

Verkündet
am 13. Dezember 1961
Hoffmeister
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2214 030

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Witwe Wanda N [REDACTED] als Alleinerbin des verstorbenen
Dr. Paul N [REDACTED] in S [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin,
Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Gastwirt und Küchenmeister Christian B [REDACTED],

2. die Ehefrau Gertrud B [REDACTED] geborene L [REDACTED],

beide in S [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagte,
Berufungskläger und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 1961 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler,
Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Saar-
brücken vom 29. Januar 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der
Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen.

Tatbestand:

Durch Mietvertrag vom 2. Mai 1950 mieteten die Kläger von dem ursprünglichen Beklagten, der während des zweiten Rechtszuges verstorben und von der jetzigen Beklagten beerbt ist, noch nicht ausgebaute Räume des damals im Wiederaufbau befindlichen Hausgrundstücks B[REDACTED]straße in S[REDACTED] zum Betriebe einer Gaststätte auf zunächst zehn Jahre unter Vereinbarung einer Verlängerungsklausel. Nach dem Vertrag begann die Mietszeit mit der Übergabe der Mieträume nach Fertigstellung durch den Vermieter. Dieser übernahm in § 15 des Vertrages die Verpflichtung, die Mieträume einschließlich der vorgeschriebenen Toiletten schlüsselfertig zu erstellen. Die Kosten für die Innenausstattung sollten dagegen zu Lasten der Mieter gehen. Zur Innenausstattung gehören nach der Festlegung im Vertrage auch "Spezialinstallationen und Entlüftungsanlagen, soweit sie nach dem jeweiligen Verwendungszweck der Mieträume erforderlich werden".

Die Kläger schlossen am 6. Dezember 1950 mit der N[REDACTED]-Brauerei Aktiengesellschaft in S[REDACTED] (im folgenden: Brauerei) einen Darlehens- und Getränkebezugsvertrag für die von ihnen zu betreibende Gaststätte ab. Die Brauerei übernahm durch Vertrag mit dem ursprünglichen Beklagten vom 8. Dezember 1950 in Verbindung mit dem Wiederaufbau der Gaststätte nach Gesichtspunkten, die der bauleitende Architekt K[REDACTED] jeweils festlegen sollte, näher bezeichnete Inneneinrichtungsarbeiten, darunter folgende:

- "1. Ent- und Belüftungsanlage sämtlicher Gaststättenräume und Küche mit Nebenräumen im Keller; einschließlich der Luftkanäle nach den Bedingungen des Gewerbeaufsichtsamtes bzw. der Baupolizei."

Nach § 3 gilt als Bestandteil dieses Vertrages der § 15 des

Mietvertrages zwischen den Klägern und ihrem Vermieter, "dessen Einhaltung die Brauerei anerkennt".

Für die schon damals von dem Vermieter vorgesehene Küche im Keller sollte eine Lüftung installiert werden. Als Lieferant war die Firma Josef P. [REDACTED] vorgesehen, die in einem Schreiben an den Vermieter vom 14. November 1950 zugesagt hatte, daß sie jede Gewähr für eine auch den höchsten Anforderungen genügende Anlage leiste. Auf Wunsch der Brauerei wurde die Entlüftungsanlage dann jedoch durch eine andere Firma eingerichtet. Die Anlage erwies sich später als unzureichend.

Die örtliche Baupolizeibehörde teilte dem Kläger zu I in einer Verfügung vom 4. April 1951 mit, gegen die Belassung der Wirtschafts- und Spülküche im Kellergeschoß bestünden nach wie vor wegen der geringen Raumhöhe und der offensichtlich ungenügenden Be- und Entlüftung baupolizeilicherseits größte Bedenken.

Am 14. April 1951 wurde die Gaststätte eröffnet, nachdem hierfür eine vorläufige Genehmigung erteilt worden war. Die Kläger nahmen auch die Küche im Kellergeschoß zur Bereitung warmer und kalter Speisen in Benutzung. Die Arbeitsbedingungen in dem Küchenraum erwiesen sich jedoch als nicht tragbar. In einem Bauschein vom 28. Juli 1951 machte die Ortpolizeibehörde u.a. folgende Auflagen:

"Die lichte Höhe der Küche im Kellergeschoß muß mindestens 3.00 m betragen. Sofern diese Höhe infolge der Kanalanlage nicht eingehalten werden kann, ist eine wirksame vollautomatische Be- und Entlüftungsanlage einzubauen."

Die beiden den Klägern vermieteten Kellerräume wiesen nur eine lichte Höhe von 2,20 bis 2,44 m auf, unter dem



quer durch die Küche laufenden Eisenbeton-Unterzug betrug die Höhe nur 1,86 bzw. 2,03 m.

Durch Verfügung vom 26. Februar 1952 untersagte die Ortspolizeibehörde die Benutzung der Küche ab 15. März 1952 im Einverständnis mit dem Gewerbeaufsichtsamt und dem Staatlichen Gewerbeamt. Das von der A-Grundstücksverwertungs GmbH eingereichte Baugesuch zwecks Tieferlegung der Küche wurde durch Verfügung vom 17. September 1952 abgelehnt, weil die Standsicherheit des Gebäudes nicht gewährleistet sei und bei der ablehnenden Stellungnahme des Gewerbeaufsichtsamts vom 18. August 1952 mit der Zulassung als Kochküche eines Restaurants auch bei der Herstellung einer lichten Höhe von 3 m nicht gerechnet werden könne, sondern lediglich mit der Zulassung als Imbißküche (Kaltküche). Auf das erneute Gesuch des Architekten K vom 10. Oktober 1952 wurde durch Verfügung der Baupolizei vom 5. Dezember 1952 die Tieferlegung des Küchenraumes im Kellergeschoß mit der Auflage genehmigt, daß die Küche künftig nur noch als Imbißküche benutzt werden dürfe und die Aufstellung eines Hotelküchenherdes mit einer Grill- und Wärmevorrichtung untersagt werde; im äußersten Falle sei die Aufstellung eines normalen Haushalts-Gasküchenherdes mit 4 Flammen, auf dem Würstchen oder Bouillon warmgemacht werden könnten, zulässig; die Kochküche dürfe auf keinen Fall wieder eingerichtet werden.

