

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 459 Abs. 2, 463 Satz 1; GaststättenG § 4 Abs. 1
Ziff. 2 und 3

Das Fehlen objektgebundener Versagungsgründe als Voraussetzung für die Erteilung einer Gaststättenerlaubnis (§ 4 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 GaststättenG) ist eine zusicherungsfähige Sacheigenschaft im Sinne der §§ 459 Abs. 2, 463 Satz 1 BGB.

BGH, Urt. v. 6. März 1987 - V ZR 200/85 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 200/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
6. März 1987
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. Alfons R [REDACTED], S [REDACTED]straße 1, P [REDACTED],
2. Gabriele S [REDACTED], T [REDACTED] Straße 77, H [REDACTED]-P [REDACTED]
"B [REDACTED]", I [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Natalija M [REDACTED], R [REDACTED]straße 37, F [REDACTED]/[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WIII

- 2 -

9

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. März 1987 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Thumm und die Richter Dr. Eckstein, Linden, Dr. Vogt und Dr. Lambert-Lang

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 12. Juli 1985 insoweit aufgehoben, als es die Sache auch zur Entscheidung über den Feststellungsantrag an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverwiesen hat.

Das weitergehende Rechtsmittel wird zurückgewiesen.

Die Ziffer II des Urteils wird zur Klarstellung wie folgt gefaßt:

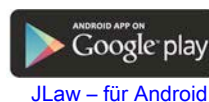
Der Zahlungsantrag der Klägerin ist dem Grunde nach berechtigt.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand

Die Klägerin und ihr Ehemann kauften mit notariellem Vertrag vom 9. Oktober 1980 vom Beklagten zu 1 und dem inzwischen verstorbenen, von der Beklagten zu 2 allein beerbten Alois S. [REDACTED] zum Preis von 300 000 DM das Anwesen 7a in P. [REDACTED], in dem damals der Pächter B. [REDACTED] ein Tanzlokal als "Diskothek" betrieb. In Ziffer IV. Abs. 6 des Kaufvertrages ist vereinbart:

"Die Verkäufer versichern, daß der Betrieb der Diskothek genehmigt ist und somit ein Diskothekenbetrieb ausgeführt werden kann."

Die Käufer bekamen bei dem Versuch, die Diskothek zu betreiben, alsbald Schwierigkeiten mit den Verwaltungsbehörden und fochten den Kaufvertrag an. Sie erwirkten ein rechtskräftiges Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 18. Februar 1983, welches die Zwangsvollstreckung aus der Kaufvertragsurkunde (wegen eines noch offenen Kaufpreisrestes) für unzulässig erklärte und die Beklagten zur Zahlung von 238 000 DM nebst Zinsen an die Klägerin (auf Grund eigenen und abgetretenen Rechts ihres Ehemannes) verurteilte (Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreisteiles sowie Ersatz des geltend gemachten Teilbetrages der Aufwendungen für die Diskothekeneinrichtung). Die Verurteilung ist wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft auf § 463 Satz 1 BGB gestützt.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin - wiederum auf Grund eigenen und abgetretenen Rechts ihres Ehemannes - ebenfalls unter Berufung auf § 463 Satz 1 BGB eine Vielzahl weiterer Schadensposten geltend (weitere Aufwendungen für das Diskothekeninventar, Abgeltung von Umbauten seitens des früheren Pächters Brunner, Vertrags- und Maklerkosten, öffentliche Abgaben u.a.m.). Sie hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 353 563,82 DM nebst Zinsen zu zahlen, sowie festzustellen, daß die Beklagten jeden weiteren Schaden zu ersetzen haben, der der Klägerin aus der Nichterfüllung des Kaufvertrages vom 9. Oktober 1980 künftig entstehe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht durch "Grund-Urteil" dieses Urteil aufgehoben, den weiteren Schadensersatzanspruch der Klägerin für berechtigt erklärt und die Sache insgesamt an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat an seiner bereits in dem Urteil vom 18. Februar 1983 vertretenen Auffassung festgehalten, daß die Beklagten nach § 463 Satz 1 BGB schadensersatz-

pflichtig seien und hat zur Begründung hierfür auf die Entscheidungsründe dieses früheren Urteils Bezug genommen.

