

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : Nein

BGB §§ 535, 537, 538, 572, 765

- a) Der Mieter kann Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, daß er die Mietsache nicht in der vereinbarten Weise hat gebrauchen können, nur für die Zeit verlangen, in der der Vermieter zur Leistung verpflichtet war und auch gegen seinen Willen am Vertrage festgehalten werden konnte.
- b) Der Mieter, der eine Mietkaution gestellt hat, kann vor Beendigung und Abwicklung des Mietvertrages weder mit der Forderung auf Rückgewähr der Kautions gegen eine Mietzinsforderung aufrechnen noch den Vermieter darauf verweisen, sich wegen eines Mietrückstandes aus der Kautions zu befriedigen.
- c) Zum Wesen und zur Bedeutung einer Mietausfallbürgschaft.

BGH, Urt. v. 12. Januar 1972 - VIII ZR 26/71 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 26/71

URTEIL

Verkündet am
12. Januar 1972
Mückenhäusen,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Eheleute Edgar Horst B [REDACTED] und
Gerta B [REDACTED] geb. P [REDACTED] in F [REDACTED]
[REDACTED] bei K [REDACTED],

Klägern und Revisionsklägern,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Eheleute Willi S [REDACTED] und Lieselotte S [REDACTED]
geb. S [REDACTED] in S [REDACTED] über H [REDACTED], P [REDACTED] d [REDACTED] F [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar
1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten
Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar,
Dr. Mezger, Mormann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil
des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln vom 12. November 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an den 13. Zivilsenat des Berufs-
ungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind Eigentümer eines Grundstücks
in K■■■■, auf dem sie in den Jahren 1959/1960 ein
Haus errichteten. Während der Bauarbeiten wurden
sie darauf hingewiesen, daß in den für Schankzwek-
ke vorgesehenen Räumen für ausreichenden Schall-
schutz zu sorgen sei, weil sonst nachträgliche Auf-
lagen erteilt werden müßten. Die Schallschutzmaßnah-
men müßten Sicherheit dafür gewähren, daß durch den
Gaststättenlärm, auch an den lauten Karnevalstagen,



die Nachtruhe der Anwohner ab 22 Uhr nicht gestört werde. Im November 1960 verpachteten die Kläger die errichtete Gaststätte "C [REDACTED]" und Nebenräume mit einer im Obergeschoß befindlichen Wirtswohnung zuerst an eine Frau B [REDACTED] und dann an Frau M [REDACTED]. Seit der Eröffnung der Gaststätte beschwerten sich die im Erdgeschoß des benachbarten Hausgrundstücks wohnenden Eheleute W [REDACTED] wiederholt über den aus der Gaststätte dringenden Lärm. Die Kläger ließen deshalb im Juni 1961 an der Giebelwand zum Nachbarhaus eine Vorsatzschale zur Schallisolierung anbringen. Da die Beschwerden nicht aufhörten, verzichtete im Jahre 1964 die Pächterin darauf, den "Gesellschaftsraum", auch "Sälchen" genannt, an Vereine zu überlassen, und beschränkte sich auf die Führung der Gaststätte als Speiselokal. Wegen finanzieller Schwierigkeiten schloß sie die Gaststätte im Jahre 1966. Im Dezember 1966 bauten die Kläger zusätzlich eine Isolierwand ein.

Mit Pachtvertrag vom 11. Januar 1967 verpachteten die Kläger die Gaststätte an die Beklagten für die Zeit bis 14. Januar 1977 zu einem monatlichen Pachtzins von 1 050 DM für die Gaststättenräume und 250 DM für die Wohnung. Der Pachtzins sollte monatlich im voraus, spätestens am 5. Werktag eines jeden Monats entrichtet werden. Ein Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht sollte den Pächtern nicht zustehen. Die Beklagten verpflichteten sich in § 2 des Pachtvertrages, die Gaststätte stets in einem solchen Zustand zu erhalten, daß sie den polizeilichen und sonstigen behördlichen Vorschriften zum Betrieb einer Gaststätte entspricht. § 4 des Pachtvertrages lautet:

"Die Pächter haben die Gaststätte als gutbürgerliches Lokal zu führen. ... Sie dürfen in der Gaststätte nichts dulden, was gegen die guten Sitten oder gegen gesetzliche oder polizeiliche Bestimmungen verstößt und den Ruf des Lokals gefährdet. ... Die Anbringung oder Aufstellung von Spiel- oder Musikautomaten bedarf der schriftlichen Einwilligung der Verpächter. Die Anbringung von Außenreklame muß dem Charakter des Hauses angepaßt werden, sie darf die bereits bestehende Reklame nicht stören. ..."

§ 8 des Vertrages lautet:

"Während der Dauer der Pachtzeit sind nur die Biere der Brauerei A [REDACTED], L [REDACTED] / Belgien in der Gaststätte zum Ausschank zu bringen. Als Sicherheit für sämtliche Verpflichtungen aus oder im Zusammenhang mit dem Pachtvertrag hinterlegen die Pächter bei Vertragsabschluß eine Kautions in Höhe von DM 2.200. Die Kautions ist von den Pächtern unverzüglich wieder aufzufüllen, falls sie in Anspruch genommen wird. Sie wird ... bei Beendigung des Pachtverhältnisses zurückgezahlt, nachdem festgestellt ist, daß Verpächter und Brauerei keine Ansprüche mehr gegen die Pächter haben. ..."

