

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 103/95

Verkündet am:
16. April 1997
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hartwig K[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED], E[REDACTED],

Kläger, Widerbeklagter und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Wolfgang B[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED], M[REDACTED],

Beklagter, Widerkläger und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. April 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Dr. Hahne und Weber-Monecke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 24. März 1995 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betrieb in gemieteten und von ihm entsprechend hergerichteten Räumlichkeiten eine Gaststätte als "Café/Bistro/Pub". Mit als "Mietvertrag über gewerbliche Räume" bezeichnetem Vertrag vom 10. Juni 1993 überließ er sie samt Einrichtung ab 1. Juli 1993 an den Beklagten zu einem monatlichen Entgelt von 3.830 DM zuzüglich MWSt und 250 DM Nebenkostenvorauszahlung (insgesamt 4.654,50 DM). Zugleich verkaufte er dem Beklagten das "Groß- und Kleininventar" (Geschirr, Küchengeräte und ähnliches) zu einem Preis von insgesamt 63.250 DM. Das Vertragsverhältnis sollte am 1. Oktober 2000 enden. Als bald nach Übernahme der

Gaststätte verlangte der Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 12. August 1993 die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz mit der Behauptung, der Kläger habe ihm bei den Vertragsverhandlungen falsche Angaben über die Umsätze gemacht. Mit Schreiben vom 30. August 1993 kündigte er den Vertrag wegen arglistiger Täuschung fristlos zum 31. August 1993 und bot dem Kläger die Rückgabe der Gaststätte zum 1. September an.

Der Kläger klagte in erster Instanz rückständige Pacht von insgesamt 27.927 DM für die Monate September 1993 bis Februar 1994 ein und begehrte die Feststellung, daß der Vertrag zwischen den Parteien weiterbestehe. Der Beklagte beantragte widerklagend Schadensersatz in Höhe von 9.673,83 DM sowie Zahlung von 64.800 DM Zug um Zug gegen Rückübereignung des Inventars.

Das Landgericht wies die Klage ab und gab der Widerklage in Höhe von 63.916 DM statt.

Nachdem der Kläger im Laufe des Verfahrens die Gaststätte ab 15. Februar 1994 zu einem Pachtzins von 3.500 DM zuzüglich MWSt und Nebenkostenvorauszahlung von 250 DM (insgesamt 4.312,50 DM) anderweitig verpachten konnte, machte er mit der Berufung nur noch den Zahlungsanspruch von 27.927 DM geltend. Dabei beschränkte er den Anspruch auf die Zeit bis zum 15. Februar 1994 und machte in Höhe des Restbetrages Schadensersatz wegen entgangener Pacht geltend.



Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.
Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Zwischen den Parteien bestand ein Pachtverhältnis i.S. des § 581 BGB, da das Vertragsobjekt als Café bereits eingerichtet war und dem Beklagten für den vorgesehenen Betrieb zur unmittelbaren Erzielung gewerblicher Einkünfte überlassen wurde (vgl. Senatsurteil vom 27. März 1991 - XII ZR 136/90 - BGHR BGB § 581 Gaststättenpacht 1).

Das Oberlandesgericht hat angenommen, daß das Pachtverhältnis aufgrund wirksamer fristloser Kündigung des Beklagten zum Ende des Monats August 1993 beendet worden sei, so daß dem Kläger keine Ansprüche hieraus mehr zuständen. Zwar habe der Kläger dem Beklagten mit der Angabe der Umsatzzahlen des Betriebes keine Eigenschaft i.S.d. § 537 BGB zugesichert. Jedoch lägen, selbst wenn man nur vom Sachvortrag des Klägers ausgehe, die Voraussetzungen eines Verschuldens bei Vertragsschluß vor, da der Kläger durch seine Angaben und durch Unterlassen klarstellender Hinweise im Beklagten falsche Vorstellungen über die bisher in der Gaststätte erwirtschafteten Umsätze hervorgerufen habe. Der Kläger habe nämlich seinem eigenen Vortrag in erster Instanz zufolge dem Beklagten erklärt, monatliche Umsätze von 25.000 DM bis 30.000 DM seien "machbar", er habe sie auch schon erzielt. Das sei als Geständnis i.S.d. § 288 ZPO zu werten, so daß

