

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 289/74

URTEIL

Verkündet am
22. September 1976
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Thekla Sch[REDACTED] in Ro[REDACTED]/E[REDACTED], L[REDACTED]str. [REDACTED],
2. Helmut Sch[REDACTED], wohnhaft daselbst,
3. Elfriede Sch[REDACTED], wohnhaft daselbst,

Beklagten, Revisionskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die unter der Firma K. D[REDACTED] handelnde Katharina S[REDACTED]
in F[REDACTED] bei K[REDACTED], Kö[REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 1976 durch die Richter Dr. Hiddemann, Claßen, Hoffmann, Wolf und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 17. September 1974 im Kostenpunkt aufgehoben und dahin geändert, daß die Beklagten zur Zahlung von 4 773,70 DM nebst 12 % Zinsen aus 50 842,45 DM ab 1. Januar 1971 verurteilt werden.

Auf die Revisionen beider Parteien wird das vorbezeichnete Urteil insoweit aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, als das Berufungsgericht die Klage in Höhe weiterer 9 520,90 DM Gewinn aus den Einspielergebnissen abgewiesen und als das Berufungsgericht der Klägerin 6 230,02 DM für Neuanschaffung von Inventar zugesprochen hat.

Die weitergehenden Revisionen der Parteien werden zurückgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten, auch der Revisionsinstanz, wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

5

- 3 -

Tatbestand

Eine Frau J. war Eigentümerin eines Anwesens in Me., das sie im August 1964 an den Rechtsvorgänger der Beklagten veräußerte. Zuvor hatte sie am 1. September 1963 die im Erdgeschoß ihres Hauses befindlichen Gaststättenräume, die im Obergeschoß gelegenen Wohnräume sowie Kellerräume der Klägerin, die einen Biergroßhandel betreibt, ab 15. September 1963 auf 10 Jahre für 450 DM monatlich überlassen. In der als Pachtvertrag bezeichneten Vereinbarung heißt es u.a.:

"§ 6

Die Pächter verpflichten sich, die Gaststätte in anständiger und gutbürgerlicher Weise zu führen.....

§ 8

Die Pächter sind verpflichtet, ... sämtliche notwendigen Reparaturen und Instandsetzungsarbeiten - auch Schönheitsreparaturen - auf ihre Kosten ausführen zu lassen; nur Reparaturen an Dach und Fach gehen zu Lasten der Verpächterin.....

§ 13

Die Pächter sind verpflichtet, in der Gaststätte nur Geräte, die im Eigentum des Herrn Fr. stehen, aufzustellen. Sollte Herr Fr. einmal nicht mehr an der Aufstellung interessiert sein, geht dieses Recht auf die Firma D. über. Über die Pachtung und Aufstellung dieser Geräte wird eine gesonderte Vereinbarung mit Herrn Fr. geschlossen. Bei Zuwiderhandlung durch den Pächter oder Unterpächter ist das Pachtverhältnis fristlos kündbar.

§ 15

Die in § 3 enthaltene Vereinbarung beruht auf einem Hektoliter-Bier-Preis von DM 80,--



ab Brauereirampe.
Sollte der Bierpreis sich innerhalb der Pachtzeit um mehr als 10 % erhöhen, so ist die vereinbarte monatliche Pacht entsprechend zu erhöhen.

§ 18

Das vorhandene Inventar wird zum Preise von DM 8 000 übernommen....."

Die Klägerin verpachtete am 4. Mai 1964 die Gaststätte einschließlich der Wohn- und Kellerräume an die Eheleute Kr. ab 15. Mai 1964 auf 5 Jahre. In diesem Vertrag ist u.a. bestimmt:

"§ 3

Die Gesamtpacht beträgt demnach DM 900,-- monatlich und ist erstmalig am 15. Mai 1964 fällig, für einen halben Monat zusätzlich DM 5,-- pro bezogener Hektoliter Bier....

§ 4

Im übrigen ist der Inhalt des Pachtvertrages J.-D., von dem der Pächter Kenntnis genommen hat, Gegenstand dieses Vertrages.

§ 7

Die Pächter verpflichten sich, den gesamten Bedarf an Bier (Fass-u. Flaschenbier), Wein, Spirituosen, Sekt, alkoholfreien Getränken sowie an Fleisch und Wurstkonserven von dem Verpächter zu beziehen...."