Am 13. Januar 1967 schlossen die Beklagten mit der Brauerei A [REDACTED] einen Darlehens- und Bierlieferungsvertrag. Danach gewährte die Brauerei den Beklagten ein Darlehen in Höhe von 29 000 DM. Die Beklagten verpflichteten sich u.a., den Bedarf an Bier ausschließlich bei der Brauerei zu decken. Die Bierlieferungsverpflichtungen sollten 60 Monate nach Rückzahlung des Darlehens erlöschen, jedoch mindestens 12 Jahre lang für die Abnahme von insgesamt

mindestens 3 500 hl an untergärigen Bieren bestehen. Am selben Tage trafen die Kläger, die Beklagten und die Brauerei eine Vereinbarung, deren §§ 7 und 8 wie folgt lauten:

"§ 7

A [REDACTED] übernimmt für die Dauer von 10 Jahren für eventuelle Mietschulden und Nebenkosten im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis für oben genannten Mieter eine Mietausfallsbürgschaft, welche jedoch den Betrag von insgesamt DM 7 800 nicht übersteigt. ...

§ 8

In Anbetracht der durch A [REDACTED] übernommenen Bürgschaft wird der Vermieter Mietrückstände von mehr als 2 Monaten unverzüglich an A [REDACTED] mitteilen."

Der beklagte Ehemann war Zollamtmann, die Beklagte Sängerin. Da der Beklagte wegen seines Berufes als Konzessionsträger ausschied, beantragte die Beklagte bei der Stadt K [REDACTED] die Erteilung der Konzession zur Führung eines Bier- und Speiselokals. Sie legte dabei eine Bescheinigung vor, daß im Dezember 1966 eine Isolierwand an der nach Süden gelegenen Wand der Gaststätte angebracht worden sei. Sie wurde von der Konzessionsbehörde sofort darauf hingewiesen, sie müsse innerhalb der nächsten zwei Monate durch ein Schallschutzgutachten nachweisen, daß die Gaststätte den gesetzlichen Schallschutzanforderungen entspreche. Am 25. Januar 1967 erhielt die Beklagte eine vorläufige Betriebserlaubnis bis zum 24. April 1967 mit der Auflage, bis zum Ablauf dieser Erlaubnis das Schallschutzgutachten eines anerkannten Sachverständigen vorzulegen. Am 26. Januar 1967 wurde die Gaststätte eröffnet. Die Beklag-

ten stellten eine Musikbox auf und veranstalteten am Wochenende, meist an Samstagen, auch Tanzabende mit einer Kapelle. Anlässlich dieser Veranstaltungen sang die beklagte Ehefrau vor ihren Gästen, zuweilen auch über Mikrofon. Dabei wurde mit dem Schlagwort geworben: "Es singt und jodelt Lilo Blondy", wobei es sich um das Pseudonym der Beklagten handelte. Die Nachbarn W [REDACTED] beschwerten sich nach der Eröffnung erneut über den aus der Gaststätte dringenden Lärm. Mit Schreiben vom 16. März 1967 ließen die Kläger die Beklagten auffordern, Tanzveranstaltungen und Musikdarbietungen zu unterlassen und die Musikbox abzuschaffen oder sie den Schallschutzbestimmungen entsprechend aufzustellen. Mit Schreiben vom 29. März 1967 forderten die Beklagten die Kläger auf, die erforderlichen Schallschutzmaßnahmen zu ergreifen und alsdann ein Schallschutzgutachten einzuholen. Dieser Aufforderung kamen die Kläger nicht nach. Am 8. Mai 1967 wurde die vorläufige Betriebserlaubnis letztmalig bis zum 24. Juni 1967 erteilt unter der zusätzlichen Auflage, sämtliche musikalischen Darbietungen spätestens um 22 Uhr einzustellen. Die vorläufige Betriebserlaubnis wurde schließlich bis 3. Juli 1967 verlängert, nachdem die Eheleute W [REDACTED] sich mit dem Betrieb der Gaststätte über die Kirmes St. Peter einverstanden erklärt hatten. Da sich die Konzessionsbehörde weigerte, die vorläufige Erlaubnis nochmals zu verlängern, zog die beklagte Ehefrau ihren Konzessionsantrag zurück. Die Beklagten schlossen am 3. Juli 1967 die Gaststätte. Auf ein Räumungsurteil räumten sie die Wohnung im September 1967.