Danach konnte die von den Käufern seinerzeit erklärte Anfechtung mangels nachweisbarer Arglist der Verkäufer den Kaufvertrag nicht vernichten, der Kaufsache habe jedoch eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt. Ziffer IV. Abs. 6 des Kaufvertrages vom 9. Oktober 1980 sei als eine Zusicherung der Verkäufer zu verstehen, "alle objektabhängigen Voraussetzungen für eine Betriebserlaubnis, die sie als im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ausdrücklich als erteilt zugesicherten, seien auch über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinaus vorhanden, so daß der Diskotheken-Betrieb (bei gegebener persönlicher Zuverlässigkeit der Kläger) weitergeführt werden könne". Diese zugesicherte Eigenschaft sei nicht vorhanden gewesen, da einmal der erforderliche Stellplatznachweis (für 10 qm Gastraumfläche ein Stellplatz) nicht problemlos zu führen gewesen sei und zum anderen die für den von dem Pächter B. durchgeführten Umbau notwendige Baugenehmigung gefehlt habe.

Der Stellplatznachweis wäre nur dann zu führen gewesen, wenn nicht nur die Nutzung zusätzlicher Stellplätze auf einem Nachbargrundstück möglich gewesen wäre, sondern auch gemeindeeigene Stellplätze hätten einbezogen werden dürfen. Der Pächter Brunner habe am 2. Juni 1980 nur deshalb eine vorläufige, bis 2. September 1980 befristete "Erlaubnis zum Fortbetrieb einer Diskothek" erhalten, weil das Landratsamt die Stellplatzfrage als geregelt angesehen habe im Hinblick auf eine Bestätigung des Bürgermeisters der Gemeinde P., daß auf dem Kaufgrundstück selbst sechs Parkplätze

vorhanden seien, weitere acht Plätze auf einem Nachbargrundstück und zehn öffentliche Parkplätze entlang der Kreisstraße; daß gleichwohl nur eine vorläufige Erlaubnis erteilt worden sei, habe andere, später erledigte, Gründe als die Stellplatzfrage gehabt.

Allein mit einer gleichlautenden "Nachbarschaftsvereinbarung" zugunsten der Käufer, wie sie nach Behauptung der Beklagten vorgelegen habe, sei also von den Käufern der Stellplatznachweis noch nicht zu führen gewesen. Die Nutzung der gemeindeeigenen Stellplätze aber sei rechtlich nicht gesichert und die kaufvertragliche Zusicherung daher unrichtig gewesen. Daran ändere nichts, daß die Verkäufer gutgläubig der Ansicht gewesen seien, es werde insoweit deshalb keine Schwierigkeiten geben, weil sie selbst einen Teil der für die hier interessierenden öffentlichen (erst im Sommer 1980 fertiggestellten) Parkplätze erforderlichen Fläche auf Drängen der Gemeinde an diese verkauft hätten und der Bürgermeister ihnen in Aussicht gestellt habe, der Gemeinderat werde einen positiven Beschluß über die Benutzung dieser Stellplätze für den Diskotheken-Betrieb und den Stellplatznachweis fassen. Die Unrichtigkeit der kaufvertraglichen Zusicherung habe sich jedenfalls nachträglich gezeigt, als von dem Ehemann der Klägerin wiederum ein Stellplatznachweis gefordert worden sei und der Bürgermeister den Käufern gegenüber immer wieder betont habe, daß eine Überlassung der gemeindeeigenen Parkplätze nicht in Betracht kommen könne. Daß der Gemeinderat rund zwei Jahre später dann beschlossen habe, die Parkplätze gegen Zahlung einer Abgabe zur Verfügung zu stellen, ändere ebenfalls nichts an der Unrichtigkeit der Zusicherung, es könne ohne Schwierigkeit ein hinreichender Stellplatznachweis (als objektbezogene Konzessionsvoraussetzung) erbracht werden.

