACTED] auf die Dauer von zehn Jahren das erste Obergeschoß ihres Hauses F. [REDACTED] - straße 1 in Le. [REDACTED]. Die Räume wurden nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Mietvertrages "zum Betrieb einer Gaststätte sogenanntes Tw. [REDACTED]-Fi. [REDACTED] (Baubezeichnung China-Restaurant)" vermietet. In dieser Vertragsbestimmung ist außerdem formularmäßig vereinbart:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Sind für dessen (des Mietobjekts) Einrichtung oder Betrieb behördliche Genehmigungen oder Erlaubnisse erforderlich, so hat der Mieter diese auf seine Kosten und sein Risiko beizubringen. Im Falle der Nichterteilung der erforderlichen Genehmigungen und Erlaubnisse wird die Wirksamkeit des Vertrages nicht berührt."

In der in den Mietvertrag einbezogenen Hausordnung ist vermerkt, Bestandteil des Vertrages sei die Baugenehmigung vom 18. April 1981 (richtig: 18. April 1979) und ein Schreiben der Stadt Le[REDACTED] vom 29. März 1982. Mit diesem Schreiben war ein in der Betriebserlaubnis für die Gaststätte ausgesprochenes Tanzverbot aufgehoben worden.

Am 26. April 1984 beantragte Martina R[REDACTED] die Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Schankwirtschaft im Rahmen einer Tanzgaststätte für das Lokal "Tw[REDACTED]-Fi[REDACTED]". Der Oberstadtdirektor der Stadt Le[REDACTED] lehnte am 10. Mai 1984 das Gesuch ab mit der Begründung, nach dem Ergebnis von im September 1983 durchgeführten Lärmmessungen müsse mit unzumutbaren Lärmbelästigungen der Nachbarschaft gerechnet werden. Der Widerspruch der Frau R[REDACTED] und ihre Klage beim Verwaltungsgericht Kö[REDACTED] hatten keinen Erfolg. Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts hat Frau R[REDACTED] Berufung eingelegt, über die noch nicht entschieden ist.

Der Kläger hat nach seinem Vorbringen gegen Martina R[REDACTED] und Klaus Mo[REDACTED] einen Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens von 55.000 DM und eine Forderung aus Getränkelieferungen in Höhe von 11.184,16 DM. Gegen Frau

R[REDACTED] hat er einen Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Siegburg vom 27. März 1985 über die Forderung von 11.184,16 DM und einen Vollstreckungsbescheid desselben Gerichts vom 25. April 1985 über den Anspruch auf Zahlung von 55.000 DM erwirkt. Aufgrund des Vollstreckungsbescheides vom 25. April 1985 hat er am 19. August 1985 einen Beschluß des Amtsgerichts Leverkusen erwirkt, durch den "der Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung insbesondere culpa in contrahendo betreffend den Mietvertrag

H[REDACTED]/R[REDACTED] vom 12.4.1984 über die angeblich konzessionsfähige Gaststätte "Tw[REDACTED]-Fi[REDACTED]" (Baubezeichnung Chinarestaurant)" gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen wurde.

Wegen des Teilbetrages von 10.062,96 DM aus dem Vollstreckungsbescheid vom 27. März 1985 hat das Amtsgericht Leverkusen am 8. Oktober 1985 den angeblichen Anspruch von Frau R[REDACTED] auf Rückzahlung der gemäß dem Mietvertrag vom 12. April 1984 geleisteten Kautions gepfändet und dem Kläger zur Einziehung überwiesen. Gegen Klaus Mo[REDACTED] hat der Kläger am 17. Oktober 1986 ein Versäumnis-Urteil des Landgerichts Köln auf Zahlung von 66.184,16 DM erwirkt. Wegen dieses Anspruchs hat das Amtsgericht Be[REDACTED]-Gl[REDACTED] am 22. Januar 1987 die angeblichen Forderungen des Klaus Mo[REDACTED] aus

"1. allen gesetzlichen und vertraglichen Schadensersatzansprüchen, insbesondere gemäß §§ 538, 537 (581 Abs. 2) BGB, aus positiver Forderungsverletzung und culpa in contrahendo betreffend den Mietvertrag H[REDACTED]/Mo[REDACTED] vom 12.4.1984 über die angeblich konzessionsfähige Gaststätte "Tw[REDACTED]-Fi[REDACTED]" (Baubezeichnung Chinarestaurant), 2. auf Rückzahlung der geleisteten Kautions gemäß Mietvertrag vom 12.4.1984, Mietvertragsverhältnis H[REDACTED]/Mo[REDACTED]" gepfändet und dem Kläger zur Einziehung überwiesen.