Die Beklagten hatten die Pacht für Januar 1967 nur zur Hälfte bezahlt, die andere Hälfte zahlten sie im März. Nachdem sie noch den Februar-Pachtzins entrichtet hatten, zahlten sie ab März 1967 nur noch den Anteil für die Wohnung mit 250 DM bis einschließlich Mai und blieben den Pachtzins für die Gaststätte ab März 1967 und die Miete für die Wohnung ab Juni 1967 schuldig. Die Kläger kündigten mit Schreiben vom 6. April 1967 den Pachtvertrag fristlos. Sie begründeten die Kündigung mit dem bestehenden Pachtzinsrückstand und dem Hinweis auf vertragswidrigen Gebrauch der Pachträume, weil Tanz- und Musikveranstaltungen dem vereinbarten Charakter des Lokals widersprächen. Die Beklagten wiesen mit Schreiben vom 11. April 1967 die Kündigung zurück und kündigten ihrerseits am 18. Mai 1967 fristlos. Zur Begründung führten sie an, die Kläger hätten sich geweigert, die Gasträume in einen konzessionsfähigen Zustand zu versetzen.

Die Kläger machen mit der Klage einen Anspruch auf Zahlung von Mietzins und Nutzungsentschädigung sowie Zahlung von Nebenabgaben für die Zeit bis einschließlich September 1967 in Höhe von 6 662,52 DM nebst Zinsen geltend. Die Beklagten verfolgen mit der Widerklage einen Schadensersatzanspruch auf Zahlung von 16 589,76 DM nebst Zinsen, den sie daraus herleiten, daß den Pachträumen der erforderliche Schallschutz gefehlt habe und sie deshalb die Konzession zur Weiterführung des Betriebes nicht hätten erlangen können. Ferner begehren sie mit der Widerklage die Verurteilung der Kläger, sie von den Ver-

pflichtungen aus dem Darlehens- und Bierlieferungsvertrag mit der Firma A [REDACTED] freizustellen, hilfsweise an sie 29 141 DM zu zahlen.

Das Landgericht hat durch Teil- und Grundurteil den Hauptanspruch der Widerklage auf Zahlung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Kläger weiter verurteilt, die Beklagten von den Verpflichtungen aus dem Darlehens- und Bierlieferungsvertrag mit der Brauerei A [REDACTED] freizustellen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Kläger mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Freistellung nur die nach dem 3. Juli 1967 fällig werdenden Verpflichtungen der Beklagten gegenüber der Brauerei umfaßt.

Mit der Revision verfolgen die Kläger den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, den Beklagten stehe nach § 538 BGB ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen die Kläger zu. Die zum Betriebe einer Gaststätte vermieteten oder verpachteten Räume hätten in ihrer baulichen Art nicht den Anforderungen der Konzessionsbehörde

entsprochen, weil ihnen der erforderliche Schallschutz gefehlt habe. Der Schallschutz müsse ausreichen, um zu verhindern, daß bei Musik und Tanz unzulässige Geräusche in die Nachbarwohnung eindringen. Musikdarbietungen und öffentliche Tanzveranstaltungen hätten die Beklagten abhalten dürfen. Das sei in konzessionierten Gaststätten ohne besondere Genehmigung erlaubt. Zwar habe die Gaststätte als "gutbürgerliches Lokal" geführt werden müssen. Damit sei aber keinesfalls die Vermietung des Sälchens an Vereine und zu Feiern ausgeschlossen worden, so daß Tanzmusik und Gesang in den den Beklagten überlassenen Räumen hätten stattfinden können, ohne daß gegen die vertraglichen Vereinbarungen verstoßen worden sei. Auch hätten die Eheleute W. [REDACTED] sogar normale Gespräche, die im Sälchen geführt wurden, hören können.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Es ist allerdings richtig, daß dann, wenn Räume zu einem gewerblichen Zweck vermietet oder verpachtet werden, es Sache des Vermieters ist, sie in einen Zustand zu versetzen, daß in ihnen das Gewerbe ausgeübt werden kann, und solche baulichen Veränderungen vorzunehmen, von denen die Konzessionsbehörde die Erteilung der Konzession abhängig macht. Ob, wie die Revision mit ihren Angriffen geltend macht, die Beklagten nicht berechtigt waren, Musikvorführungen und Tanzveranstaltungen in den Gasträumen darzubieten, und ob, wenn die Be-

klagten das unterlassen hätten, die getroffenen Schallschutzmaßnahmen ausgereicht hätten, kann hier dahingestellt bleiben. Selbst wenn die Beklagten die Pachträume in einer nach dem Vertrage zulässigen Weise genutzt haben, so ließen sich mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung die Ansprüche der Beklagten auf Schadensersatz noch nicht rechtfertigen. Die Beklagten gehen davon aus, daß die Kläger ihre Verpflichtung, ihnen den Gebrauch der Pachträume während der ganzen Vertragsdauer zu ermöglichen, nicht erfüllt hätten. Die Beklagten wollen in erster Linie so gestellt werden, als wäre der Pachtvertrag nur auf ihre Kündigung vom 18. Mai 1967 wegen Mängel der Gaststätte aufgelöst worden und als hätte der Vertrag andernfalls bis zum vorgesehenen Ablauf am 14. Januar 1977 seine Wirksamkeit behalten. Sie machen also das Erfüllungsinteresse geltend. Die Auffassung des Berufungsgerichts, das ihnen unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt einen Schadensersatzanspruch zubilligt, unterliegt aber rechtlichen Bedenken. Ersatz des durch Entziehung des Mietgegenstandes entstandenen Schadens kann nach der Natur dieses Anspruches nur für die Zeit verlangt werden, in der der Vermieter zur Leistung verpflichtet war und auch gegen seinen Willen am Vertrag festgehalten werden konnte (Staudinger/Kiefersauer BGB 11. Aufl. § 538 Anm. 2 und § 537 Anm. 23; Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. § 538 Anm. 18; Urteil des erkennenden Senats vom 15. Juni 1964 - VIII ZR 255/62 - LM § 537 Nr. 12/13 = BGHWarn 1964 Nr. 163 = WM 1964, 831). War die fristlose Kündigung der Kläger vom 6. April 1967