Da die Klägerin nur eine vorläufige Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte erhalten hatte, beantragten die Eheleute Kr. die Erteilung einer endgültigen Konzession. Daraufhin wurde nach einer Besichtigung der Gaststätte mit Ordnungsverfügung des zuständigen Oberkreisdirektors vom 30. Juni 1964 im Hinblick

auf den schlechten baulichen und auch sonst verwahrlosten Zustand des Anwesens die Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte versagt und die Gaststätte geschlossen. Die Klägerin stellte ihre nach dem Vertrag vom 1. September 1963 geschuldeten Zahlungen ab 1. Juli 1964 ein und begann mit den für die Erteilung der Konzession zur Bedingung gemachten Arbeiten. Sie klagte auf Räumung von Gaststätte und Wohnung sowie auf Bezahlung von Warenlieferungen gegen die Eheleute Kr[REDACTED], die sich im Dezember 1964 vergleichsweise zur Räumung verpflichteten und in der Folgezeit auszogen. In jenem Prozeß machten die Eheleute Kr[REDACTED] im Wege der Widerklage einen Schadensersatzanspruch wegen der Schließung der Gaststätte gegen die Klägerin geltend. Der in § 13 des Vertrages vom 1. September 1963 genannte Herr Fr[REDACTED] ist einige Monate nach Abschluß dieses Vertrages, jedenfalls vor Schließung der Gaststätte Ende Juni 1964, verstorben.

Nachdem der Rechtsvorgänger der Beklagten nach Erwerb des Anwesens die für die Erteilung einer Konzession geforderten Arbeiten größtenteils hatte vornehmen lassen, wurde am 29. Oktober 1965 eine - im Hinblick auf einige noch ausstehende Arbeiten zunächst bis 28. Januar 1966 befristete - vorläufige Konzession zum Betrieb einer Gaststätte und im Januar 1966 die endgültige Konzession erteilt. Am 1. Februar 1966 wurde die Gaststätte wieder eröffnet und zunächst von den Eheleuten Ku[REDACTED], die Angestellte der Klägerin waren, betrieben.

Die Klägerin nimmt den Beklagten bzw. nach dessen Tod im [REDACTED] 1972 seine Rechtsnachfolger auf Ersatz

des ihr durch die Schließung der Gaststätte entstandenen Schadens in Anspruch. In erster Instanz begehrte sie Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 24 712 DM nebst Zinsen abzüglich der dem Beklagten geschuldeten Miete von monatlich 450 DM vom 1. November 1965 bis 31. Oktober 1966 und beantragte weiter, den Beklagten zu verurteilen, sie von den Schadensersatzansprüchen der Eheleute Kr. freizustellen. Der Beklagte bestritt die Ansprüche der Klägerin und rechnete vorsorglich mit Gegenansprüchen wegen nicht gezahlter Miete für die Gaststätte von Mai 1965 bis Oktober 1966, wegen Aufwendungen zu deren Modernisierung und wegen entgangenen Gewinns aufgrund seines angeblichen Automatenaufstellungsrechts auf. Im Wege der Widerklage beantragte er, die Klägerin zur Räumung von Gaststätte und Wohnung zu verurteilen, weil er infolge Verstoßes der Klägerin gegen § 13 des Vertrages vom 1. September 1963 diesen wirksam gekündigt habe.

Das Landgericht erklärte mit Grund- und Teilurteil vom 17. Februar 1967 die Klage hinsichtlich des Zahlungsantrages dem Grunde nach für gerechtfertigt, gab dem Antrag auf Freistellung von den Schadensersatzansprüchen der Eheleute Kr. statt und wies die Widerklage ab. Das Oberlandesgericht wies die wegen der Abweisung der Widerklage eingelegte Berufung des Beklagten zurück. Mit Schlußurteil vom 18. Dezember 1970 wies das Landgericht die Klage ab, weil Forderungen der Klägerin nur in Höhe von 8 902,13 DM bewiesen und diese Forderungen durch Aufrechnung des Beklagten erloschen seien.