Des weiteren sei die vertragliche Zusicherung auch deshalb unrichtig gewesen, weil ein von dem Pächter B [REDACTED] vorgenommener Innenausbau des Lokals insbesondere aus statischen Gründen wegen eines Zwischendeckeneinbaues einer Baugenehmigung bedurft hätte, die jedoch bei Kaufabschluß gefehlt habe. Ob sie erteilt werde, lasse sich noch nicht entscheiden; das Verfahren laufe noch. Auch insoweit handle es sich um eine rein objektbezogene Erlaubnisvoraussetzung. Solange die Baugenehmigung nicht vorliege, könne ein Betreiber der Diskothek nicht mit der Erteilung einer Betriebserlaubnis rechnen.

In dem angefochtenen Urteil selbst hat das Berufungsgericht noch ausgeführt, der Käufer könne bei Fehlen der zugesicherten Eigenschaften zur Zeit des Gefahrüberganges sofort von seinen Gewährleistungsrechten Gebrauch machen. Er sei nicht verpflichtet, der Sache diese Eigenschaften nachträglich zu verschaffen. Damit sei eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten nach § 463 Satz 1 BGB dem Grunde nach gegeben. Das Erstgericht werde nunmehr die Höhe des weiteren Schadens anhand der vorgetragenen einzelnen Schadenspositionen zu prüfen und außerdem über die Zulässigkeit des Feststellungsantrages zu befinden haben.

II.

Die Revision hat teilweise Erfolg. Das Rechtsmittel ist unbegründet, soweit es sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht - wie im Urteilsausspruch klarzustellen ist - den Zahlungsantrag dem Grunde nach für berechtigt erklärt hat (A). Zu Recht beanstandet dagegen die Revision, daß das

Berufungsgericht die Sache auch zur Entscheidung über den Feststellungsantrag an das Landgericht zurückverwiesen hat (B).

A. (Zahlungsantrag)

1. a) Die Revision rügt, die pauschale Verweisung in dem angefochtenen Urteil auf die Entscheidungsgründe des in dem Vorprozeß am 18. Februar 1983 ergangenen (rechtskräftigen) zweitinstanzlichen Urteils sei jedenfalls hier nicht zulässig, weil teilweise - und zwar schon im Rahmen der Entscheidung über den Anspruchsgrund - andere Fragen als in dem früheren Prozeß zu beurteilen seien. Insbesondere sei im vorliegenden Rechtsstreit von den Beklagten von Anfang an der Einwand mitwirkenden Verschuldens der Käufer hinsichtlich des geltend gemachten Schadens (§ 254 BGB) erhoben worden. Da weder das angefochtene Urteil noch die Entscheidungsgründe des Urteils vom 18. Februar 1983 zu diesem Haupteinwand der Beklagten irgendwelche Ausführungen enthielten, fehle insoweit jede Begründung (Rüge aus § 551 Nr. 7 ZPO).

Die Rüge ist unbegründet. Auch die Revision zieht nicht in Zweifel, daß eine Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des zwischen denselben Parteien ergangenen Berufungsurteils des Vorprozesses insoweit zulässig war, als das Berufungsgericht jetzt an seiner dort vertretenen Auffassung festhalten wollte, daß die Klausel in Ziffer IV. Abs. 6 des Kaufvertrags vom 9. Oktober 1980 eine Eigenschaftszusicherung im Sinn der §§ 459 Abs.2, 463 Satz 1 BGB darstelle (BGHZ 39, 333, 337; BGH Urt. v. 4. Juli 1978, VI ZR 104/77, VersR 1978

S. 961). Die Bezugnahme soll aber ersichtlich auch nur diesen Punkt betreffen, während die Frage des mitwirkenden Verschuldens - die in der Tat nicht Gegenstand des Urteils vom 18. Februar 1983 war - in dem angefochtenen Urteil unmittelbar beschieden wird. Wie die Revision - an anderer Stelle - dartut, haben die Beklagten den Einwand mitwirkenden Verschuldens der Käufer darauf gestützt, daß diese sich nicht hinreichend um die Lösung der Stellplatzfrage gekümmert hätten. Hiermit befaßt sich das Berufungsgericht auf Blatt 6 letzter Absatz des Berufungsurteils. Ob die zu einem Anspruch oder Verteidigungsmittel gegebene Begründung hinreichend und richtig ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle (BGHZ 39, 337, 338).

