

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 139, 157 Ge, 315, 316; WährG § 3

Haben die Parteien eines Mietvertrages eine genehmigungsbedürftige, aber nicht genehmigte und nicht genehmigungsfähige Wertsicherungsklausel vereinbart, wonach der Mietzins bei einer Änderung der Bezugsgröße sich um den gleichen Prozentsatz ändern soll, so ist, falls die Wertsicherungsklausel aufgrund ergänzender Vertragsauslegung als genehmigungsfreier Leistungsvorbehalt auszulegen ist, die Änderung der Bezugsgröße zwar Richtlinie, aber nicht allein maßgebend für die Mietanpassung. Diese muß vielmehr unter den gegebenen Umständen auch der Billigkeit entsprechen. Hierfür trifft denjenigen, der die Mietzinsänderung verlangt, die Beweislast.

BGB §§ 538 Abs. 2, 539

Auch das Recht des Mieters, Ersatz seiner Aufwendungen nach § 538 Abs. 2 BGB zu verlangen, kann durch § 539 BGB ausgeschlossen sein.

BGH, Urt. v. 21. Januar 1976 - VIII ZR 113/74 OLG Düsseldorf
LG Mönchengladbach

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 113/74

URTEIL

Verkündet am
21. Januar 1976
Scheibl,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Wilhelm V [REDACTED] in E [REDACTED], J [REDACTED]straße,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann i.R. Gottfried P [REDACTED] in E [REDACTED]-K [REDACTED],
St [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 1976 durch
die Richter Braxmaier, Dr. Hiddemann, Hoffmann, Wolf und
Merz

für Recht erkannt:

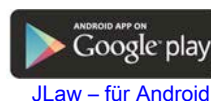
Auf die Revisionen des Beklagten werden
das Teilurteil des 10. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Düsseldorf vom
14. März 1974 und das Schlußurteil
desselben Senats vom 11. Juli 1974,
soweit dieses über die Kosten des
Rechtsstreits entschieden hat, aufge-
hoben.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechts-
streit zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revisions-
instanz, an das Berufungsgericht zurückverwie-
sen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Der Beklagte mietete vom Kläger mit Vertrag vom 5. November 1967 ein Lagergebäude mit Büroräumen für eine Polstermöbelfabrikation ab 1. Dezember 1967. Das Mietverhältnis sollte am 31. Dezember 1972 enden, sich jedoch jeweils um 1 Jahr verlängern, falls es nicht spätestens 6 Monate vor Ablauf der Mietzeit gekündigt werden würde. Die vereinbarte Miete betrug ab Aufnahme der Produktion 1 200 DM monatlich. In dem Vertrag heißt es u.a.:

- § 3 ... Sollten sich die Grundbezüge der Landesbeamten in Nordrhein-Westfalen um mehr als 5 % nach oben oder unten ändern, so wird der Mietzins in gleichem Verhältnis nach unten oder oben angepaßt.
- § 6 ... Ausbesserungen am Gebäude fallen dem Vermieter zur Last, soweit sie erforderlich sind, um dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mieträume zu ermöglichen....
- § 7 ... Die Kosten für die Instandhaltung der Heizung ... trägt der Mieter.
- § 11 Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform.
- Soweit sich aus dem Inhalt dieses Vertrages nichts Gegenteiliges ergibt, gelten die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts.
- § 13 Sollte eine der getroffenen Vereinbarungen aus gesetzlichen Gründen ungültig sein, so wird der Vertrag im übrigen hierdurch nicht berührt, sondern sinngemäß ergänzt.

Aufgrund der Wertsicherungsklausel in § 3 des Vertrages, für die eine Genehmigung der Landeszentralbank nicht beantragt wurde, zahlte der Beklagte auf Verlangen des Klägers ab 1. Januar 1969 einen erhöhten Mietzins von 1 304 DM und ab 1. Januar 1970 einen nochmals erhöhten Mietzins von 1 408 DM. Eine weitere Mieterhöhung um 98 DM auf 1 506 DM monatlich begehrte der Kläger ab 1. Januar 1971. Der Beklagte erklärte dazu mit Schreiben vom 1. Juni 1971, er könne eine weitere Mieterhöhung erst dann akzeptieren, wenn der Kläger ihm die Kosten für von ihm vorgenommene Heizungsreparaturen erstatte sowie die Feuchtigkeit an den Außenmauern und die Schäden am Dach beseitigen lasse, und bezahlte daher weiterhin 1 408 DM. Ab 1. April 1972 zahlte er überhaupt keine Miete mehr, sondern stellte Gegenforderungen zur Aufrechnung. Den Vertrag vom 5. November 1967 kündigte der Beklagte fristgerecht zum 31. Dezember 1972. Mit Anwaltsschreiben vom 17. August 1972 erklärte er sich erneut bereit, die Mietzinserhöhungen "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" hinzunehmen, falls man sich über seine Gegenforderungen einigte, was nicht geschah.