Die Kläger behielten die Gaststätte, sie waren jedoch ab 15. März 1952 mangels eines für die Herstellung warmer Speisen geeigneten Raumes nicht in der Lage, die Gaststätte in der bisherigen Weise fortzuführen. Sie verabreichten in ihr kalte Speisen und an warmen Speisen nur Würstchen, Pasteten u. dergl. Die Küche im Keller diente nur noch als sogenannte Imbißküche.

Die Kläger haben ab April 1952 einen Teilbetrag der vereinbarten Monatsmiete einbehalten. Sie erheben Anspruch darauf, daß die jetzige Beklagte als Rechtsnachfolger im Mietverhältnis Schadensersatz für den Verdienstausschlag leiste, der ihnen durch den Wegfall der Verabreichung warmer Speisen entstanden sei, also den entgangenen Gewinn ersetzt, der im Falle des Vorhandenseins einer Warmküche von ihnen erzielt worden wäre.

Die Kläger haben mit der im März 1953 zugestellten Klage als Schadensersatz für den erlittenen Verlust in der Zeit vom 15. März bis 30. November 1952 unter Berücksichtigung der Mietkürzung einen Betrag von 643 753 frs nebst Zinsen gefordert und ferner beantragt festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihnen in Zukunft allen Schaden zu ersetzen, der ihnen durch die polizeiliche Schließung der Küche des Lokals "S [REDACTED] K [REDACTED]" entsteht.

Der Beklagte ist diesem Verlangen entgegengetreten und hat widerklagend Mietsrückstände bis zum 30. November 1953 einschließlich zu ersetzender Nebenkosten in Höhe eines Betrages von insgesamt 2 225 529 frs nebst Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 149,99 DM nebst Zinsen zu zahlen, und die mit der Klage geforderte Feststellung getroffen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Zurückweisung der Berufung, soweit das Oberlandesgericht der

Klage entsprochen hat. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht stellt mit näherer Begründung fest, daß der Erblasser der Beklagten zur Herrichtung eines Speiserestaurants mit der dazu notwendigen Küche auf Grund des mit den Klägern geschlossenen Mietvertrages vom 2. Mai 1950 verpflichtet war. Die Kläger seien zwar, so führt das Oberlandesgericht aus, mit der Errichtung der Küche im Keller einverstanden gewesen. Der verstorbene Beklagte habe jedoch dafür sorgen müssen, daß die Küchenräume gemäß dem Vertragszweck genutzt werden konnten. Er hätte die Auflage in der vorläufigen Genehmigung zur Eröffnung der Speisegaststätte Nr. 8243 vom 28. Juli 1961 erfüllen müssen, die mangels der geforderten Mindesthöhe der Küche von 3 m den Einbau einer wirksamen vollautomatischen Be- und Entlüftungsanlage verlangte. Eine solche Anlage sei nicht erstellt worden. Für den baulichen Mangel, das Fehlen einer ausreichenden Höhe des Küchenraumes, habe der Vermieter auch ohne Verschulden einzustehen. Die Erstellung der zum Ausgleich dieses Mangels erforderlichen Entlüftungsanlage habe ebenfalls zu seinem Aufgabenbereich gehört. Die Schadensersatzverpflichtung der Beklagten sei daher gegeben, ohne daß es hierfür des Nachweises eines Verschuldens bedürfe.

Die Revision wendet sich gegen diese vom Berufungsgericht vorgenommene Bestimmung der Vertragspflichten aus dem Mietvertrag vom 2. Mai 1950. Ihre Angriffe bleiben aus folgenden Gründen ohne Erfolg:

1. Die Revision rügt, bei der Auslegung des Mietvertrages habe der Berufungsrichter übersehen, daß die Brauerei mit der Darlehensgewährung an die Kläger gemäß Vertrag vom 6. Dezember 1950 und der dem Vermieter versprochenen Herstellung der Ent- und Belüftungsanlage nur so weit Pflichten der Kläger habe übernehmen wollen, als sie diesen oblagen. Es habe für die Brauerei keinerlei Anlaß bestanden, auch noch Pflichten des Vermieters zu übernehmen. Das ergebe sich deutlich aus § 3 des Vertrages zwischen der Brauerei und dem Vermieter vom 8. Dezember 1950, wonach als Bestandteil dieses Vertrages § 15 des Mietvertrages gelte, deren Einhaltung die Brauerei anerkannt hat. Wenn demgegenüber § 1 des Vertrages vom 8. Dezember 1950 unter Nr. 1 nochmals die Ent- und Belüftungsanlage nenne, so entspreche das dem Vertrag vom 6. Dezember 1950 zwischen der Brauerei und den Klägern, dem die Fassung des § 1 des Vertrages vom 8. Dezember 1950 als Anlage beigelegt worden ist. Da nun diese Nummer 1 des Vertrages vom 8. Dezember 1950 auch nach der Auffassung des Berufungsrichters die gemäß der Auflage der Gewerbe- und Baupolizei erforderliche Anlage einer besonderen Entlüftung für die im Keller liegende Küche umfasse, müsse zwangsläufig auch § 15 des Mietvertrages denselben Inhalt gehabt haben.