Die Klägerin legte Berufung, der Beklagte Anschlußberufung ein. Die Klägerin verlangte nunmehr Schadensersatz wegen Schließung der Gaststätte bis Ende Januar 1966 in Höhe von 54 859,65 DM (Pachtausfall 8 550 DM zuzüglich 3 467,50 DM wegen des je hl bezogenen Biers vereinbarten Pachtzuschlags, entgangenen Gewinn wegen der unterbliebenen Belieferung der Gaststätte mit sonstigen Waren in Höhe von 25 650 DM und wegen Ausfalls der Spielautomaten in Höhe von 17 192,15 DM). Sie begehrte weiter Ersatz ihrer Aufwendungen für Bauarbeiten mit 2 802,13 DM und für Neuanschaffung von Gaststätteninventar in Höhe von 19 229,77 DM. Anstelle des ursprünglich geltend gemachten Freistellungsanspruchs von den Forderungen der Eheleute Kr. beanspruchte die Klägerin einen Betrag von 4 214,81 DM (Zahlung an die Eheleute Kr. 2 500 DM, den ihr auferlegten Teil der Kosten des Prozesses gegen die Eheleute Kr. mit 919 DM und wegen nichtbezahlter Lieferungen an die Eheleute Kr. 795,81 DM). Die Klägerin beantragte daher den Beklagten bzw. dessen Rechtsnachfolger zur Zahlung von 81 106,36 DM nebst Zinsen abzüglich der Miete von 450 DM monatlich von Februar 1966 bis Oktober 1972 und von 506,25 DM monatlich von November 1972 bis 31. Dezember 1973 zu verurteilen. Hinsichtlich ihrer ursprünglichen Mehrforderung (sie hatte die geschuldete Miete lediglich bis 1. März 1971 in Abzug gebracht) erklärte sie unter entsprechendem Kostenantrag die Hauptsache für erledigt, nachdem die Rechtsnachfolger des Beklagten ihren Anspruch auf Miete bis 31. Mai 1974 erweitert hatten. Der Beklagte bzw. dessen Rechtsnachfolger bestritten die Forderungen der Klägerin mit Ausnahme des Pachtausfalls vom

1. Juli 1964 bis 31. Mai 1965 in Höhe von 4 950 DM, der Aufwendungen für Bauarbeiten mit 1 702,13 DM und der Zahlung an die Eheleute Kr. in Höhe von 2 500 DM (insgesamt 9 152,13 DM), rechneten insoweit mit den von ihnen behaupteten Gegenansprüchen auf und beantragten im Wege der Widerklage, die Klägerin zur Zahlung von 21 600 DM nebst Zinsen zu verurteilen und ihr die Kosten des erledigten Teils des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Das Berufungsgericht hat unter Abweisung der weitergehenden Klage und der Widerklage die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 11 003,72 DM nebst Zinsen zu zahlen. Die Kosten des für erledigt erklärten Teils des Rechtsstreits hat es den Beklagten auferlegt.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Klägerin erstrebt eine Verurteilung der Beklagten entsprechend ihrem Antrag in der Berufungsinstanz. Die Beklagten begehren die Abweisung der Klage und die Verurteilung der Klägerin auf ihre Widerklage. Beide Parteien beantragen, die Revision der Gegenpartei zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß beide Parteien Ansprüche gegeneinander haben. Was es indessen zur Berechtigung und zur Bemessung dieser Ansprüche ausgeführt hat, hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

I. Zur Revision der Klägerin

1. Die Revision der Klägerin rügt, das Berufungsgericht habe dieser zu Unrecht die ihr im Prozeß gegen die Eheleute Kr. ■■■ auferlegten Prozeßkosten im Betrage von 919 DM sowie 795,81 DM für von den Eheleuten Kr. ■■■ nicht bezahlte Lieferungen nicht zugesprochen. Sie beanstandet weiter, daß das Berufungsgericht lediglich 50 % und nicht 75 % bzw. sogar 100 % der Einspielergebnisse der in der Gaststätte aufgestellten Spielgeräte der Klägerin zuerkannt und dieser nur 10 % der Kosten für die Neuanschaffung von Beleuchtung, Stühlen und Büfett zugbilligt habe. Schließlich habe das Berufungsgericht für die Zeit vom 1. Januar 1974 bis 31. Mai 1974 keine Miete berücksichtigen dürfen.