Aufgrund der genannten Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse macht der Kläger mit der Klage in erster Linie einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 55.000 DM nebst Zinsen geltend mit der Begründung, Frau R. [REDACTED] habe das ihr gewährte Darlehen für die Einrichtung der Gaststätte, welche sie von der Beklagten gemietet habe, verwendet, ihre Investitionen seien aber nutzlos, weil sie die Konzession für die Gaststätte nicht erlangen und die Gastwirtschaft daher nicht betreiben könne. Hilfsweise stützt der Kläger die Klage darauf, daß die Beklagte den Mietern die von diesen gezahlte Kautions zurückzahlen müsse.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht führt aus:

Es könne dahingestellt bleiben, ob der Kläger aufgrund der gegen Martina R. [REDACTED] und Klaus Mo. [REDACTED] erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse zur Geltendmachung der Klageansprüche legitimiert sei; denn solche Forderungen beständen nicht. Die Frage, ob die Verweigerung der Gaststättenkonzession durch die Verwaltungsbehörde rechtmäßig sei, brauche nicht entschieden zu werden. Selbst wenn die

Konzession hätte versagt werden dürfen, stehe den Mietern ein Schadensersatzanspruch nicht zu. Behördliche Beschränkungen des Gebrauchs oder der Benutzung der Mietsache stellten zwar einen Sachmangel dar, wenn sie auf der Beschaffenheit und Lage des Mietobjektes beruhten. Die Haftung des Vermieters könne aber vertraglich abbedungen werden. Eine solche Abrede sei hier in § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Mietvertrages getroffen worden. Der Gewährleistungsausschluß stehe nicht im Widerspruch zu einer vertraglichen Zusicherung. Der Vereinbarung, die Räume würden zum Betrieb einer Gaststätte vermietet, sei die Zusicherung, daß die Räume als Gaststätte geeignet seien, nicht zu entnehmen. Sie besage lediglich, daß der Betrieb einer Gastwirtschaft den vertragsgemäßen Gebrauch der Räume darstelle. Der Gewährleistungsausschluß sei nicht nach § 540 BGB nichtig. Ein arglistiges Verschweigen oder Verharmlosen der bezüglich der Konzession bestehenden Risiken könne nämlich nicht festgestellt werden. Auch an § 9 AGB-Gesetz scheitere die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses nicht. Die für eine Konzessionserteilung maßgeblichen Umstände lägen in der Regel weitgehend in der Sphäre des Mieters. Außerdem könne sich dieser durch eine Voranfrage bei der zuständigen Behörde vor unliebsamen Überraschungen schützen. Eine den Geboten von Treu und Glauben zuwiderlaufende unangemessene Benachteiligung des Mieters sei daher in der genannten Klausel nicht zu erkennen. Auf Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsschluß anstelle von Gewährleistungsansprüchen könne der Kläger nicht zurückgreifen. Das Vorliegen eines Gewährleistungstatbestandes schließe solche Ansprüche auch dann aus, wenn Gewährleistungsansprüche tatsächlich nicht zum Zuge kämen. Zu der

in den Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen ebenfalls angeführten Anspruchsgrundlage "positive Forderungsverletzung" gebe der Sachvortrag des Klägers erst recht nichts her. Damit scheide der vom Kläger in erster Linie verfolgte Schadensersatzanspruch als unbegründet aus, ohne daß noch erörtert werden müsse, ob Investitionen der Mieter überhaupt einen Schaden bedeuteten, solange, wie hier, der Mietvertrag noch bestehe. Mangels Beendigung des Mietvertrages sei auch der Anspruch auf Rückzahlung der Mietkaution unbegründet. Überdies könne die Beklagte unbeschadet der Vorschrift des § 392 BGB mit Mietzinsforderungen in entsprechender Höhe aufrechnen.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

a) Das Berufungsgericht entnimmt der Formulierung des Gebrauchszweckes in § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Mietvertrages, daß die Räume zum Betrieb einer Gaststätte, nämlich eines China-Restaurants, vermietet wurden. Diese tatrichterliche Auslegung wird von der Revision nicht ausdrücklich angegriffen. Die auf die allgemeine Sachrüge der Revision gebotene Überprüfung ergibt, daß sie nicht zu beanstanden ist.