wirksam, so ging die Kündigung der Beklagten vom 18. Mai 1967 ins Leere. Sie können dann ihre Ansprüche, selbst wenn die Kläger ihrerseits die ihnen obliegenden Leistungen nicht ordnungsmäßig erbracht hätten, nicht auf Schäden stützen, die dadurch entstanden sind, daß sie die Pachtträume vor Ablauf des Vertrages herausgeben mußten und sie nicht bis zum vorgesehenen Ende des Pachtvertrages nutzen konnten.

b) Das Berufungsgericht hält die Kündigung der Kläger für unwirksam. Soweit die Kündigung darauf gestützt war, daß die Beklagten die Hälfte der Januar-Miete erst im März 1967 entrichtet und ab 1. März 1967 für die Gaststätte keine Miete mehr gezahlt haben, geht das Berufungsgericht zwar davon aus, daß die Beklagten in Anbetracht des Ausschlusses einer Aufrechnungsbefugnis sich mit der Zahlung eines nicht unerheblichen Teiles von zwei Monatsraten im Rückstand befunden haben. Es meint jedoch, die Kündigung sei im Hinblick auf die gesamten Umstände als treuwidrig anzusehen:

aa) Einmal hätten die Beklagten eine Kautions von 2 200 DM hinterlegt. Jedenfalls für den März- und April-Pachtzins hätten die Kläger eine Sicherheit in Händen gehabt, die sie in Anspruch hätten nehmen können. Diese Auffassung ist unrichtig. Eine Miet-Kautions dient, wie auch im vorliegenden Fall ausdrücklich im Vertrage gesagt ist, der Sicherheit für die Erfüllung der dem Mieter aus dem Vertrage obliegenden Verpflichtungen (vgl. § 572 BGB). Die Sicherheit ist mithin erst bei Beendigung des Ver-

trages an den Mieter zurückzugeben, wenn der Vermieter sie nicht zur Befriedigung von alsdann etwa noch bestehenden Ansprüchen verwenden darf (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 15. Februar 1967 - VIII ZR 222/64 = WM 1967, 515, 518). Der Mieter hat daher vor Beendigung des Vertragsverhältnisses keinen Anspruch auf Rückzahlung, mit der er gegen eine Mietzinsforderung aus dem laufenden Verträge aufrechnen könnte. Er kann den Vermieter auch nicht darauf verweisen, sich seinerseits aus der Sicherheit zu befriedigen, weil er dem Vermieter damit die diesem auch zur Sicherung künftiger Ansprüche dienende Sicherheit entzöge (Rödding, Betriebsberater 1968, 934, 935 unter II 2 a; Schopp ZMR 1969, 1, 2). Eine solche Befugnis läßt sich auch nicht aus den Grundsätzen von Treu und Glauben herleiten. Gewiß ist der Mieter, wenn der Vermieter die Sicherheit während des Laufes des Vertrages in Anspruch nimmt, grundsätzlich verpflichtet, sie wieder aufzufüllen. Daraus folgt aber nicht, daß der Vermieter sich bei Zahlungsverzug des Mieters an die Sicherheit halten müßte; denn er liefe alsdann Gefahr, daß der zahlungsschwache Mieter auch der Verpflichtung zur Auffüllung der Sicherheit nicht nachkommen würde. Dafür, daß im vorliegenden Fall die Kläger die Kautions wieder aufgefüllt hätten, bestehen überdies keine Anhaltspunkte.

bb) Das Berufungsgericht führt weiter an, die Kläger hätten mit der Brauerei A. eine besondere Abmachung getroffen, wonach diese für die Dauer des zehnjährigen Vertrages eine Mietausfallbürgschaft bis zu 7 800 DM übernahm. Deshalb seien die