2. Die Vereinbarung vom 1. September 1963, in welche der Rechtsvorgänger der Beklagten bzw. nach dessen Tod diese eintraten, ist ein Mietvertrag, weil der Klägerin lediglich Räume überlassen wurden und diese das Inventar der Gaststätte käuflich erworben hatte. Da die zum Betrieb einer Gaststätte gemieteten Räume wegen Versagung der Konzession nicht vertragsgemäß genutzt

werden konnten, hat die Klägerin Ansprüche gemäß §§ 537, 538 BGB. Daß die Konzession erst nach Vertragsschluß versagt wurde, ist unerheblich, weil unstreitig die Mangelhaftigkeit der Räume, die die Versagung der Konzession zur Folge hatte, bereits bei Vertragsschluß vorhanden war (vgl. Senatsurteile vom 16. Januar 1963 - VIII ZR 169/61 = NJW 1963, 804 = WM 1963, 321 und vom 20. Januar 1971 - VIII ZR 167/69 = LM BGB § 537 Nr. 17 = WM 1971, 531). Der Schadensersatzanspruch der Klägerin geht über das Erfüllungsinteresse hinaus und umfaßt auch Mangelfolgeschäden (vgl. Senatsurteile vom 21. Februar 1962 - VIII ZR 4/61 = NJW 62, 908 = WM 62, 516, vom 9. Dezember 1970 - VIII ZR 149/69 = NJW 1971, 424 = WM 71, 244 und vom 24. März 1975 - VIII ZR 185/73 = VersR 1975, 766). Die Klägerin kann also Ersatz ihres gesamten, auf die Schließung der Gaststätte zurückzuführenden Schadens beanspruchen.

3. a) Zu diesem Schaden könnten möglicherweise auch die der Klägerin durch den Rechtsstreit mit den Eheleuten Kr. erwachsenen Prozeßkosten gehören. Denn der zu ersetzende Schaden umfaßt auch die nach Lage der Sache verständigen Aufwendungen zur Schadensabwendung und mit- hin auch Prozeßkosten (BGH Urt. vom 24. Februar 1976 - VI ZR 118/74 = WM 1976, 433 m.w.Nachw.).

aa) Hier kann offen bleiben, ob das Bestreiten der von den Eheleuten Kr. erhobenen Forderung auf Schadensersatz nach der Sachlage verständig war. Denn es fehlt an der erforderlichen Substantiierung der Forderung der Klägerin auf Erstattung des ihr auferlegten Teils der

Kosten des Prozesses mit den Eheleuten Kr[REDACTED]. Die der Klägerin in Rechnung gestellten Gerichts- und Rechtsanwaltsgebühren wurden zwar spezifiziert, aber es wurde nicht vorgetragen, aus welchem Grund der Klägerin die gesamten, ihr auferlegten Prozeßkosten zu erstatten sein sollen. Das wäre indessen erforderlich gewesen, zumal die Klägerin zunächst auf Räumung und auf Zahlung einer Warenschuld geklagt hatte und jedenfalls insoweit ein Zusammenhang mit dem Mangel der Mietsache nicht ersichtlich ist.

bb) Das Berufungsgericht hat daher diesen Anspruch im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

b) Auch hinsichtlich der Forderung der Klägerin auf 795,81 DM wegen von den Eheleuten Kr[REDACTED] nicht bezahlter Warenlieferungen könnte ein Mangelfolgeschaden gegeben sein. Insoweit fehlt es indessen gleichfalls an substantiiertem Vorbringen der Klägerin.

aa) Es ist schon nicht vorgetragen, weshalb diese Forderung nicht durch Aufrechnung gegen die Schadensersatzansprüche der Eheleute Kr[REDACTED] getilgt werden konnte.

bb) Vor allem ist nicht vorgebracht, was die Klägerin unternahm, um den verhältnismäßig geringfügigen Betrag bei den Eheleuten Kr[REDACTED] beizutreiben, und aus welchem Grunde das nicht möglich war. Dazu genügt es nicht, daß die Klägerin Zeugenbeweis dafür angetreten hat, bei den Eheleuten Kr[REDACTED] sei bei Geltendmachung ihrer Forderung nichts mehr zu holen gewesen.

cc) Auch insoweit ist daher die Klage im Ergebnis mit Recht abgewiesen worden.

c) Daß die Klägerin einen Teil der Einspielergebnisse der Spielgeräte zu beanspruchen hatte, hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, wie bei den Ausführungen zur Revision der Beklagten dargelegt wird.

aa) Die Revision der Klägerin beanstandet indessen berechtigterweise, daß das Berufungsgericht entgegen dem Gutachten des Sachverständigen B■■■ den Anteil der Klägerin an den Einspielergebnissen mit 50 % statt mit 75 % bemessen hat, weil ein derartiger Anteil üblich sei. Wenn das Berufungsgericht den Anteil der Klägerin an den Einspielergebnissen anders bemessen wollte, als es der Sachverständige B■■■ getan hatte, so hätte es darlegen müssen, wieso es die erforderliche Sachkunde hatte, um diese Frage anders als der Sachverständige B■■■ zu beantworten.