Diese Erwägungen der Revision sind nicht geeignet, die von dem Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Mietvertrages sowie des zwischen Vermieter und Brauerei am 8. Dezember 1950 geschlossenen Vertrages zu erschüttern.

Das Berufungsgericht hat im Rahmen der ihm zustehenden Feststellung des Sachverhalts angenommen, der Einbau einer besonderen vollautomatischen Be- und Entlüftungsanlage, wie sie durch die Baupolizei verlangt worden ist,

falle nicht unter § 15 des Mietvertrages und gehöre demnach nicht zu den Pflichten der Kläger. Es hat dem Inhalt des § 15, der die Innenausstattung im einzelnen dahin erläutert:

"Zur Innenausstattung gehören insbesondere auch Wandverkleidungen, Innenanstrich, Beleuchtungskörper (ausschließlich Glühlampen), Spezialinstallationen und Entlüftungsanlagen"

entnommen, es handle sich dabei ersichtlich um Gegenstände und Anlagen, die für den jeweiligen Mieter von besonderem Interesse seien und deren Umfang und Wert er selber habe bestimmen sollen. Wenn in diesem Zusammenhang auch von Spezialinstallationen die Rede sei, so sei dabei offensichtlich an solche gedacht, die der Inhaber eines Gaststättengewerbes zur Erleichterung seiner Arbeitsbedingungen oder für den besseren Komfort der Gäste normalerweise benötige. Keinesfalls sei hierbei aber an eine Anlage gedacht, die einen baulichen Mangel der Mietsache ausgleichen müßte. Dies sei schon darum nicht der Fall, weil der Mangel bei Abschluß des Mietvertrages noch gar nicht bekannt gewesen sei. Die Anlage des Baus sei Sache des Vermieters gewesen, wie dies in § 15 des Mietvertrages durch den Satz

"Der Vermieter erstellt die Mieträume einschließlich der vorgeschriebenen Toiletten schlüsselfertig"

festgelegt worden sei. Dem Vertrag vom 6. Dezember 1950, den die Brauerei mit den Klägern geschlossen habe und dem Vertrag vom 8. Dezember 1950 zwischen der Brauerei und dem Vermieter sei nicht zu entnehmen, daß die Anlage der erforderlichen Entlüftung im Keller von den Klägern oder in deren Auftrag von der Brauerei übernommen worden sei. Dabei läßt das Berufungsgericht dahingestellt, ob die den Vermieter nach dem Sinn des § 15 des Mietvertrages

treffende Verpflichtung, die zum Ausgleich eines baulichen Mangels erforderliche Entlüftungsanlage zu erstellen, überhaupt von der Brauerei übernommen worden ist. Dies könne, so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, möglicherweise aus § 1 des Vertrages vom 8. Dezember 1950 abgeleitet werden. Hierin sei abweichend von § 15 des Mietvertrages zwar ausdrücklich auf die gemäß der Auflage der Gewerbe- und Baupolizei erforderlich werdende Anlage einer besonderen Entlüftung für die im Keller liegende Küche Bezug genommen. Damit, daß der § 1 des Vertrages vom 8. Dezember 1950 auch zur Anlage des Vertrages der Brauerei mit den Klägern vom 6. Dezember 1950 gemacht worden sei, ergebe sich jedoch nicht, daß die erörterte dem Vermieter obliegende Verpflichtung nunmehr auf den Mieter übergegangen sei.

Die Ansicht der Revision, es habe für die Brauerei keinerlei Anlaß bestanden, auch noch Pflichten des Vermieters zu übernehmen, das ergebe sich deutlich aus § 3 des Vertrages vom 8. Dezember 1950, wonach als Bestandteil dieses Vertrages § 15 des Mietvertrages gilt, deren Einhaltung die Brauerei anerkennt, kann zwar für die Auslegung des Vertrages vom 8. Dezember 1950 zutreffen. Dieser Gesichtspunkt mag dagegen sprechen, daß die Brauerei im § 1 dieses Vertrages eine weitergehende Verpflichtung zur Erstellung der Ent- und Belüftungsanlage im Keller übernommen hat, als sie die Kläger nach dem Mietvertrag zu erfüllen hatten. Es ist aber dessen ungeachtet aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht offen gelassen hat, ob die Brauerei die nach dem Mietvertrag dem Vermieter obliegende Verpflichtung, eine Entlüftungsanlage, die zum Ausgleich eines baulichen Mangels erforderlich wurde, herzustellen, durch ihren Vertrag mit dem Vermieter übernommen hat, und daß es zu dem Ergebnis gelangt ist, es komme hierauf für die Ansprüche

der Kläger gegen den Vermieter nicht an. Denn das Berufungsgericht hat keinen mit der Revision angreifbaren Rechtsfehler begangen, wenn es den Umstand, daß dem Vertrag zwischen den Klägern und der Brauerei vom 6. Dezember 1950 der Wortlaut des § 1 des Vertrages vom 8. Dezember 1950 als Anlage beigelegt worden ist, dahin gewertet hat, daß damit die Kläger im Verhältnis zum Vermieter keine Verpflichtung übernommen haben, eine zum Ausgleich eines baulichen Mangels erforderliche Entlüftungsanlage zu erstellen, was über die Verpflichtungen aus dem Mietvertrag vom 2. Mai 1950 hinausgehen würde. Hierzu hätte es, wie das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei bemerkt, einer Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien des Mietvertrages bedurft, die jedoch durch die Verträge vom 6. und 8. Dezember 1950 nicht bewiesen sei.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Brauerei hinsichtlich der in § 1 des Vertrages vom 8. Dezember 1950 übernommenen Herstellung der Ent- und Belüftungsanlage nur so weit Pflichten habe übernehmen wollen, als diese bereits den Mietern oblagen, kann somit nicht durchgreifen, denn das mit ihr geltend gemachte Vorbringen ist nicht geeignet, den Gedankengang des Berufungsgerichts zu widerlegen, und steht der hierauf beruhenden Auslegung des Vertragsverhältnisses zwischen den Klägern und der Beklagten nicht entgegen. Dem Berufungsgericht ist deshalb insbesondere auch darin beizutreten, daß es keiner Feststellung bedurfte, ob die Brauerei überhaupt in dem Vertrag vom 8. Dezember 1950 dem Vermieter gegenüber eine Verpflichtung übernommen hat, für die Küche im Keller eine Be- und Entlüftungsanlage zu erstellen, wie sie von der Baupolizei gefordert wurde. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß der Hinweis