Nach dem Vorbringen des Klägers war und ist wegen der für die Anwohner mit einer Gastwirtschaft verbundenen Lärmbelästigung eine Konzession für die Gaststätte nicht zu erlangen. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen. Für die Revisionsinstanz ist daher davon auszugehen, daß das Vorbringen des Klägers zutrifft. Dann aber

haftet der Mietsache ein Fehler im Sinne des § 537 Abs. 1 BGB an. Nach der vom Berufungsgericht berücksichtigten Rechtsprechung des erkennenden Senats begründet eine behördliche Gebrauchsbeschränkung für die Mietsache einen Sachmangel dann, wenn sie auf der Beschaffenheit oder Lage des Mietobjekts beruht (BGHZ 68, 294 zu II 1). Da hier ein Mangel in Betracht kommt, der bereits bei Vertragsabschluß vorlag, könnte ein Schadensersatzanspruch der Mieter nach § 538 Abs. 1 BGB bestehen, der nach der genannten Vorschrift ohne Rücksicht darauf gegeben sein kann, ob die Beklagte ein Verschulden trifft. Investitionsaufwand, der für den Betrieb der Gaststätte erbracht worden ist, sich für die Mieter mangels Konzessionsfähigkeit des Betriebes aber als nutzlos erweist, ist ein Schaden, der nach § 538 BGB erstattungsfähig sein kann.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, durch die Klausel in § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Mietvertrages werde die Gewährleistung des Vermieters auch für den Fall ausgeschlossen, daß eine Gaststättenkonzession wegen der Beschaffenheit der Mietsache oder deren Lage nicht erteilt werden könne, ist nicht zu beanstanden.

aa) Die Ansicht des Berufungsgerichts beruht auf einer Auslegung des Mietvertrages. Diese kann durch das Revisionsgericht in vollem Umfang überprüft werden, weil das von den Vertragsteilen benutzte Mietvertragsformular, das vom Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümerverband Ruhr e.V. in Essen herausgegeben wird, in mehreren Oberlandesgerichtsbezirken verwendet und die Klausel auch in den Formularen anderer

Hauseigentümerverbände, wenn auch zum Teil mit etwas anderem Inhalt (vgl. Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., Rdn. II 25 f., 680, 694), gebraucht wird.

bb) Die Auslegung des Berufungsgerichts ist nicht zu beanstanden.

Die Meinung der Revision, die Klausel sei dahin zu verstehen, daß sie nur das Risiko behördlicher Erlaubnisse hinsichtlich der Person des Mieters und der Art des Gaststättenbetriebes dem Mieter überbürde, nicht aber das Risiko dafür, daß die Räume nach Lage und Beschaffenheit überhaupt für eine Gaststätte geeignet sind, ist mit dem Wortlaut der Klausel nicht zu vereinbaren. Im Schrifttum wird allerdings für eine gleichlautende Klausel die Auffassung vertreten, die Klausel könne dahin ausgelegt werden, daß der Mieter für seine persönliche Eignung, die zur Erteilung einer behördlichen Erlaubnis erforderlich sei, einzustehen habe und daß er die Genehmigungen, die mit der Eignung des Mietobjektes zusammenhängen, auf seine Kosten beibringen müsse, der Vermieter habe aber dafür Gewähr zu leisten, daß das Mietobjekt geeignet sei, ohne unzumutbaren Aufwand in einen konzessionsfähigen Zustand versetzt zu werden (Sternel aaO). Die Auffassung, die Klausel schließe eine Haftung des Vermieters nur für den Fall aus, daß die für den Gewerbebetrieb des Mieters erforderliche behördliche Genehmigung aus in der Person des Mieters liegenden Gründen nicht erteilt werden könne, teilen möglicherweise auch Wolf (Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, § 9 Rdn. M 72) und Hensen (Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 5. Aufl.,

Anh. §§ 9 bis 11 Rdn. 508). Sie ist aber mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Frage des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zu vereinbaren. Danach ist die Rückführung einer mit § 9 AGBG unvereinbaren Klausel auf einen gerade noch erträglichen Inhalt unzulässig (Senatsurteil vom 4. April 1984 - VIII ZR 313/82 = WM 1984, 933 m.w.N. zu 4 b cc). Hierauf läuft die im Schrifttum vorgenommene Auslegung hinaus. Der Wortlaut der Klausel deckt aber eine solche Einschränkung nicht. Danach wird eine Haftung des Vermieters auch für den Fall ausgeschlossen, daß die Konzession für den vom Mieter vorgesehenen Gewerbebetrieb aus Gründen versagt wird, die ausschließlich auf der Beschaffenheit oder der Lage des Mietobjektes beruhen. Da der Fall der Konzessionsverweigerung der Risikosphäre des Mieters zugeordnet wird, ohne nach möglichen Ansprüchen des Mieters zu differenzieren, sind nach der Klausel nicht nur Gewährleistungsrechte des Mieters, sondern auch dessen Befugnis zur fristlosen Kündigung des Mietvertrages ausgeschlossen.