Ob die Hilferwägung des Berufungsgerichts, der vom Sachverständigen B■■■ angenommene Wirteanteil von 25 % des Nettoeinspielergebnisses beruhe darauf, daß der Wirt in der von dem Sachverständigen überprüften Zeit nicht selbständiger Unterpächter, sondern Angestellter der Klägerin gewesen sei, zutrifft, ist fraglich. Der Sachverständige B■■■ hat die Einspielergebnisse in der Zeit vom 2. März 1966 bzw. 4. März 1968 überprüft. Die Eheleute Ku■■■■, die Angestellte der Klägerin waren, betrieben die Gaststätte indessen lediglich von Februar bis einschließlich April 1966 bzw. bis 15. Mai 1966. Daß die Gaststätte auch in der

Folgezeit nicht von einem Unterpächter, sondern von Angestellten betrieben worden sei, ist nicht substantiiert behauptet.

bb) Ansprüche auf das gesamte Einspielergebnis hätte die Klägerin auch dann nicht, wenn die Gaststätte nach ihrer Wiedereröffnung von Angestellten betrieben worden wäre und diese keinen Wirteanteil erhalten hätten. Denn es ist nicht behauptet, daß in der in Betracht kommenden Zeit (Juli 1964 bis Januar 1966) die Gastwirtschaft von Angestellten betrieben worden wäre. Falls es nicht zu einer Schließung der Gaststätte gekommen wäre, hätten diese wahrscheinlich in dieser Zeit die Eheleute Kreis bewirtschaftet.

cc) Wie dargelegt wurde, beruht die Berechnung der Einspielergebnisse durch den Sachverständigen B. auf einer Prüfung der Zeit vom 2. März 1966 bis 4. März 1968. Die Klägerin hat indessen unter Beweisantritt behauptet, die Einspielergebnisse seien nach Wiedereröffnung der Gaststätte zunächst durch Mängel derselben beeinträchtigt worden, die es sogar notwendig gemacht hätten, die Gaststätte im April 1967 zu schließen. Die Einspielergebnisse seien daher erst ab Juli 1967 "repräsentativ" (GA IV Bl. 675, 677). Auch dieser Vortrag wird bei der erforderlichen erneuten Prüfung, ob die Klägerin mehr als die zugesprochenen 7 671,25 DM an Einspielergebnissen zu beanspruchen hat, zu beachten sein.

d) Ob die Klägerin wegen Neuanschaffung von Inventar einen Anspruch hat, kann (mit Ausnahme der Kosten für die Anschaffung eines neuen Bierhimmels und

für die Demontage und für den Thekenanschluß) zweifelhaft sein, wie bei den Ausführungen zur Revision der Beklagten erörtert werden wird. Sollte die Klägerin einen derartigen Anspruch haben, so wäre nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den ihr entstandenen Schaden für die Neuanschaffung von Beleuchtung, Stühlen und Büfett auf 10 % der Anschaffungskosten geschätzt hat. Da das alte Inventar nicht mehr vorhanden war, hat das Berufungsgericht dessen Wert schätzen müssen. Seine Schätzung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt daraufhin nachprüfbar, ob die Schätzung auf grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen beruht, ob wesentliche Tatsachen außer acht gelassen oder Rechtsvorschriften oder Denk- und Erfahrungssätze verletzt wurden (BGHZ 39, 198, 219). Das ist nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat aufgrund des Beweisergebnisses, insbesondere der Aussagen der Zeugen J■■■, Be■■■ und R■■■ annehmen können, daß das bei Schließung der Gaststätte vorhandene Inventar alt und abgenutzt und nicht mehr als 1 422,02 DM wert war.