in § 1 des Vertrages vom 8. Dezember 1950 auf Anforderung der Gewerbe- und Baupolizei noch keinen sicheren Anhaltspunkt dafür gibt, ob damit von der Brauerei auch die Herstellung der von der Baupolizei geforderten besonderen Vorrichtung für die Küche übernommen worden ist, zumal jede Entlüftungsanlage, also auch solche normaler Art, grundsätzlich den Anforderungen der Gewerbe- und Baupolizei hätte entsprechen müssen.

2. Mit einer weiteren Rüge macht die Revision geltend, der Vermieter habe nach der Feststellung des Berufungsgerichts für die Küche keinen besonderen Mietzins gefordert. Gerade wenn die Be- und Entlüftung für eine derartige Küche, wie sie die Kläger haben wollten, mit sehr hohen Ausgaben verbunden sei, so könnten sie doch niemals von einem Vermieter übernommen sein, der den Raum mietzinsfrei zur Verfügung stelle.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts war bei den Mietvertragsverhandlungen ursprünglich für die Küche ein geeigneter Raum im Erdgeschoß in Betracht gezogen worden, der einen erheblichen Mietzins erfordert hätte, während die 100 qm Kellergeschoß "mietzinsfrei" gegeben worden sind. Die Kläger seien, so führt das Berufungsgericht aus, mit der Küche im Keller einverstanden gewesen. Daraus ergebe sich zwar, daß sie die damit verbundenen Nachteile und Unbequemlichkeiten hinnehmen mußten, grundlegend anders verhalte es sich aber hinsichtlich des Umstandes, daß die Bau- und Gewerbepolizei die Benutzung der Küche als Warmküche mit Wirkung vom 15. März 1952 untersagt habe. Diese Erwägung des Berufungsgerichts ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es durfte dabei die "mietzinsfreie" Überlassung des Kellerraums als unwesentlich ansehen für die

en Frage nach dem Umfang der Vertragspflichten der Parteien und die den Vermieter treffende Verantwortlichkeit, für einen baulichen Mangel des für die Küche vorgesehenen Raumes einzustehen, zumal dieser Mangel nach den Feststellungen des Berufungsgerichts beim Abschluß des Vertrages den Klägern nicht bekannt gewesen ist. Auf dieses Unkenntnis der Kläger von dem nach Abschluß des Mietvertrages in Erscheinung getretenen Mangel der unzureichenden Höhe und der ungenügenden Belüftung und Entlüftung des Kollerraums wird noch einzugehen sein.

3. Die Revision führt ferner aus, die Verbindlichkeiten des Vermieters und entsprechend der Mieter seien mindestens dadurch umgestaltet worden, daß der bauleitende Architekt Kniebe mit dem Einbau der Be- und Entlüftungsanlage für die Küche die Firma P. [REDACTED] beauftragt gehabt habe, die hierfür eine Garantie zugesagt habe, während dann auf Wunsch der Brauerei der Auftrag der Firma H. [REDACTED] erteilt worden sei, ohne daß diese Firma eine entsprechende Garantie übernommen habe. Die Revision meint, auch in diesem Zusammenhang hätte das Berufungsgericht die Interessenlage berücksichtigen müssen. Kein Vermieter würde auf eine derartige Garantie ohne Gegenleistung verzichten. Das widerspreche jeglicher Lebenserfahrung. Das Interesse an der Änderung des Auftrages habe ausschließlich bei der Brauerei und damit bei den Klägern gelegen, die auf das Darlehen und die weitere Hilfe der Brauerei angewiesen gewesen seien, wie sich dem Vertrag vom 6. Dezember 1950 entnehmen lasse. Wäre, so meint die Revision, mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß der Mietvertrag hinsichtlich der Entlüftungsanlage enger auszulegen sei als die Verträge vom 6. und 8. Dezember 1950, so hätte die Brauerei als Bevollmächtigte der Kläger die gesamte Entlüftungsanlage übernommen,

zumal vorher irgendwelche Rechtsbeziehungen zwischen der Brauerei und dem Ehemann der Beklagten nicht bestanden hätten. Überdies müsse die Interessenlage notwendig zu der Auslegung des Mietvertrages führen, daß die Kläger die gesamte Entlüftungsanlage übernommen hätten. Das Berufungsgericht hätte unter diesen Gesichtspunkten die Worte des Vermieters zu seinem Architekten K. [REDACTED] würdigen müssen "da sei nichts zu machen, Herr N. [REDACTED] wünsche, daß die Firma H. [REDACTED] den Auftrag erhalte". Die Worte wiesen eindeutig in die Richtung, daß der verstorbene Ehemann der Beklagten sich keine Machtbefugnis hinsichtlich der Entlüftungsanlage angemaßt habe. Wenn der Berufsrichter aus diesen Worten schließe, der Ehemann der Beklagten habe den Wunsch des Brauereidirektors zu seiner eigenen Anweisung an den Architekten gemacht, so fehle es für diese Annahme an jeglicher Grundlage. Der Ausspruch sei vielmehr eindeutig dahin zu verstehen, daß sich der Ehemann der Beklagten dieser Anweisung habe fügen müssen.