er in der Berufung mit dem Einwand, er habe zu keinem Zeitpunkt erklärt, selbst Umsätze in dieser Größenordnung erzielt zu haben, nicht mehr gehört werden könne. Der Beklagte habe seine Äußerungen dahin verstehen dürfen, daß der Kläger diese Umsätze in jüngerer Zeit, wenn auch nicht regelmäßig, so doch zumindest häufig erzielt habe. Tatsächlich habe der Kläger aber in den letzten beiden Jahren vor Vertragsschluß, die für den Beklagten von besonderem Interesse gewesen seien, nur deutlich niedrigere Umsätze gehabt, nämlich 1992 monatlich durchschnittlich 15.897 DM und im ersten Halbjahr 1993 monatlich 21.572 DM. Soweit der Kläger nunmehr höhere Beträge unter Einschluß der Umsatzsteuer behaupte, könne dem nicht gefolgt werden, da diese Steuer nicht zu den Umsätzen zähle. Der in seinen Erwartungen getäuschte Beklagte habe in den Monaten Juli und August 1993 nur insgesamt rund 15.757 DM Umsatz erwirtschaften können, so daß er zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen sei. Der Kläger habe daher keinen Anspruch auf die verlangten Pachtzinsen. Er müsse vielmehr den Beklagten auf dessen Widerklage hin im Wege des Schadensersatzes so stellen, als ob der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Er sei verpflichtet, den Kaufpreis für das Inventar von 63.250 DM Zug um Zug gegen dessen Rückübereignung zurückzuzahlen und dem Beklagten die Bearbeitungsgebühren für das aufgenommene Bankdarlehen zu erstatten.

2. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

a) Zwar ist der Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts zutreffend, daß unrichtige oder unvollständige Angaben über Umsätze oder Erträge eines Unternehmens in der Regel weder

einen Sachmangel noch eine zugesicherte Eigenschaft i.S.d. § 537 Abs. 2 / § 581 BGB darstellen, es sei denn, der Vermieter/Verpächter hätte eine ausdrückliche Garantie übernommen. Richtig ist auch, daß statt dessen eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß in Betracht kommen und dieses Verschulden Grund für eine fristlose Kündigung sein kann (vgl. BGH Urteile vom 18. März 1977 - I ZR 132/75 - NJW 1977, 1538 f.; vom 11. November 1987 - VIII ZR 304/86 - NJW-RR 1988, 744 f. und vom 5. Oktober 1988 - VIII ZR 222/87 - NJW-RR 1989, 306 f.; Palandt/Putzo BGB 56. Aufl. § 554 a Rdn. 6).

Die Voraussetzungen für ein solches Verschulden des Klägers sind jedoch entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts nach dem von ihm seiner Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt, insbesondere dem Vorbringen des Klägers, nicht erfüllt. Zu Recht rügt die Revision, daß das Oberlandesgericht den Vortrag des Klägers nicht umfassend gewürdigt habe. Dabei ist schon zweifelhaft, ob dem Vorbringen des Klägers überhaupt eine Geständniswirkung i.S.d. § 288 ZPO, wie das Oberlandesgericht meint, beizumessen ist. Gegenstand eines gerichtlichen Geständnisses können nämlich nur Behauptungen der Gegenseite sein. Allerdings kann eine für die eigene Partei ungünstige Prozeßbehauptung auch dadurch zum Geständnis werden, daß sie von der Gegenseite aufgegriffen und zum Bestandteil ihres Vortrags gemacht wird. Die Geständniswirkungen treten in einem solchen Fall aber erst dann ein, wenn der Gegner die Behauptung zu seiner eigenen macht und wenn die Parteien darüber vorbehaltlos mündlich verhandeln (BGH Urteile vom 23. November 1977 - IV ZR 131/76 - FamRZ 1978, 332, 333; und vom

29. September 1989 - V ZR 326/87 - NJW 1990, 392, 393
m.N.) .

Der Beklagte hat sowohl in erster als auch in zweiter Instanz behauptet und unter Beweis gestellt, daß der Kläger ihm einen monatlichen "Festumsatz" zwischen 27.000 DM und 30.000 DM zugesagt und versichert habe, er selbst habe in den zurückliegenden Jahren diesen Umsatz auch erzielt (Schriftsätze vom 28. Oktober 1993, S. 3; vom 23. Februar 1994, S. 3 und Berufungserwiderung vom 28. Februar 1995, S. 2). Die Revision rügt zu Recht, daß das Vorbringen des Klägers damit nicht übereinstimmt. Nach seiner - ebenfalls unter Beweis gestellten - Darstellung hat er dem Beklagten nur erklärt, Umsätze in der Größenordnung zwischen 20.000 DM bzw. 25.000 DM und 30.000 DM seien "machbar", er selbst habe solche Umsätze teilweise auch schon erzielt (erstinstanzliche Schriftsätze vom 19. November 1993, S. 1; 31. März 1994, S. 3; und vom 14. April 1994, S. 3). Auch in dem der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 4. August 1994 vorausgehenden Schriftsatz vom 24. Juni 1994 (S. 1) hat er darauf hingewiesen, dem Beklagten keinesfalls erklärt zu haben, Umsätze von 25.000 DM bis 28.000 DM seien jeden Monat zu erzielen; vielmehr habe er gesagt, es handle sich hierbei um höhere Umsätze, die - bei entsprechenden Anstrengungen - "machbar" seien.