e) Das Berufungsgericht hat auch darin recht, daß die Klägerin bis 31. Mai 1974 Miete zu zahlen hat. Wie es zutreffend ausgeführt hat, ist eine behördliche Schließungsverfügung nicht ergangen und die Gaststätte trotz der von der Klägerin behaupteten Mängel, insbesondere hinsichtlich der Toiletten bis Jahresende 1973 betrieben worden. Die Klägerin hat überdies selbst vorgetragen, daß nach der Wiedereröffnung der Gaststätte noch vorhandene Mängel im Juni 1967 behoben gewesen seien. Das Berufungsgericht hat daher annehmen dürfen, daß die Schließung der Gaststätte Ende 1973

infolge von Beanstandungen wegen des von der nunmehr als Diskothek betriebenen Gaststätte ausgehenden Lärms erfolgte. Ob die Gaststätte, die nach § 6 des Vertrages vom 1. September 1963 "in anständiger und gut bürgerlicher Weise" zu führen war, als Diskothek betrieben werden durfte, obwohl eine solche zwangsläufig einen erheblichen Lärm mit sich bringt, mag dahinstehen. In jedem Falle wäre es, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, bei Betreiben einer Diskothek Sache der Klägerin gewesen, für eine ausreichende Schallisolierung zu sorgen.

II. Zur Revision der Beklagten

1. Die Revision der Beklagten macht geltend, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts könne die Klägerin den Pachtausfall und den zu der Pacht vereinbarten Zuschlag je hl Bier lediglich bis Ende Oktober 1965 beanspruchen. Ab diesem Zeitpunkt und nicht erst ab Februar 1966 müsse die Klägerin auch Miete zahlen. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht der Klägerin entgangenen Gewinn wegen der unterbliebenen Belieferung mit Getränken und wegen des Ausfalls der Spielautomaten zugesprochen. Das Berufungsgericht habe schließlich ohne tragfähige Begründung angenommen, daß die Klägerin Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen für die Neuanschaffung von Inventar habe.

2. a) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht der Klägerin Pachtausfall zuzüglich des vereinbarten Zuschlags je hl Bier bis einschließlich Januar 1966 zuerkannt, ist unbegründet.

aa) Es ist zwar zutreffend, daß das Landgericht diesen Anspruch entsprechend dem seinerzeitigen Antrag der Klägerin lediglich bis Oktober 1965 für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt hat. Das steht indessen der Geltendmachung eines weiteren Anspruchs grundsätzlich nicht entgegen.

bb) Die vorläufige Konzession für die Gaststätte war am 29. Oktober 1965, die endgültige Konzession dagegen erst im Januar 1966 erteilt worden.

Ob es richtig ist, daß der Klägerin eine Anlaufzeit von drei Monaten zuzubilligen war, um einen geeigneten Pächter bzw. Gastwirt zu finden, wie das Berufungsgericht gemeint hat, kann fraglich sein. Denn es ist nicht festgestellt, aus welchen Gründen die Eheleute Ku■■■■■■, die als Angestellte der Klägerin die Gaststätte zunächst betrieben, diese nicht früher übernehmen konnten.

Indessen war die mangelnde Tauglichkeit der Gaststättenräume zum vertragsgemäßen Gebrauch Ende Oktober 1965 deshalb nicht beseitigt, weil nur eine vorläufige Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte erteilt und diese bis 28. Januar 1966 befristet war. Bis Ende Januar 1966 war ungewiß, ob eine endgültige Konzession erteilt werden würde. Diese Ungewißheit stellte einen Mangel dar, weil dadurch die Interessen der Klägerin beeinträchtigt wurden (vgl. Senatsurteil vom 20. Januar 1971 - VIII ZR 167/69 aaO). Solange die Erteilung der endgültigen Konzession nämlich ungewiß war, konnte die Gaststätte nur unter der Gefahr der Nichterteilung

einer endgültigen Konzession genutzt werden. Bevor diese Gefahr durch Erteilung der endgültigen Konzession beseitigt war, war es daher der Klägerin nicht zuzumuten, die Gaststätte zu eröffnen. Das gilt umso mehr, als für die Klägerin Vorsicht geboten war, weil der Beklagte die Mängel nur sehr zögernd behoben hatte und seine Erklärung im Mai 1965, nunmehr sei alles in Ordnung, sich als unrichtig herausgestellt hatte. Die Klägerin kann daher den Pachtausfall wie den Zuschlag für die ausgefallenen Bierlieferungen bis einschließlich Januar 1966 beanspruchen.