Die Revision erstrebt mit diesen Angriffen in unzulässiger Weise eine andere Wertung von Umständen, die von dem Berufsrichter im Rahmen der ihm obliegenden und grundsätzlich vorbehaltenen Feststellung des Sachverhalts vorgenommen worden ist. Sie sind jedenfalls unbegründet. Der Berufsrichter hat ersichtlich weder die Interessenlage der Beteiligten noch einen sonstigen wesentlichen Gesichtspunkt aus dem Vorbringen der Parteien übersehen, als er die Vertragspflichten der Kläger und des Vermieters aus dem Mietvertrage unter Auslegung der vorliegenden Urkunden bestimmte. Insoweit ist ihm insbesondere auch kein Verstoß gegen § 286 ZPO vorzuwerfen.

Die Revision hat mit ihren Ausführungen auch keine Verletzung der Auslegungsregeln des § 157 BGB dargetan. Es ist insbesondere unerheblich, daß zunächst die Firma P mit dem Einbau der Be- und Entlüftungsanlage für die Küche beauftragt worden war und daß der Auftrag später auf Wunsch der Brauerei einer anderen Firma erteilt wurde. Denn es ist mit den Rügen der Revision nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht festgestellt hat, der ursprüngliche Beklagte habe sich mit dieser Änderung einverstanden erklärt, und daraus folgert, er habe damit den Wunsch der Brauerei zu seiner eigenen Anweisung an den Architekten gemacht.

Die Annahme des Berufungsgerichts, es habe zu den Vertragspflichten des Vermieters gehört, die zum Ausgleich des baulichen Mangels der Küche im Keller erforderliche Entlüftungsanlage zu erstellen, ist somit aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

II. Das Berufungsgericht erachtet auch ohne Rechtsirrtum die Beklagte als verpflichtet, für den Mangel der fehlenden lichten Höhe der Küche deshalb einzustehen, weil dieser Mangel bei Fertigstellung der Küche und Übergabe der Gaststättenräume an die Kläger vorhanden gewesen ist. Ihm ist auch darin beizutreten, daß die Beklagte dafür einstehen muß, daß der Mangel durch die später eingebaute Entlüftungsanlage nicht behoben worden ist.

1. Für die rechtliche Beurteilung der Haftung für die Folgen dieser Mängel ist davon auszugehen, daß der Mieter nach dem Wortlaut des § 538 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung dann verlangen kann, wenn ein Fehler der vermieteten Sache, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert, bei dem Abschluß des Vertrages vorhanden war. Der Mieter kann in solchem Falle statt der

vollständigen oder teilweisen Freistellung von der Entrichtung des Mietzinses gemäß § 537 BGB den Schadensersatzanspruch aus § 538 BGB geltend machen. Das gilt auch, wenn ein Mangel der bezeichneten Art später infolge eines Umstandes entsteht, den der Vermieter zu vertreten hat, oder wenn der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug kommt. Die in § 538 bestimmte Haftung für Mängel, die beim Abschluß des Mietvertrages vorhanden sind, tritt auch ein, wenn den Vermieter kein Verschulden trifft. Die Vorschrift enthält somit eine Garantie des Vermieters für das Nichtvorhandensein eines Mangels bei Vertragsschluß. Die Haftung aus dieser Garantie tritt nicht ein, wenn der Vermieter bei dem Abschluß des Vertrages den Mangel der gelieferten Sache kennt (§ 539 Satz 1 BGB).

Die Vorschrift des § 538 BGB, also die Garantiehafung, gilt nach ihrem Sinn entsprechend auch für den Fall, daß die Mietsache erst nach Abschluß des Vertrages hergestellt werden soll. Die Garantie des Vermieters bezieht sich in einem solchen Falle auf den Zeitpunkt der Fertigstellung oder der Überlassung der Mietsache an den Mieter zum Gebrauch. Es kommt daher darauf an, ob in diesem Zeitpunkt ein Mangel der in § 537 BGB bezeichneten Art vorhanden war. In diesem Falle kann der Mieter in sinngemäßer Anwendung des § 538 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (BGHZ 9, 320; Pritsch in BGB RGRK 11. Aufl. § 538 Anm. 2 a).

Hat der Mieter in einem solchen Falle einen Mangel nach Abschluß des Vertrages erfahren, das Mietverhältnis aber gleichwohl fortgesetzt, so folgt daraus noch nicht ohne weiteres, daß er wegen des Mangels keine Ansprüche gegen den Vermieter erheben kann. Es kommt vielmehr darauf an, ob sein Verhalten dahin zu deuten ist, daß er wegen des Mangels keine Ansprüche an den Vermieter stellen, vielmehr sich mit dessen Leistung begnügen wolle.

2. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob die Beklagte aus gesetzlicher Garantie deshalb ohne Verschulden hafte, weil der Kellerraum im Zeitpunkt der Übergabe zum Gebrauch an die Kläger im April 1951 mit einem Fehler behaftet war.

Der Fehler ist darin zu sehen, daß der Keller nach seiner räumlichen Beschaffenheit nicht geeignet war, zu dem vertragsmäßigen Gebrauch des Raumes auch als sogenannte Warmküche zu dienen und benutzt zu werden.