Kläger verpflichtet worden, der Brauerei Mietrückstände von mehr als 2 Monaten unverzüglich mitzuteilen. Die Kläger hätten jedoch die Brauerei nicht aus ihrer Mietgarantie in Anspruch genommen, sondern am 6. April 1967 die Kündigung ausgesprochen. Die der Sicherung der Brauerei dienende Abrede über die Mitteilung von Mietrückständen habe zugleich einen verstärkten Schutz der Beklagten bedeutet, so daß auch ihnen gegenüber die sofortige Kündigung treuwidrig gewesen sei. Auch dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht scheint in der Abrede der Kläger mit der Brauerei über die Mitteilung eines Pachtrückstandes eine Vereinbarung zugleich mit den Beklagten oder zugunsten der Beklagten zu sehen, aus der die Kläger auch gegenüber der Beklagten verpflichtet gewesen seien, der Brauerei Mitteilung zu machen. Das kann dahingestellt bleiben. Die Meinung des Berufungsgerichts, die Kläger hätten versuchen müssen, die Brauerei aus ihrer Mietgarantie in Anspruch zu nehmen, geht jedenfalls fehl. Die Bedeutung einer Ausfallbürgschaft, wie sie hier ausdrücklich vereinbart worden ist, liegt darin, daß der Bürge nur auf das haftet, was der Gläubiger trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt vom Schuldner nicht erlangen kann. Im Gegensatz zur gewöhnlichen Bürgschaft ist der Bürge nicht auf die Einrede der Vorklage angewiesen. Vielmehr setzt die Inanspruchnahme des Ausfallbürgen voraus, daß der Gläubiger trotz Zwangsvollstreckung beim Schuldner und infolge Versagens sonstiger Sicherheiten einen Ausfall gehabt hat, den er darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen hat (RGZ 145, 167; Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. Anm. 18

vor § 765). Daß die Brauerei entgegen ihrer Verpflichtung als Ausfallbürgin bei einer Mitteilung für die Beklagten eingesprungen wäre, ist nicht festgestellt. Für eine solche Annahme liegt auch nichts vor. Im übrigen wäre es in erster Linie Sache der Beklagten gewesen, ihrerseits die Brauerei zu bitten, die rückständige Miete zu begleichen. Davon, daß eine fristlose Kündigung so lange treuwidrig sei, wie einem Bürgen nicht die Möglichkeit gegeben ist, die Mietzinsschuld für den Mieter zu entrichten, kann keine Rede sein. Das Mieterschutzgesetz enthält in § 3 Abs. 3 die Vorschrift, wonach die Aufhebung eines Mietverhältnisses nicht mehr zulässig ist, wenn innerhalb der Frist von einem Monat die für den Mieter zuständige Fürsorgebehörde dem Gericht erklärt, daß sie zur Befriedigung des Vermieters bereit ist. Eine entsprechende Anwendung dieses Gedankens bei Bestehen einer Ausfallbürgschaft im Fall einer Verpachtung gewerblicher Räume ist nicht möglich.

cc) Das Berufungsgericht hält schließlich die Kündigung für rechtsmißbräuchlich, weil die Kläger sich vom Vertrage zu lösen versucht hätten, anstatt ihren Vertragspflichten nachzukommen und dadurch die Voraussetzungen für eine Weiterführung der Gaststätte zu schaffen. Auch diese Auffassung wird von der Revision mit Recht angegriffen. Sie widerspricht mindestens in ihrer Auswirkung dem Sinn und Zweck des im Pachtvertrage vereinbarten Ausschlusses eines Zurückbehaltungsrechts. Der Mieter oder Pächter soll nicht mit Rücksicht auf angebliche Gegenansprüche die

Zahlung des Miet- oder Pachtzinses einstellen dürfen und der Vermieter soll nicht bei der Durchsetzung seines Anspruches auf den Miet- oder Pachtzins Einwendungen ausgesetzt sein, die erst in einem möglicherweise langwierigen Rechtsstreit zu klären sind. Dann aber kann dem Vermieter oder Verpächter grundsätzlich nicht die Möglichkeit, den Vertrag durch fristlose Kündigung zu beenden, mit der Begründung aus der Hand geschlagen werden, seine Rechtsverfolgung sei wegen der angeblichen Ansprüche des Mieters rechtsmißbräuchlich. Der erkennende Senat hat allerdings für den Fall, daß ein Verpächter durch arglistiges Verhalten den Pächter geschädigt und dadurch bewirkt hat, daß der Pächter den Pachtzins nicht fristgerecht zahlen konnte, eine auf die Säumnis des Pächters gestützte fristlose Kündigung als unzulässige Rechtsausübung angesehen (Urteil vom 10. Juni 1958 - VIII ZR 135/57 = LM BGB § 242 [C] Nr. 55). Ein solcher Fall liegt hier auch nach der Darstellung der Beklagten aber nicht vor. Die Beklagten hatten nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils für die Zeit bis 24. April 1967 eine zwar vorläufige, aber unbeschränkte Betriebserlaubnis erhalten; erst für die Zeit ab 8. Mai 1967 war ihnen die Auflage gemacht worden, sämtliche musikalischen Darbietungen spätestens um 22 Uhr einzustellen. Auf die vorläufige Betriebserlaubnis hin haben die Beklagten alsbald nach der Eröffnung eine Musikbox aufgestellt und Tanzabende veranstaltet. Sie haben also die Gaststätte so geführt, wie sie glaubten, dazu berechtigt zu sein. Trotzdem sind sie mit dem Pachtzins schon im ersten Monat des Pachtvertrages in Rückstand gekommen und haben seit dem