b) Damit ist zugleich die Unbegründetheit auch der weiteren Revisionsrüge dargetan, das Berufungsgericht hätte den Mitverschuldenseinwand nicht der Prüfung im Betragsverfahren überlassen dürfen, sondern hätte ihn im Rahmen der Prüfung des Anspruchsgrundes erledigen müssen. Wie ausgeführt, ist dies geschehen. Aus der dazu gegebenen Begründung folgt, daß nach Ansicht des Berufungsgerichts der Einwand mitwirkenden Verschuldens so, wie er von den Beklagten erhoben worden ist, generell, also unabhängig von der Art der einzelnen, von der Klägerin geltend gemachten Schadenspositionen, unbegründet ist. Es kann daher auf sich beruhen, ob und inwieweit hier die Prüfung eines mitwirkenden Verschuldens der Käufer ohnehin auch dem Betragsverfahren hätte überlassen werden dürfen (vgl. dazu BGHZ 76, 397, 399 f unter 2.).

2. Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht ist die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Beklagten wegen Feh-

lens einer zugesicherten Eigenschaft nach § 463 Satz 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sind, jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a) Die tatrichterliche Auslegung der in Ziffer IV. Abs. 6 des Kaufvertrages enthaltenen Klausel läßt einen Rechtsverstoß nicht erkennen und ist daher für die Revisionsinstanz bindend; sie wird auch von der Revision nicht angegriffen.

b) aa) Die Revision meint jedoch, das Vorliegen der Voraussetzungen für eine gaststättenrechtliche Erlaubnis könne nicht Gegenstand einer Eigenschaftszusicherung im Sinn der §§ 459 Abs. 2, 463 Abs. 1 BGB sein, und zwar auch nicht insoweit, als es dabei um "objektabhängige" Voraussetzungen gehe. Dem stehe das Wesen der gaststättenrechtlichen Erlaubnis (§ 2 GaststättenG) entgegen, die einen eindeutig personalen Charakter habe. Sie werde nur dem Betreiber des Gaststättengewerbes erteilt, wenn auch für bestimmte Räume, denen sie aber nicht - wie etwa eine Baugenehmigung - anhafte. Es sei auch nicht dargetan, daß nach den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften eine Gaststätten-erlaubnis nur dann erteilt werden könne, wenn eine gesetzlich bestimmte Zahl von Stellplätzen in einer ebenso bestimmten Art und Weise als Eigenschaften des Grundstücks nachgewiesen werde. Ob und inwieweit im Rahmen eines Wechsels des Gaststättenbetreibers an den Stellplatznachweis höhere oder geringere Anforderungen als bisher zu stellen seien, sei eine Frage der behördlichen Ermessensausübung. In Wahrheit handle es sich bei einer Zusicherung des vom Berufsgericht angenommenen Inhalts um die Angabe von Umstän-

den, die sich auf die Zukunft bezögen; solche Umstände aber könnten nicht Gegenstand einer Eigenschaftszusicherung sein, sondern nur eines Garantieverprechens.

bb) Dem kann in den entscheidenden Punkten nicht gefolgt werden:

Die Natur der in §§ 2 ff GaststättenG geregelten gaststättenrechtlichen Erlaubnis schließt die Annahme einer in diesem Zusammenhang in dem Kaufvertrag über das Gaststättengrundstück gegebenen Eigenschaftszusicherung im Sinn der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nicht schlechthin aus.