Die Revision macht nun geltend, ein Schadensersatzanspruch der Kläger würde nach § 539 BGB dann entfallen, wenn sie das Mietobjekt in Kenntnis dieses Mangels angenommen hätten, es sei denn, sie hätten sich die Geltendmachung ihrer Rechte vorbehalten. Das Berufungsgericht habe mit seiner Auffassung, die Kläger hätten den Mangel im entscheidenden Zeitpunkt nicht gekannt, gegen § 286 ZPO verstoßen, weil es hierfür wesentliches Vorbringen übergangen habe. Es hätte andernfalls zu der Feststellung kommen müssen, daß die Kläger den Mangel bei Eröffnung des Lokals gekannt hätten, die zeitlich mit der Übernahme der Gaststättenräume zusammenfalle. Als übergangen rügt die Revision

- a) die mit Beweisangeboten vorgetragene Behauptung des Ehemanns der Beklagten im Schriftsatz vom 11. Februar 1953 Seite 7, der Kläger habe beim Einkauf des Herdes erklärt, man solle nichts von dessen Konstruktion sagen, da nur eine Imbißküche genehmigt worden sei, und ferner den Umstand, daß der Herd im März 1951, also vor Eröffnung des Lokals, gekauft worden sei,
- b) das Vorbringen der Kläger im Schriftsatz vom 25. April 1953 (S. 3 ff), ein Beamter habe am Tage vor der Eröffnung der Gaststätte in Anwesenheit

des Klägers erklärt, der Keller entspreche nicht den Vorschriften und werde deshalb nicht genehmigt werden.

Für die rechtliche Beurteilung dieser Rügen kann unterstellt werden, daß diese Vorgänge vor der Gebrauchsüberlassung der Mietsache an die Kläger liegen. Das Berufungsgericht brauchte aber hierauf nicht einzugehen. Denn mit diesen Behauptungen hätte der Ehemann der Beklagten nicht schlüssig dargetan, die Kläger seien damit einverstanden gewesen, daß die Küche im Keller lediglich eine solche Beschaffenheit aufzuweisen brauche, die später nur noch ihren Gebrauch als Imbißküche ermöglichte.

In einem Falle, in dem die Mietsache erst nach dem Abschluß des Vertrages hergestellt wird und deshalb die Garantiehafung des Vermieters aus der entsprechenden Anwendung des § 538 Abs. 1 BGB abzuleiten ist, können die Bestimmungen des § 539 BGB auch nur entsprechend angewendet werden. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall, in dem der Mieter bei dem Abschluß des Vertrages von dem in Rede stehenden Mangel keine Kenntnis hatte, kann zum Ausschluß der Garantiehafung nur dann führen, wenn die Kläger die Mietsache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos angenommen hätten oder wenn ihrem Verhalten zu entnehmen wäre, daß sie insoweit keine Rechte aus dem Mietvertrag herleiten wollten. Ein solcher Vorbehalt kann sich auch schon aus den Umständen ergeben.

3. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Kläger die Mietsache vorbehaltlos angenommen haben. Es ist auch kein Rechtsverstoß darin zu finden, daß das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht in der von der Revision

gewünschten Weise aufgeklärt und das oben zu a und b wiedergegebene Vorbringen der Kläger auch in diesem Zusammenhang nicht gewürdigt hat.

Die Kläger haben nicht vorgetragen, daß der Amtmann G. von der Baupolizeibehörde bei der Besichtigung am 14. April 1951 erklärt habe, die Küche im Keller werde niemals genehmigt werden, und daß der Kläger bei dieser Äußerung zugegen gewesen sei. Es kommt aber darauf nicht an, denn aus einem solchen Vorgang kann noch nicht gefolgert werden, der Kläger sei sich der Tragweite und des Umfanges des Mangels bewußt gewesen und habe die Küche in der bei der Übernahme der Gaststätte gegebenen Beschaffenheit als vertragsgemäße Leistung entgegengenommen. In diesem Zusammenhang muß nämlich berücksichtigt werden, daß der Kläger, wie er selbst vorgetragen hatte, bereits durch eine Verfügung der Baupolizeibehörde vom 4. April 1951 darauf hingewiesen worden war, daß gegen die Belassung der Wirtschafts- und Spülküche im Keller nach wie vor wegen der geringen Raumhöhe und der offensichtlich ungenügenden Be- und Entlüftung baupolizeilicherseits Bedenken bestünden, und sich dann darum bemüht hatte, wenigstens eine vorläufige Genehmigung zur Eröffnung des Lokals zu erwirken, die dann auch erteilt wurde. Die Kläger konnten deshalb bei der Eröffnung des Lokals davon ausgehen, daß dem Bauherrn bestimmte Auflagen erteilt waren, die zum Ziel hatten, die Genehmigungsfähigkeit der Küche herbeizuführen. Bei diesem Sachverhalt bedurfte es keines besonderen Vorbehalts auf Seiten der Kläger, um zu erkennen zu geben, daß sie die Küche in der von der Baupolizei beanstandeten Beschaffenheit nicht als vertragsgemäße Leistung ansehen.