1. März 1967 überhaupt keinen Pachtzins für die Gaststätte mehr gezahlt. Sie sind also mit der Pachtzinszahlung schon zu einer Zeit in Verzug geraten, in der sie die Pachtnutzung in dem von ihnen in Anspruch genommenen Umfang ausübten. Das Berufungsgericht stellt auch nicht fest, daß die Beklagten etwa ihren Zahlungsverpflichtungen deshalb nicht hätten nachkommen können, weil sie tatsächlich im Gebrauch der Pachtsache gehindert gewesen wären. Es meint lediglich, sie seien deshalb nicht unerheblich beeinträchtigt worden, weil sie eine Verweigerung der Konzession hätten befürchten müssen. Haben die Beklagten aber den Pachtzins nicht gezahlt, entweder weil sie von vornherein nicht genügend Mittel besaßen, um Anfangsschwierigkeiten zu überbrücken, oder weil sie vertragswidrig ein Zurückbehaltungsrecht ausüben wollten, so haben sie das auf eigene Gefahr getan. Es hätte ihnen allenfalls freigestanden, den Pachtzins für die Gasträume um einen angemessenen Teil zu mindern. Daß sie von der Zahlung des Pachtzinses nicht völlig entbunden waren, liegt auf der Hand. Der Ansicht des Berufungsgerichts, die fristlose Kündigung der Kläger sei treuwidrig, weil die Kläger selber sich nicht vertragsgetreu verhalten hätten, liegt offenbar die gleiche Auffassung zugrunde, die für den entsprechenden Fall einer Vertragslösung nach §§ 325, 326 BGB vertreten wird: Bei einem beiderseitigen Vertragsverhältnis könne der Gläubiger, der selbst vertragsuntreu ist, sich nicht mit der Begründung, daß der Gegner sich im Verzuge befinde, vom Verträge lösen und Schadensersatz wegen Nichter-

füllung verlangen. Der erkennende Senat hat im Urteil vom 14. Juli 1971 - VIII ZR 49/70 = NJW 1971, 1747 = BGHWarn 1971 Nr. 195 = WM 1971, 1304) indessen ausgeführt, daß es einen Rechtssatz, wonach derjenige, der selbst nicht vertragstreue ist, keine Rechte aus einer Vertragsuntreue des Gegners herleiten könne, nicht gibt. Soweit der Gläubiger aus dem Verzuge des Gegners Rechte herleiten will, ist ihm das in der Regel deshalb verwehrt, weil der Gegner bei Vertragsuntreue des Gläubigers nach § 320 BGB berechtigt ist, seine Leistung zu verweigern, und deshalb ein Verzug in Wahrheit nicht gegeben ist. Im vorliegenden Fall steht aber, wie schon ausgeführt ist, den Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht gerade nicht zu. Die Tatsache, daß die Beklagten die Pachtzinszahlungen für die Gasträume ab 1. März 1967 vollständig eingestellt haben, hätte das Berufungsgericht auch bei der Abwägung berücksichtigen müssen, ob die fristlose Kündigung rechtsmißbräuchlich ist. Die Revision hebt mit Recht hervor, daß die Kläger geltend gemacht haben, sie hätten über die Anbringung eines verstärkten Schallschutzes mit sich reden lassen, wenn die Beklagten überhaupt Pachtzins gezahlt hätten. Unter den hier vorliegenden Umständen bildet die Auffassung des Berufungsgerichts, die Kündigung sei treuwidrig, eine Überspannung der an die Kläger zu stellenden Anforderungen auf Wahrung von Treu und Glauben.

3. Da andere Umstände, wegen deren die fristlose Kündigung der Kläger unberechtigt gewesen sein könnte, nicht hervorgetreten sind, ist das Vertrags-

verhältnis zwischen den Parteien mit Zugang des Kündigungsschreibens der Kläger vom 6. April 1967 beendet worden. Auch wenn den verpachteten Räumen erforderliche Schallschutzvorrichtungen gefehlt haben sollten, so könnten mithin die Beklagten wegen schuldhafter Vertragsverletzung nur den bis zur Beendigung des Vertrages entstandenen Schaden ersetzt verlangen. Ein solcher Schaden ist ihnen aber nach ihrem eigenen Vorbringen nicht erwachsen. Sie haben den angeblichen Schadensbetrag von 19 949,76 DM in neun verschiedene Posten aufgegliedert und davon 16 589,76 DM geltend gemacht. Dabei fällt nur der unter 1) begehrte Schadensersatz wegen teilweiser Nichtbenutzbarkeit des Sälchens vom 1. Februar 1967 bis 26. Juni 1967, wenigstens zum Teil in den Zeitraum bis zum Vertragsende. Auch insoweit ist der Anspruch aber unbegründet. Die Beklagten hatten, wie schon erwähnt ist, für die Zeit bis zum 24. April 1967 eine unbeschränkte Betriebserlaubnis erhalten und haben daraufhin die Gaststätte so geführt, wie sie glaubten, dazu berechtigt zu sein. Der Posten 2) betrifft den angeblichen Verdienstaussfall der beklagten Ehefrau von Juli 1967 bis 15. Oktober 1967. Mit den übrigen Posten 3) bis 9) wird die Erstattung von Auslagen und Aufwendungen begehrt, die in der Erwartung gemacht worden sein sollen, daß die Pachträume bis zum vertraglich vorgesehenen Ende genutzt werden könnten und die aufgewendeten Beträge aus künftigen Einnahmen wieder eingebracht würden. Mit dieser Begründung fordern die Beklagten im Grunde Ersatz entgangenen Gewinns. Auch insoweit gilt aber, daß die Möglichkeit, Einnahmen zu

erzielen, schon deshalb entfallen ist, weil der Pachtvertrag auf Grund der berechtigten Kündigung der Kläger vorzeitig beendet worden ist.