Zwar wird nach § 2 Abs. 1 GaststättenG die Erlaubnis einer bestimmten Person erteilt, gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 GaststättenG aber für bestimmte Räume (und für eine bestimmte Betriebsart). Dem entspricht es, daß in § 4 Abs. 1 GaststättenG, der die Versagungsgründe enthält, neben den unter Ziffer 1 aufgeführten, die Person des Antragstellers betreffenden Kriterien, unter Ziffern 2 und 3 auf Umstände abgestellt wird, die u.a. die Beschaffenheit der Betriebsräume sowie deren örtliche Lage zum Gegenstand haben. Es besteht ein allgemeiner, aus der Gewerbefreiheit folgender Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis, sofern nicht einer der in § 4 Abs. 1 GaststättenG erschöpfend aufgeführten Versagungsgründe vorliegt (Michel/Kienzle, GaststättenG 9. Aufl. § 4 Rdn. 63; zu der alten Fassung des GaststättenG vgl. auch BVerwG GewArch 1957/58, 231, 232). Zu diesen Versagungsgründen aber zählen, wie erwähnt, auch Umstände, die das Hausgrundstück betreffen, in dem das Gaststättengewerbe betrieben werden soll. Zusicherbare Eigenschaften im Sinn der

§§ 459 Abs. 2, 463 Satz 1 BGB wiederum sind nach ständiger Rechtsprechung - neben der physischen Beschaffenheit der Kaufsache - alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, welche die Beziehung der Sache zur Umwelt betreffen und wegen ihrer Art und Dauer die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache beeinflussen (statt vieler BGHZ 79, 183, 185 sowie Senatsurt. v. 28. November 1980, V ZR 105/79, NJW 1980, 1600, 1601, jeweils m.w.N.). Ebenso wie danach u.a. die erhöhte Abschreibungsmöglichkeit nach § 7b EStG sowie der Mietertrag als beim Kauf eines Hausgrundstücks (oder einer Eigentumswohnung) als zusicherungsfähige Eigenschaften angesehen worden sind (BGHZ 79, 183, 185), hat bei einem Grundstückskauf diese rechtliche Beurteilung auch Platz zu greifen für das Fehlen objektgebundener Versagungsgründe als Voraussetzung für die Erteilung einer Gaststättenerlaubnis. Entsprechend ist für den Bereich des Miet- und Pachtvertragsrechts anerkannt, daß ein Sachmangel vorliegt, wenn dem Eigentümer eines Grundstücks die Nutzung als Tanzlokal untersagt und dem Pächter die Betriebserlaubnis versagt wird aus Gründen, die auf dem Zustand oder der örtlichen Belegenheit des Pachtobjekts beruhen (BGHZ 68, 294, 297).

Allerdings geht die strittige Klausel in der ihr vom Tatrichter gegebenen Auslegung in zeitlicher Hinsicht über das hinaus, was Gegenstand einer Eigenschaftszusicherung sein kann. Nach der Auslegung des Berufungsgerichts ist zugesichert, es seien die objektabhängigen Voraussetzungen für eine Betriebserlaubnis "auch über den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hinaus vorhanden, so daß der Diskotheken-Betrieb ... weitergeführt werden könne". Sinngemäß würde

durch eine solche Zusicherung zumindest der Zeitraum zwischen Vertragsabschluß und Erteilung der Gaststättenerlaubnis für den neuen Betreiber erfaßt, während die Haftung auf Schadensersatz nach § 463 BGB, die an § 459 Abs. 2 BGB nichts ändern soll, (nur) darauf abstellt, ob die zugesicherte Eigenschaft bei Kaufabschluß und bei Gefahrübergang vorhanden ist oder fehlt (Palandt/Putzo, BGB 46. Aufl. § 463 Anm. 2 c; Soergel/Huber, BGB 11. Aufl. § 463 Rdn. 7); sie greift also jedenfalls dann nicht mehr ein, wenn bei Vertragsabschluß und Gefahrübergang die zugesicherte Eigenschaft vorhanden war und erst danach entfallen ist. Hätten die Verkäufer für das Vorliegen der objektbezogenen Voraussetzungen der Erlaubniserteilung auch über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs hinaus eintreten wollen, so würde es sich insoweit um eine selbständige Garantieerklärung handeln, die bisher tatrichterlich nicht festgestellt ist (vgl. auch Senatsurt. v. 20. Januar 1978, V ZR 183/75, WM 1978, 554, 555).