Auf die in dem Schriftsatz vom 11. Februar 1953 vorgetragene Behauptung, der Kläger habe beim Einkauf des

Herdes erklärt, man solle nichts von dessen Konstruktion sagen, da nur eine Imbißküche genehmigt worden sei, kommt es ebenfalls nicht an. Die Beklagte hat auf dieses Vorbringen noch im Berufungsverfahren im Schriftsatz vom 5. Mai 1954 S. 4 hingewiesen. Die Kläger haben die Behauptung als unzutreffend bezeichnet (Schriftsatz vom 26. Mai 1954 S. 5). Mit der unter Beweis gestellten Behauptung hatte die Beklagte dartun wollen, daß der Kläger zu 1 mit der Anschaffung des Herdes die Absicht verfolgt habe, den Vermieter zu schädigen. Das Berufungsgericht hat indes festgestellt, daß der Herd den Voraussetzungen einer normalen Küche für ein gepflegtes Speiserestaurant entspreche und daß die Kläger mit der Anschaffung des Küchenherdes vertragsgemäß gehandelt hätten. Die Beklagte hat, wie das Berufungsurteil Seite 16 feststellt, im Termin vom 28. März 1958 den Einwand fallen gelassen, es sei ursprünglich eine Imbißküche geplant und mit dem Kläger vereinbart gewesen. Deshalb brauchte das Berufungsgericht auf das Beweisangebot über die Bemerkung des Klägers beim Einkauf des Herdes unter dem vorher von der Beklagten geltend gemachten Gesichtspunkt nicht einzugehen. Es kommt aber hierauf auch insoweit nicht an, als die Revision aus dem behaupteten Vorgang folgern will, die Kläger hätten den Mangel der Küche "im entscheidenden Zeitpunkt" gekannt. Denn aus der Bemerkung, es sei nur eine Imbißküche genehmigt worden, ist noch nicht zu folgern, die Kläger hätten dem Vermieter gegenüber sich damit begnügen wollen, daß der Küchenraum nur den Erfordernissen einer Imbißküche entsprach. Das Berufungsgericht stellt zudem ausdrücklich fest, der Mangel der Küche sei auch bei der Übernahme der Räume noch nicht endgültig festzustellen gewesen. Da eine vorläufige Genehmigung vorgelegen habe, hätten die Kläger trotz gewisser von der Baupolizei geäußelter Bedenken noch damit rechnen können, daß der verstorbene Beklagte die polizeiliche Verfügung erfüllen werde. Erst mit der durch Schreiben

vom 26. Februar 1952 verfügten Schließung der Küche zum 15. März 1952 sei der Mangel der baulichen Anlage für die Kläger einwandfrei erkennbar gewesen. Das Berufungsgericht hätte zu der Frage, ob die Kläger die Räume etwa vorbehaltlos angenommen haben, auch noch darauf hinweisen können, daß sie den Ehemann der Beklagten bereits mit Schreiben vom 27. April 1951, also 12 Tage nach Eröffnung der Gaststätte darauf hingewiesen haben, den Vermieter treffe die Verantwortung, wenn die gemietete Gaststätte nicht den baupolizeilichen oder gewerblichen Vorschriften entspreche. Die Beklagte kann daher unter diesen Umständen nicht mit dem Einwand durchdringen, die Kläger hätten die Mieträume zum 15. April 1951 in Kenntnis des hier in Rede stehenden Mangels übernommen und dadurch den Anspruch aus der Garantiehaftung des Vermieters verloren. Dem Berufungsgericht ist vielmehr auch darin zuzustimmen, wenn es annimmt, die Kläger hätten sich darauf verlassen dürfen, daß der Mangel noch behoben werden würde.

III. Mit weiteren Rügen verfißt die Revision den Standpunkt, Schadensersatzansprüche der Kläger würden auch dann entfallen, wenn sie den Mangel bei Übernahme des Mietgegenstandes infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hätten. In dieser Hinsicht sei der Beruf des Klägers wesentlich. Als Hotelkoch hätte ihm nicht entgehen können, daß in einem nicht einmal 2 1/2 m hohen, fensterlosen Keller sich die Küche eines Speiserestaurants nicht betreiben lasse. Auch in diesem Zusammenhang seien die vorstehenden unter Abschnitt II behandelten Rügen wesentlich, es sei daher auch in dieser Hinsicht § 286 ZPO verletzt.

Die entsprechende Anwendung des § 539 BGB auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt führt indes nicht zu den von

der Revision gewünschten Folgerungen. In einem Falle, in dem eine bereits erstellte Sache vermietet wird, kann nach § 539 Satz 2 BGB Schadensersatz wegen eines Mangels, der dem Mieter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, nur unter den Voraussetzungen gefordert werden, unter denen dem Käufer einer mangelhaften Sache Gewähr zu leisten ist, also nur dann, wenn der Vermieter die Abwesenheit des Fehlers ausdrücklich zugesichert oder wenn er ihn arglistig verschwiegen hat. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift kann hier jedoch nicht dazu führen, daß die Garantiehafung des Vermieters von den angeführten weiteren Voraussetzungen abhängig ist, wenn dem Mieter bei der Übernahme der Mietsache ihr Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Dazu führt schon folgende Erwägung: Wenn die Kläger die Mietsache nicht als vertragsmäßige Leistung angenommen haben und deshalb selbst die Kenntnis des Mangels bei der Übernahme nicht zum Ausschluß des Schadensersatzanspruchs führt, so kann auch eine selbst grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels oder seiner Tragweite noch nicht ausreichen, um die Garantiehafung des Vermieters in einem Falle auszuschließen, in dem die nach Vertragsschluß erstellte Mietsache von dem Mieter nicht vorbehaltlos angenommen worden ist. Es ist auch in diesem Zusammenhang von Bedeutung, daß die Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgericht darauf vertrauen durften, die Genehmigungsfähigkeit des Küchenraumes werde durch entsprechende Maßnahmen des Vermieters noch herbeigeführt werden können. Überdies ist dem Schreiben der Kläger vom 27. April 1951 auch zu entnehmen, daß sie sich Ansprüche auf Schadensersatz vorbehielten, falls die Mängel der Mietsache nicht beseitigt wurden. Das Schreiben spricht demnach auch gegen eine vorbehaltlose Annahme der Mietsache.