4. Das gleiche gilt, soweit unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung begehrt wird, daß die Kläger verurteilt werden, die Beklagten von den Verpflichtungen aus dem Darlehens- und Bierlieferungsvertrag mit der Firma A. freizustellen. Das Berufungsgericht hat der Widerklage nur mit der Maßgabe stattgegeben, daß die Freistellung lediglich die nach dem 3. Juli 1967 fällig werdenden Verpflichtungen umfaßt. Es hat ausgeführt, die Befreiung komme nur in Betracht, soweit es sich um Pflichten aus der Zeit nach Aufgabe der Gaststätte handle. Denn bis dahin sei eine Nutzung erfolgt und die Beklagten hätten ihren Schaden in Form von Verdienstausschlag geltend gemacht. Das Berufungsgericht hat also die Widerklage, soweit mit ihr Befreiung von den Verpflichtungen gegenüber der Brauerei für die Zeit bis einschließlich 3. Juli geltend gemacht wird, abgewiesen. Aber auch für die spätere Zeit kommt, wie oben ausgeführt ist, eine Schadensersatzpflicht der Kläger nicht in Betracht. Daß die Beklagten nach dem 3. Juli 1967 von der Brauerei kein Bier mehr bezogen haben und deshalb möglicherweise von der Brauerei auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, beruht darauf, daß der Pachtvertrag über die Gaststätte alsbald nach dem 6. April 1967 sein Ende gefunden hat.

Hilfsweise beanspruchen die Beklagten Zahlung von 29 141 DM. Dieser Betrag stellt das von der Brauerei den Beklagten gewährte Darlehen von 29 000 DM nebst Zinsen dar, wie sich aus dem Schreiben der Brauerei vom 20. September 1967 ergibt. Die vor der Auflösung des Vertrages erfolgte Gewährung eines Darlehens bildet für sich aber überhaupt keinen Schaden. Der Belastung mit der Rückzahlungsverpflichtung steht der Empfang des Geldes gegenüber. Die Eingehung eines Darlehensvertrages ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht schon von sich aus eine Aufwendung. Das ergibt sich deutlich für den Fall, daß die Beklagten etwa Darlehensbeträge zur Abdeckung früherer Schulden oder zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse verwendet haben sollten. Als Schaden anzusehende Aufwendungen könnten vielmehr nur Anschaffungen sein, die die Beklagten unter Verwendung des Darlehensbetrages zur Einrichtung der Gaststätte gemacht haben, ohne daß sie die beschafften Gegenstände haben verwerten können. Für solche Anschaffungen gilt das gleiche wie für die oben behandelten sonstigen Aufwendungen.

II. 1. Über den mit der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzanspruch kann der Senat indessen nicht abschließend entscheiden. Mit der Begründung, daß die Kläger den Pachtvertrag verletzt hätten, beanspruchen die Beklagten zwar in erster Linie, so gestellt zu werden, wie sie bei ordnungsmäßiger Erfüllung gestanden hätten; sie machen also, wie schon erwähnt, einen Erfüllungsanspruch gel-

tend. In den Schriftsätzen vom 12. Februar und 22. April 1968 haben sie aber ihre Schadensersatzansprüche hilfsweise auch auf den Rechtsgrundsatz der Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß gestützt. Sie haben dazu vorgetragen, den Klägern sei bekannt gewesen oder hätte bekannt sein müssen, daß die Gastwirtschaft in baulicher Hinsicht den Erfordernissen nicht entsprochen habe. Sie hätten grob fahrlässig gehandelt, als sie den Pachtvertrag abgeschlossen, jedoch verschwiegen hätten, daß der Pachtgegenstand in Wahrheit den Anforderungen, die an eine Gaststätte gestellt würden, überhaupt nicht genüge. Sie hätten auch erkannt, daß die vor Verpachtung vorgenommene Wandverstärkung zwecks Schallschutzes die ihnen bekannte Anforderung der Baubehörde noch nicht erfüllt habe. Die Beklagten müßten sich dabei das Versäumnis des bauleitenden Architekten anrechnen lassen. Mit diesem Vorbringen begehren die Beklagten ausdrücklich Ersatz für allen Schaden, den sie durch die Pachtung der Gaststätte erlitten haben. Ihr Vortrag ist ersichtlich dahin zu verstehen, daß sie die Gastwirtschaft nicht gepachtet hätten, wenn die Kläger ihrer Aufklärungs- und Offenbarungspflicht nachgekommen wären. Die Beklagten wollen also so gestellt werden, als hätten sie den Pachtvertrag nicht abgeschlossen, und begehren unter diesem Gesichtspunkt Ersatz des sog. Vertrauensschadens, d.h. Ersatz aller Aufwendungen, die sie im Vertrauen darauf gemacht haben, daß der Vertrag in der Gestalt zustande gekommen sei, wie sie es auf Grund des Verhaltens der Kläger hätten annehmen dürfen.