Im Ergebnis ist dies jedoch unschädlich. Denn eine Zusicherung, bestimmte Voraussetzungen seien "auch über den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hinaus vorhanden", schließt notwendigerweise die Zusicherung ein, diese Voraussetzungen seien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhanden; insoweit aber ist die Erklärung eine Eigenschaftszusicherung im Sinn der kaufrechtlichen Mängelhaftung.

c) Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht sei fehlerhaft davon ausgegangen, es komme darauf an, ob die Sache zur Zeit des Gefahrübergangs die zugesicherte Eigenschaft habe, während gemäß § 463 Satz 1 BGB

maßgeblicher Zeitpunkt der Kaufabschluß sei. Wie bereits ausgeführt, kommt es auf beide Zeitpunkte an. Es sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, daß das Berufungsgericht dies verkannt hätte. In dem Urteil vom 18. Februar 1983, auf welches das Berufungsgericht Bezug nimmt, wird vielmehr festgestellt, daß die von den Verkäufern in dem Vertrag vom 9. Oktober 1980 gegebene Zusicherung damals objektiv unrichtig gewesen sei und daß sich an den entsprechenden Verhältnissen jedenfalls bis 1982 nichts geändert habe.

d) Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die von den Verkäufern abgegebene Zusicherung habe nicht der Wahrheit entsprochen.

aa) Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, wurde dem Rechtsvorgänger der Beklagten zu 2 am 6. Oktober 1972 die Erlaubnis zum Betrieb einer Schankwirtschaft mit Tanz und Unterhaltung erteilt unter der Auflage u.a., mindestens 25 Stellplätze für Personenkraftwagen zu schaffen. Die seinerzeitige Ordnungsmäßigkeit dieser Auflage ist von den Beklagten nicht in Zweifel gezogen worden (sie machen lediglich geltend, von dem Ehemann der Klägerin hätte - 1980 - nur der Nachweis von 20 Stellplätzen verlangt werden dürfen), ein entsprechender Nachweis wurde von dem Rechtsvorgänger der Beklagten zu 2 in der Zeit seiner Betriebsführung jedoch nicht erbracht. Nachdem anlässlich des Erlaubnis-antrags des Pächters B. vom 2. April 1980 das Landratsamt diesen zur Nachholung des Stellplatznachweises aufgefordert hatte, sah es diesen dann als geführt an auf Grund der vom Bürgermeister der Marktgemeinde P. abgegebenen Bestätigung vom 12. Mai 1980, daß auf dem Betriebsgrundstück

sechs Parkplätze, auf dem Nachbargrundstück acht Parkplätze und auf einem Parkstreifen zehn öffentliche Parkplätze, insgesamt somit 24 Parkplätze, zur Verfügung stünden. Auf den Erlaubnisantrag des Ehemannes der Klägerin vom 11. November 1980 war dagegen der Bürgermeister nicht mehr bereit, eine derartige Bestätigung abzugeben oder jedenfalls öffentliche Parkplätze für den Diskotheken-Betrieb zur Verfügung zu stellen; die Beklagten behaupten auch nicht, daß ein rechtlich abgesicherter Anspruch hierauf bestanden habe. Bereits daraus folgt, da die Beklagten ebensowenig das Vorhandensein sonstiger (gegenüber der Bescheinigung vom 12. Mai 1980 zusätzlicher) Stellplätze behaupten, daß das Berufungsgericht zu Recht den Schluß gezogen hat, das Vorhandensein der erforderlichen Zahl von Stellplätzen sei nicht gesichert und die von den Beklagten abgegebene gegenteilige Zusicherung daher unrichtig gewesen. Damit kann auch auf sich beruhen, ob der Bürgermeister überhaupt von sich aus in rechtswirksamer Weise öffentliche Parkplätze zur Verfügung stellen konnte und auch erneut so hätte verfahren können.

bb) Im Hinblick auf die Unrichtigkeit der vertraglichen Zusicherung in bezug auf die erforderlichen Stellplätze braucht nicht mehr darauf eingegangen zu werden, ob die Zusicherung überdies (im Hinblick auf die Verweisung gemäß § 4 Abs. 3 GaststättenG, § 4 BayGastV v. 23. April 1971, GVBl S. 150, auf die Anforderungen der Bayerischen Bauordnung) deswegen unrichtig war, weil der Pächter Brunner für den von ihm vorgenommenen Umbau (Einzug einer Zwischendecke) die erforderliche Baugenehmigung weder erhalten noch beantragt hatte, oder ob es insoweit der - bisher nicht getroffenen -