Nachdem das Landgericht ein Verschulden des Klägers bei Vertragsschluß damit begründet hat, der Beklagte habe die Angaben dahin verstehen dürfen, "daß der Kläger, wenn auch nicht immer, so doch regelmäßig, Umsätze in dieser Größenordnung erreichte", hat der Kläger in seiner Berufungsbe-

gründung nochmals klargestellt, zu keinem Zeitpunkt erklärt zu haben, solche Umsätze selbst regelmäßig "gemacht" zu haben, sondern nur, daß sie "machbar" seien und er sie - bei entsprechendem Einsatz - teilweise auch erzielt habe. Damit fehlt es an einer Geständniswirkung, weil der Beklagte sich die Darstellung des Klägers nicht zu eigen gemacht hat. Der Beklagte hat vielmehr noch in der Berufungsinstanz an seiner Behauptung festgehalten, der Kläger habe ihm seine bisherigen Umsätze von 27.000 DM bis 30.000 DM auch für die Zukunft garantiert.

b) Der Vortrag des Klägers entspricht auch den von ihm vorgelegten Zahlen. Die Revision rügt zu Recht, daß das Oberlandesgericht seiner Würdigung zu niedrige Umsatzzahlen zugrunde gelegt und maßgeblichen Parteivortrag außer acht gelassen hat.

Für das erste Halbjahr 1991 hat der Kläger im einzelnen Bruttoumsätze von (jeweils gerundet) 30.479 DM (Januar), 29.375 DM (Februar), 34.506 DM (März), 26.844 DM (April), 26.322 DM (Mai) und 18.364 DM (Juni) mitgeteilt, durchschnittlich also rund 27.650 DM, und dazu ausgeführt, daß die Sommermonate erfahrungsgemäß umsatzschwächer seien. Das Oberlandesgericht hat Zahlen für 1991 nicht einbezogen. Es hat die letzten beiden Jahre vor dem Abschluß des Pachtvertrages vom 10. Juni 1993 für maßgeblich gehalten, dann aber selbst lediglich Zahlen für 1992 mit jährlich rund 190.762 DM (durchschnittlich monatlich 15.897 DM) und für das erste Halbjahr 1993 mit 129.433 DM (durchschnittlich monatlich 21.572 DM) zugrunde gelegt, die es einer zunächst eingereichten Kostenanalyse des Steuerberaters des Klägers

entnommen hat. Diese Zahlen enthielten, wie sich aus dem in zweiter Instanz vorgelegten Erläuterungsschreiben des Steuerberaters vom 17. März 1995 ergibt, nicht die Umsatzsteuer, die aus bilanztechnischen Gründen nicht dargestellt war. Die Bruttoumsätze inklusive Umsatzsteuer betrugen demgegenüber 1992 rund 217.469 DM (durchschnittlich monatlich 18.122 DM) und für das erste Halbjahr 1993 rund 148.848 DM (durchschnittlich monatlich 24.808 DM). Die vom Kläger von Januar bis Mai 1993 vor der Weiterverpachtung erzielten einzelnen Bruttomonatsergebnisse betrugen zwischen 27.679 DM und 24.370 DM.

Das Oberlandesgericht hat die Ansicht vertreten, daß nur die Nettozahlen maßgeblich seien. Das bekämpft die Revision zu Recht. Die aus einem gegenseitigen Vertrag zu entrichtende Vergütung (Kaufpreis, Werklohn u.a.) umfaßt regelmäßig die darauf zu entrichtende Umsatzsteuer, falls nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt ist oder sich in einzelnen Branchen ein abweichender Brauch entwickelt hat (vgl. BGHZ 60, 199, 203; 115, 47, 50). Im Gaststättengewerbe zahlt der Gast als Endverbraucher seinen Verzehr üblicherweise inklusive Umsatzsteuer, so daß die Umsätze einer Gaststätte branchenüblich einschließlich der Umsatzsteuer verstanden werden. Daher ist davon auszugehen, daß Erklärungen des Verpächters einer Gaststätte über die erzielbaren Umsätze die Bruttobeträge, also die Einnahmen inklusive der Umsatzsteuer wiedergeben. Der Kläger hat für einzelne Monate seine täglichen Kassenabrechnungen vorgelegt, in denen er ebenfalls die eingenommenen Bruttobeträge aufgelistet hat. Er wird sich daher bei seiner Erklärung gegenüber dem Beklagten, Umsätze zwischen 20.000 DM und 30.000 DM

seien machbar, auf Bruttobeträge bezogen haben. Daß und aufgrund welcher Umstände der Beklagte dies anders, nämlich im Sinne von Nettobeträgen verstanden haben könnte, hat das Oberlandesgericht nicht festgestellt. Auch der Vortrag des Beklagten gibt hierfür keinen Anhaltspunkt. Im Gegenteil enthält die von ihm vorgelegte Bescheinigung über die Monate Juli und August 1993, in denen er das Lokal betrieb, ebenfalls Bruttoumsätze.