c) Ein so weit gehender Haftungsausschluß benachteiligt aber den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist deshalb nach § 9 AGBG unwirksam. Er verstößt gegen beide Alternativen des § 9 Abs. 2 AGBG.

aa) Der Haftungsausschluß kann mit den Grundgedanken der in den §§ 537, 538 BGB zur Gewährleistung des Vermieters und in den §§ 542 ff BGB zum Kündigungsrecht des Mieters getroffenen Regelung nicht vereinbart werden (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG). Durch die Klausel wird das Risiko für die Versagung

einer Konzession vollständig auf den Mieter abgewälzt ohne Rücksicht darauf, auf welchen Gründen der Mangel der Konzessionsfähigkeit beruht. Auch in Fällen, in denen die Konzession ausschließlich aus Gründen versagt werden muß, die mit der Beschaffenheit oder Lage des Mietobjektes in Zusammenhang stehen und die nach der gesetzlichen Regelung in den Risikobereich des Vermieters fallen, ist der Mieter nach der Klausel zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet, kann er keinen Schadensersatz verlangen und steht ihm kein Kündigungsrecht zu. Nach dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung über die Gewährleistung des Vermieters und das Kündigungsrecht des Mieters muß der Mieter in einem solchen Fall aber zumindest von der Verpflichtung zur Mietzinszahlung befreit sein (§ 537 BGB), und es muß ihm das Recht zur fristlosen Kündigung des Mietvertrages nach § 542 BGB zustehen. Ob es zulässig wäre, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen für den genannten Fall allein die Garantiehafung des Vermieters nach § 538 BGB auszuschließen, kann dahingestellt bleiben, weil die Klausel eine Beschränkung hierauf nicht enthält und eine Auslegung dahin, daß sie nur eine solche Haftung des Vermieters ausschließe, eine unzulässige Reduktion wäre.

bb) Die Klausel verstößt aber auch gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG. Nach § 536 BGB hat der Vermieter die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen. Hierzu gehört bei Vermietung von Räumen zum Betrieb einer Gaststätte, daß nach Beschaffenheit und Lage der Räume eine Konzession für eine Gaststätte erteilt werden kann. Die Verlagerung des Risikos der Konzessionserteilung für einen solchen Fall auf den Mieter bedeutet

eine Einschränkung der Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung. Tritt der von der Klausel erfaßte Fall ein, daß die Konzession wegen der Lage oder Beschaffenheit des Mietobjektes versagt wird, ist der Vertragszweck nicht nur gefährdet, seine Erreichung ist dann unmöglich.

3. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

a) Die Zweifel, die das Berufungsgericht daran geäußert hat, ob den Mietern ein Schaden entstanden ist, solange sie noch an dem Mietvertrag festhalten, sind unbegründet. Kann die Konzession für ein China-Restaurant nicht erteilt werden und ist die Mietsache daher als mangelhaft anzusehen, ist den Mietern ein Schaden entstanden, soweit die Aufwendungen sich auf die Einrichtung eines China-Restaurants beziehen. Die Frage, ob solche Aufwendungen vorgenommen worden sind, bedarf noch der Klärung.

b) An der Sachlegitimation des Klägers bestehen nach dem bisherigen Sachstand keine Bedenken. Vollstreckungstitel liegen nach dem Vorbringen des Klägers gegen beide Mieter vor. Auch die Pfändung und Überweisung der mit der Klage geltend gemachten Ansprüche ist gegen beide Mieter vorgenommen worden. Mag auch die Pfändung aufgrund des allein gegen Martina Rathgens gerichteten Vollstreckungstitels nicht unbedenklich gewesen sein (vgl. Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 20. Aufl., § 829 Rdn. 21), so führte dies aber allenfalls zur Anfechtbarkeit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, nicht aber zu dessen Unwirksamkeit.

4. Daher war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, weil sie vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Zülch

Dr. Paulusch