2

2. Unter diesem rechtlichen Blickpunkt ist der Sachverhalt noch nicht gewürdigt worden. Das muß das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wird, nachholen. Dabei wird auch folgendes zu berücksichtigen sein:

a) Ob der vorhandene Schallschutz ausgereicht hätte, wenn die Beklagten nicht Musikvorführungen und Tanz veranstaltet hätten, ist bisher nicht festgestellt worden. Das Berufungsgericht stützt seine Ansicht, der Schallschutz habe nicht genügt, im wesentlichen darauf, daß die Geräusche von Musik und Tanz die Nachbarn gestört hätten. So werden in dem vom Berufungsgericht angeführten Gutachten G [REDACTED] ausdrücklich Geräusche von Musikbox und Spielen auf Klavier und Schlagzeug genannt. Die Kläger wären aber nur dann dem Vorwurf ausgesetzt, sie hätten ihre Aufklärungs- und Offenbarungspflicht verletzt, wenn die Beklagten berechtigt gewesen wären, Tanzveranstaltungen und Musikvorführungen in den Gasträumen darzubieten, und die Kläger damit hätten rechnen müssen, daß die Beklagten ein solches Recht beanspruchen würden. Das Berufungsgericht nimmt das an. Es stützt seine Ansicht darauf, daß zum mindesten in Köln auch in "gutbürgerlichen Lokalen" Musik geboten, gesungen und häufig auch getanzt werde. Für die Frage, ob eine solche Nutzung vertragsgemäß war und ob die Kläger mit ihr rechnen mußten, wird es indessen auch darauf ankommen, welche Abreden gerade im vorliegenden Fall getroffen sind. So sollte ausdrücklich die Aufstellung von Musikautomaten

von der schriftlichen Einwilligung der Verpächter abhängig sein. Bedurfte aber schon die Aufstellung eines Musikautomaten der Einwilligung, so liegt die Annahme nahe, daß erst recht Tanzmusik und ein zuweilen über Mikrofon verstärkter Gesang nicht ohne Genehmigung der Kläger stattfinden sollten. Nach ihrem Vorbringen wollten die Kläger verhindern, daß ohne ihre Einwilligung laute Unterhaltungsmusik geboten werde, die die Gefahr mit sich brachte, daß ältere Besucher, die Speisen und Getränke in Ruhe einnehmen wollten, gestört wurden. So haben wohl die Beklagten ihre Verpflichtung auch selbst gesehen. Im Schriftsatz vom 24. März 1960 tragen sie vor, nach dem Vertrage sei vorgesehen gewesen, daß die Gastwirtschaft im gut bürgerlichen Sinn als Speiselokal zu führen sei. Selbst wenn aber die Beklagten bei Abschluß des Vertrages der Auffassung gewesen sind, diese Abrede stände Tanzveranstaltungen und Musikdarbietungen nicht entgegen, und diese Ansicht richtig sein sollte, könnten sie erkannt haben, daß die Kläger von einer anderen Auffassung ausgingen, und es wäre denkbar, daß die Beklagten von ihrer Absicht, Musik und Tanzveranstaltungen darzubieten, bei Vertragsschluß absichtlich nichts haben verlauten lassen, weil sie befürchteten, die Kläger würden alsdann mit ihnen einen Vertrag nicht schließen. Das könnte zumindest bei der Abwägung eines mitwirkenden Verschuldens von Bedeutung sein.

Gegebenenfalls wird das Berufungsgericht auch dem Vortrag der Kläger nachgehen müssen, daß den Beklagten, die bereits bei Abschluß des Vertrages verschuldet gewesen seien, mangels Betriebskapitals

und mangels besonderer Geschäftskenntnisse - der Beklagte war Zollamtmann, die Beklagte Sängerin - selbst dann nicht gelungen wäre, die Gastwirtschaft während der ganzen Vertragsdauer zu führen, wenn ausreichende Schallschutzmaßnahmen vorhanden gewesen wären, und daß der Betrieb deshalb ohnehin zum Erliegen gekommen wäre. Sollten diese Behauptungen richtig sein, so könnten die Beklagten den ihnen durch langfristige und im Ergebnis nutzlose Aufwendungen entstandenen Schaden durch eigenes, ihnen zuzurechnendes Verhalten mitverursacht haben. Daß der Rechtsgrundsatz des § 254 BGB auch auf Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Schädigung bei Vertragsschluß anwendbar ist, wird in Rechtsprechung und Schrifttum angenommen (Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 254 Anm. 3; Nirk, Culpa in contrahendo, in Festschrift für Möhring S. 413).

III. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Es erschien angemessen, von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen. Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen, weil diese Entscheidung vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Hoffmann