Der Kläger hat danach jedenfalls im Jahr 1991 und im ersten Halbjahr 1993 vor der Verpachtung Umsätze erzielt, die innerhalb der von ihm genannten Spanne lagen. Im Jahr 1992 lagen allerdings seine durchschnittlichen Umsätze mit rund 18.122 DM unter diesem Wert. Abgesehen davon, daß dies nur eine geringfügige Abweichung ist, hat das Oberlandesgericht aber den Vortrag des Klägers nicht berücksichtigt, daß er sich in diesem Jahr wegen des Ausbaues seines neuen Lokals nicht so intensiv wie bisher um das Café habe kümmern können und darauf der Umsatzrückgang zurückzuführen gewesen sei (vgl. Schriftsatz vom 24. Juni 1994, S. 2). Das Oberlandesgericht hat in diesem Zusammenhang auch den eigenen Vortrag des Beklagten nicht in seine Überlegungen einbezogen, daß dieser das Lokal nach Übernahme des Betriebs am 1. Juli bereits ab der 4. Juli-Woche erst ab 17.00 Uhr und ab der 2. August-Woche erst ab 19.00 Uhr geöffnet hat. Damit waren die beiden Hauptbetriebsarten, nämlich als Café und Bistro, zu den Kernzeiten weitgehend stillgelegt. Daß der Beklagte unter diesen Voraussetzungen im Juli nur 9.767 DM und im August bis zur Schließung nur 5.990 DM Umsatz erwirtschaftet hat, kann daher auf diese Maßnahmen zurückzuführen sein.

c) Bei dieser Sachlage durfte das Oberlandesgericht daher nicht ohne Beweisaufnahme über die bestrittene Behauptung des Beklagten, der Kläger habe ihm im Zuge der Vertragsverhandlungen erklärt, in den zurückliegenden Jahren einen monatlichen Festumsatz von 27.000 DM - 30.000 DM erzielt zu haben und er habe ihm denselben Umsatz auch für die Zukunft garantiert, von einem Verschulden des Klägers bei Vertragsschluß ausgehen. Denn das Vorbringen des Klägers, das das Oberlandesgericht seiner Entscheidung zugrundegelegt hat, rechtfertigt - bei richtiger Würdigung - kein solches Verschulden. Da die Entscheidung sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig erweist, sondern es maßgeblich auf die Richtigkeit der Behauptung des Beklagten ankommt, ist die Sache zur weiteren Aufklärung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

3. Für die weitere Sachbehandlung weist der Senat auf folgendes hin:

a) Kann ein Verschulden des Klägers nicht festgestellt werden, so steht ihm - neben dem Pachtzinsanspruch bis zum 15. Februar 1994 - außerdem ein Schadensersatzanspruch in Höhe der Differenz (monatlich 330 DM) für die Folgezeit zu, da er das Lokal nur zu einem geringeren Pachtzins weiterverpachten konnte. Die Parteien haben sich am 21. November 1993 während des Prozesses darauf geeinigt, daß der Beklagte das Café samt Inventar zurückgeben und der Kläger zwecks Schadensminderung eine Weiterverpachtung versuchen solle (Schreiben des Klägervertreters vom 26. November 1993). Es ist weder festgestellt noch vorgetragen, daß die Parteien sich anläßlich dieser Abrede auch darüber geeinigt hätten,

daß ab einer Weiterverpachtung zwischen ihnen keine Ansprüche mehr geltend gemacht werden sollten. Aus dem Schreiben des Klägervertreters vom 26. November 1993 ergibt sich vielmehr, daß der Kläger sich seine Schadensersatzrechte für den Fall, daß er nur einen geringeren Pachtzins werde erzielen können, vorbehalten hat.

b) Die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche des Beklagten auf Schadensersatz wegen nutzloser Aufwendungen (Darlehensgebühren, Zinsen u.a.) und auf Rückabwicklung des Kaufvertrags über das Inventar hängen ebenfalls von der Erweislichkeit der Behauptung des Beklagten ab. Sie scheiden im Falle mangelnden Verschuldens des Klägers bei Vertragsschluß aus (siehe oben). Die Zurückverweisung wird dem Beklagten auch Gelegenheit geben, die übrigen in der Revisionserwiderung vorgetragenen Gesichtspunkte, auf die er seine Ansprüche stützt, vorzubringen.

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Hahne

Weber-Monecke