b) Aus den gleichen Gründen - weil nämlich die Mängel noch nicht endgültig behoben waren - kann die Revision nicht mit Erfolg geltend machen, das Berufungsgericht habe den Beklagten nicht erst ab Februar 1966, sondern bereits ab November 1965 Miete zusprechen müssen.

c) Die Revision der Beklagten wendet sich ebenfalls ohne Erfolg gegen die Zuerkennung von Schadensersatz wegen des Umsatzausfalls der Klägerin.

aa) Entgegen der Ansicht der Revision hatte das Landgericht in den Gründen seines Grund- und Teilverurteils vom 17. Februar 1964 ausgeführt, daß der Schadensersatzanspruch der Klägerin den Umsatzausfall wegen der unterbliebenen Belieferung der Gaststätte mit sonstigen Waren umfaßt. Allerdings ist dieser Anspruch nur in Höhe von 10 800 DM dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden, weil die Klägerin zunächst lediglich diesen Teilbetrag eingeklagt hatte.

bb) Die Klägerin kann indessen auch Ersatz ihres - der Höhe nach nicht streitigen - weitergehenden Umsatzausfalls infolge der Schließung der Gaststätte beanspruchen. Auch insoweit handelt es sich um einen Mangel- folgeschaden; denn der Umsatzausfall ist eine Folge der Schließung der Gaststätte. Es macht keinen Unterschied, ob die Klägerin die Gaststätte selbst betrieben und in ihr Waren umgesetzt hätte oder ob sie die Gaststätte verpachtet und dem Unterpächter eine Abnahmeverpflichtung auferlegt hatte.

d) Die Revision kann auch insoweit keinen Erfolg haben, als sie beanstandet, daß das Berufungsgericht der Klägerin entgangenen Gewinn infolge des Ausfalls der Spielgeräte zugesprochen hat.

aa) Zuzugeben ist der Revision allerdings, daß fraglich ist, ob das Urteil des Berufungsgerichts vom 15. März 1968, nach dessen Gründen das Automatenaufstellrecht dem Beklagten nicht zustand, Bindungswirkung hat, wie das Berufungsgericht angenommen hat. Denn in Rechtskraft erwächst nur der aus dem vorgelegten Sachverhalt gezogene und im Urteil ausgesprochene Schluß auf das Bestehen oder Nichtbestehen der beanspruchten Rechtsfolge, nicht aber die Feststellung der präjudiziellen Rechtsverhältnisse oder sonstigen Vorfragen, aus denen der Richter seinen Schluß gezogen hat. Bei Abweisung einer Räumungsklage steht daher nicht rechtskräftig fest, daß die Kündigung, auf die die Klage gestützt war, das Mietverhältnis nicht beendet hat (BGHZ 43, 145). Ob das gleiche auch für die hier in Betracht kommende Bindungswirkung gemäß § 318 ZPO

gilt (vgl. Schumann/Leipold bei Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 318 Anm. III), mag dahinstehen.

bb) Denn den Ausführungen des Berufungsgerichts kann entnommen werden, daß es trotz des wiederholten Hinweises auf die Bindung an das Urteil vom 15. März 1968 einen Anspruch der Beklagten nicht nur wegen der Bindungswirkung verneinte, sondern an den sachlichen Ausführungen jenes Urteils festhielt, wonach das Automatenaufstellrecht gemäß § 399 BGB nicht an einen Dritten abgetreten werden konnte. Das hat das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 15. März 1968 ohne Rechtsirrtum dem § 13 des Vertrages vom 15. September 1963 sowie den nachträglichen Verhandlungen über eine Neufassung des § 13 entnehmen können. Dem Berufungsgericht ist daher darin beizustimmen, daß selbst dann, wenn die Automaten von Frau J. an den Rechtsvorgänger der Beklagten verkauft worden sein sollten, für diesen gegen den Willen der Klägerin kein Aufstellrecht hätte begründet werden können. Dann kommt es aber nicht darauf an, ob Frau J. das Aufstellrecht auf den Rechtsvorgänger der Beklagten übertragen hatte, weil diese Übertragung unwirksam gewesen wäre. Im übrigen ist das Berufungsgericht ersichtlich und ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß das Automatenaufstellrecht infolge des Todes des Herrn Fr. jedenfalls ab Juli 1964 der Klägerin zustand. Das hatte das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 15. März 1968 nicht zu erörtern brauchen, weil es damals nur darum ging, ob der Rechtsvorgänger der Beklagten das Automatenaufstellrecht hatte.