IV. Die Revision beruft sich ferner darauf, daß die Geschäftsgrundlage für den Mietvertrag entfallen sei. Beide Parteien seien, so führt die Revision aus, zunächst davon ausgegangen, daß die Einrichtung einer Wirtschaftsküche im Keller möglich sei. Diese Voraussetzung bilde daher die Geschäftsgrundlage für den Mietvertrag. Tatsächlich sei der Betrieb einer Küche (Warmküche) im Keller unmöglich, da der Kellerboden nicht gesenkt werden könne und die Behörde keine Genehmigung erteilen werde, wie sich später herausgestellt habe, also sei die Geschäftsgrundlage des Vertrages entfallen.

Die Revision übersieht indes, daß die Beklagte auf Grund der Garantiehafung auch dafür einzustehen hat, wenn der Betrieb einer Warmküche im Keller überhaupt nicht ermöglicht werden kann. Diese Haftung bildet den Inhalt der Vertragspflicht des Vermieters. Er kann sich deshalb auch nicht auf Unmöglichkeit der Leistung berufen. Zur Geschäftsgrundlage gehört aber nicht, was Inhalt einer Vertragspflicht ist. Deshalb kann sich die Beklagte von ihrer Haftung nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage lösen. Die Beklagte hat somit keinen Anspruch darauf, daß der Vertrag der jetzigen Sachlage angepaßt wird. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die Vertragsparteien bei Abschluß des Mietvertrages nach dem festgestellten Sachverhalt die Beschaffenheit der in dem Keller vorgesehenen Küche nicht übereinstimmend festgelegt hatten, insbesondere nicht hinsichtlich der lichten Höhe des zu erstellenden Küchenraums. Daher konnte der Zustand des von dem Vermieter dann erstellten Küchenraumes keinesfalls die Vertragsgrundlage des Vertrages bilden.

V. Der Schadensersatzanspruch der Kläger ist auch nicht verwirkt, wie die Revision meint.

Der verstorbene Ehemann der Beklagten konnte nicht der Auffassung sein, daß die Kläger keine Schadensersatzansprüche erheben würden, zumal solche in dem bereits erwähnten Schreiben vom 17. April 1951 von ihnen angekündigt waren. Die Tatsache, daß die Kläger zunächst einen Teil der Miete einbehalten haben, enthält weder einen Verzicht auf den Schadensersatzanspruch aus § 538 BGB, noch durfte der Vermieter deshalb darauf vertrauen, die Kläger würden keinen Schadensersatzanspruch geltend machen. Wenn sie auch in dem Schriftsatz vom 25. April 1953 S. 8 haben ausführen lassen, daß sie nach gesetzlicher Vorschrift die Miete minderten, so haben sie doch im übrigen keinen Zweifel daran gelassen, daß sie den Schadensersatzanspruch aus § 538 BGB geltend machen und damit diesen Anspruch ausdrücklich gewählt. Die Ansprüche der Kläger sind daher nur unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen.

VI. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte Anlaß gehabt, ein Mitverschulden der Kläger an der Entstehung des Schadens anzunehmen, greift ebenfalls nicht durch. Das Mitverschulden der Kläger soll nach Ansicht der Revision darin liegen, daß sie nach der eigenen Darstellung schon während des Wiederaufbaues die geringe Kellerhöhe erkannt hätten.

Die Revision übersieht bei dieser Rüge, daß die Beklagte (nicht die Kläger) in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 13. November 1959 S. 4 vorgetragen hat, der ursprüngliche Beklagte habe während des schwebenden Bauverfahrens sowohl persönlich wie auch durch seinen Architekten K. laufend Verbindung mit den Baubehörden gehabt. Während dieser Verhandlungen mit der Baubehörde habe es sich herausgestellt, daß die vorgesehene Tiefe von

3 m nicht eingehalten werden könne und daß die Kellergeschoßdecke nicht höher verlegt werden dürfe, um die dort bestehende einheitliche Bauweise nicht zu unterbrechen. Die Beklagte hat dagegen nicht vorgetragen, daß diese Umstände auch den Klägern schon bei Abschluß des Mietvertrages bekannt gewesen seien. Wenn sich erst später herausgestellt hat, daß der Kellerraum nur unter besonderen Vorkehrungen als Wirtschaftsküche benutzt werden durfte, so ist nicht ersichtlich, inwiefern die Kläger ein Mitverschulden an dem entstandenen Schaden treffen soll.

Im übrigen sei noch darauf hingewiesen, daß der ursprüngliche Beklagte in dem Schriftsatz vom 5. Mai 1954 S. 4 in Erwiderung auf die Berufungsbegründung ausführen ließ, die Kläger seien, als der Ausbau des Kellers noch im Gange gewesen sei, in voller Kenntnis der nach Bauabschluß zu erwartenden Räumlichkeiten von deren Eignung zum Betriebe einer Gaststätte überzeugt gewesen. Die Verantwortlichkeit, die Küche im Keller so zu gestalten, daß sie als Warmküche benutzbar war, lag indes nach den rechtlich einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts vertraglich beim Vermieter, also bei dem Rechtsvorgänger der Beklagten. Daß dem Kläger zu 1 wegen seiner beruflichen Erfahrungen als Hotelkoch beim Abschluß des Mietvertrages hinsichtlich der Wahl des Kellerraums als Küche ein Verschulden trifft, ist dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen.

VII. Zusammenfassend ergibt sich somit, daß die Revision der Beklagten unbegründet ist. Ihr Rechtsmittel ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr.Gelhaar Artl Dr.Spieler Dr.Dorschel Dr.Mezger