Feststellung bedürfte, daß der Umbau dem materiellen Bauordnungsrecht nicht entsprach (vgl. dazu Michel/Kienzle, GaststättenG 9. Aufl. § 4 Rdn. 38 d S. 159).

e) Unbegründet ist schließlich auch der von den Beklagten auf § 254 BGB gestützte Einwand, der Eintritt des Schadens und dessen Umfang beruhten auf einem Mitverschulden der Käufer, da diese ohne Schwierigkeiten einen Stellplatznachweis erhalten hätten, wenn sie sich nur darum bemüht hätten.

Es ist zwar davon auszugehen, daß unter besonderen Umständen nach § 242 BGB ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers und eine Obliegenheit des Käufers, einen Nachbesserungsversuch des Verkäufers hinzunehmen, gegeben sind (Senatsurt. v. 17. September 1971, V ZR 143/68, BGH-Warn 1971 Nr. 202 S. 551, 553 m.w.N.). Der mit einer mangelhaften Sache belieferte Käufer, der die Sache nicht behalten will, ist jedoch nicht verpflichtet, selbst der Sache die vom Verkäufer zugesicherten, aber fehlenden Eigenschaften zu verschaffen. Mit der Zusicherung bekundet der Verkäufer einen garantieähnlichen Einstandswillen dafür, daß die zugesicherten Eigenschaften vorhanden sind. Dem würde es widersprechen, wenn er später den Käufer darauf verweisen könnte, sich vor Erhebung von Gewährleistungsansprüchen zunächst selbst um die Behebung des Mangels zu bemühen.

Einwände gegen einzelne Schadenspositionen, die bisher von den Beklagten nicht geltend gemacht worden sind, sind damit nicht beschieden.

B. (Feststellungsantrag)

Die Revision rügt zu Recht, daß insoweit eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das erstinstanzliche Gericht nicht zulässig war; sie findet weder in § 538 Abs. 1 Nr. 3 noch in § 539 ZPO eine Stütze. Nach der Regelvorschrift des § 537 ZPO mußte das Berufungsgericht hierüber selbst entscheiden (BGH Urt. v. 21. November 1961, VI ZR 87/61, VersR 1961, 252, 253 unter 4.).

§ 539 ZPO ist nicht einschlägig, da das erstinstanzliche Verfahren an keinem Mangel leidet. Das Landgericht durfte ein klagabweisendes Sachurteil erlassen, ohne zuvor über das Feststellungsinteresse zu befinden (BGHZ 12, 308, 316; BGH Urt. v. 14. März 1978, VI ZR 68/76, NJW 1978, 2031, 2032 unter II. 2. b). Für eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO fehlt es bei einem Feststellungsantrag grundsätzlich an der Voraussetzung eines auch dem Betrag nach streitigen Anspruchs; im übrigen stünde einer Zurückverweisung auf der Grundlage entsprechender Anwendung dieser Vorschrift auch entgegen, daß der Anspruchsgrund, zu dem auch das Feststellungsinteresse gehört, ohnehin vom Berufungsgericht voll zu erledigen wäre. Die für die gegenteilige Ansicht vorgetragenen prozeßökonomischen Gesichtspunkte (OLG Düsseldorf MDR 1985, 61 sowie Schneider, MDR 1974, 624, 626 unter 6.) müssen demgegenüber zurücktreten.

C.

Das angegriffene Urteil ist somit unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels hinsichtlich der Entscheidung über den Feststellungsantrag aufzuheben; insoweit ist die Sache zur Prüfung des Feststellungsinteresses zur anderen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vizepräsident des Bundes-
gerichtshofes Dr. Thumm
ist erkrankt und kann des-
wegen nicht unterschreiben

Dr. Eckstein

Dr. Eckstein

Linden

Vogt

Lambert-Lang