e) Die Revision der Beklagten hat indessen darin recht, daß das Berufungsgericht keine Begründung dafür gegeben hat, weshalb die Klägerin Ersatz von Aufwendungen für die Neuanschaffung von Inventar (einschließlich Cola- und Kühlanlage) verlangen kann.

aa) Ein Mangelfolgeschaden könnte dann anzunehmen sein, wenn die Anschaffung neuen Inventars infolge der zeitweiligen Schließung der Gaststätte notwendig gewesen wäre. Das Berufungsgericht hat indessen insoweit keine Feststellungen getroffen, sondern lediglich einen Schadensersatzanspruch "für notwendig gewordene Neuanschaffungen" bejaht. Daß die Neuanschaffungen infolge der Schließung der Gaststätte notwendig waren, hätte indessen weiterer Ausführungen bedurft, weil einmal nach der Feststellung des Berufungsgerichts das Inventar alt und abgenutzt war, und weil zum anderen nach dem Vorbringen der Beklagten die Neuanschaffung von Inventar lediglich im Hinblick auf die Modernisierung der Gaststätte erfolgt sein soll. Als Mangelfolgeschaden zu erstatten sind allerdings die Aufwendungen der Klägerin für Demontage und für Thekenanschluß mit 13 DM und 188,37 DM.

bb) Im übrigen könnte auch ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung gegeben sein, wenn und soweit die Verwahrung des Inventars unter den gegebenen Umständen eine Nebenpflicht des Beklagten gewesen wäre und wenn dieser schuldhaft gegen diese Verpflichtung verstoßen hätte. Auch insoweit fehlt es indessen an Feststellungen des Berufungsgerichts.

cc) Aufgrund des Eingeständnisses des Rechtsvorgängers der Beklagten steht allerdings fest, daß dieser den Bierhimmel verbrannt hat. Insoweit hat die Klägerin in jedem Falle einen Ersatzanspruch. Indessen kann der von der Klägerin für den Bierhimmel verlangte Betrag von 1 500 DM nicht ohne weiteres zuerkannt werden, weil der Beklagte den Wert des Bierhimmels bestritten hatte.

dd) Das Berufungsgericht wird daher erneut zu prüfen haben, ob bzw. in welchem Umfang die Klägerin Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen für die Neuanschaffung von Inventar hat.

III. Zusammenfassend ergibt sich hiermit:

1. a) Ansprüche der Klägerin:

Differenz zwischen Miete und Unterpacht	DM 8 550,--
Pachtzuschlag je hl Bier	3 467,50
Umsatzausfall	25 650,--
Aufwendungen für Bauarbeiten (nunmehr un- streitig)	2 802,13
Zahlung an die Eheleute Kr (unstreitig)	2 500,--
Gewinnentgang aus den Geldspielgeräten (mindestens)	7 671,25
Kosten für Demontage und Thekenanschluß	<u>201,57</u>
	DM 50 842,45

b) Ansprüche der Beklagten:

Miete vom 1. Februar 1966 bis 31. Mai 1974	DM 46 068,75
---	--------------

2. Erneut zu prüfen ist, ob die Klägerin mehr als die zugesprochenen 7 671,25 DM an Einspielergebnissen fordern kann und ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen für die Neuanschaffung von Inventar hat.

3. Da der Senat es für angemessen erachtet hat, der von den Parteien nicht substantiiert angegriffenen Zinsberechnung des Berufungsgerichts (mittlerer Wert zur Vermeidung einer Zinsstaffel) zu folgen, war auf die Revision der Beklagten das Urteil des Berufungsgerichts im Kostenpunkt aufzuheben und dahin zu ändern, daß die Beklagten zur Zahlung von 4 773,70 DM zuzüglich 12 % Zinsen aus 50 842,45 DM seit 1. Januar 1971 verurteilt werden. Auf die Revisionen beider Parteien war das Urteil des Berufungsgerichts insoweit aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, als die Klägerin weitere 9 520,90 DM Gewinn aus den Einspielergebnissen und 6 230,02 DM für die Neuanschaffung von Inventar beansprucht. Die weitergehenden Revisionen der

Parteien waren als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von der Entscheidung in der Sache abhängt.

Dr. Hiddemann

Claßen

Hoffmann

Wolf

Treier