Mit der Klage hat der Kläger für die Zeit vom 1. Januar 1971 bis 31. März 1972 die Mietzinserhöhung von monatlich 98 DM sowie für die Zeit vom 1. April 1972 bis 31. Dezember 1972 die erhöhte Miete von monatlich 1 506 DM und eine anlässlich der Vermietung zweier weiterer Räume vereinbarte zusätzliche Miete von monatlich 150 DM, insgesamt 16 374 DM nebst Zinsen beansprucht. Das Landgericht gab der Klage in Höhe von 15 474 DM nebst Zinsen statt und wies sie im übrigen

ab. Das Oberlandesgericht wies die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten durch Teilurteil zurück und ließ die Revision zu. Auf die Anschlußberufung des Klägers verurteilte es den Beklagten mit Schlußurteil unter Klagabweisung im übrigen zur Zahlung weiterer 450 DM nebst Zinsen. Zugleich entschied es über die gesamten Kosten des Rechtsstreits, die es überwiegend dem Beklagten auferlegte.

Der Beklagte hat gegen beide Urteile Revision eingelegt. Soweit er sich gegen das Teilurteil wendet, erstrebt er weiterhin die Abweisung der Klage. Das Schlußurteil greift er nur im Kostenpunkt an. Der Kläger beantragt, die Revisionen zurückzuweisen. Der Senat hat beide Verfahren gemäß § 147 ZPO zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Entscheidungsgründe

Die Revisionen haben Erfolg.

I. Der Streit der Parteien geht hinsichtlich der Berechtigung der Klagforderung lediglich darum, ob der Kläger aufgrund der im Mietvertrag enthaltenen Wertsicherungsklausel die Mieterhöhungsbeträge verlangen kann. Das Berufungsgericht hat die drei Mieterhöhungen des Klägers für wirksam gehalten und ihm deshalb auch die hierauf gestützten Teilbeträge zugebilligt. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind zum Teil begründet.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die unter § 3 des Mietvertrages vereinbarte Wertsicherungsklausel unwirksam ist, weil es sich hierbei um eine nach § 3 WährG genehmigungsbedürftige Gleitklausel handelt, für die die Genehmigung der zuständigen Landeszentralbank nicht eingeholt wurde. Es hält jedoch den Beklagten für verpflichtet, den Kläger so zu stellen, als ob ein genehmigungsfreier Leistungsvorbehalt von Anfang an vereinbart worden wäre, und die alsdann berechtigten Mietzinserhöhungen nachzuzahlen. Damit befindet das Berufungsgericht sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats, von der abzuweichen der vorliegende Fall keine Veranlassung gibt.

a) Die von den Parteien vereinbarte Wertsicherungsklausel war von Anfang an nach den Richtlinien der Deutschen Bundesbank nicht genehmigungsfähig, weil sich die Höhe der Miete automatisch nach der künftigen Entwicklung

der Beamtengehälter richten sollte und weil das Mietverhältnis nicht auf mindestens zehn Jahre fest eingegangen worden war (vgl. Ziff. 1 b sowie Ziff. 3 a und b der Grundsätze für die Entscheidung über Genehmigungsanträge nach § 3 des Währungsgesetzes in der Mitteilung der Deutschen Bundesbank Nr. 1018/64 vom 26. August 1964, BAnz Nr. 160 vom 29. August 1964).

b) Kann in einem solchen Fall unter Berücksichtigung des objektiven Vertragszwecks angenommen werden, daß die Vertragsparteien, sofern sie die Unwirksamkeit der vereinbarten Klausel gekannt hätten, von vornherein eine andere Wertsicherungsklausel gewählt hätten, die einerseits die beiderseitigen Belange wahrte und andererseits wirksam war, so gilt nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung diese Klausel als von Anfang an vereinbart (BGHZ 63, 132, 135 f m.w.Nachw.).

c) Danach hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, daß im vorliegenden Fall an die Stelle der unwirksamen Gleitklausel eine Ersatzklausel in Gestalt eines genehmigungsfreien Leistungsvorbehalts getreten ist.

aa) § 13 des schriftlichen Mietvertrages bestimmt ausdrücklich, daß im Falle der Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung der Vertrag im übrigen nicht berührt, sondern sinngemäß ergänzt werden solle. Da die Parteien die Wertsicherung durch eine Bindung des Mietzinses an die Beamtengehälter in Nordrhein-Westfalen erreichen wollten und hierfür praktisch nur die Vereinbarung eines entsprechenden genehmigungsfreien Leistungsvorbehalts in Betracht kam, stellt es eine sinngemäße Vertragsergänzung

dar, wenn statt der in § 3 Satz 2 des Mietvertrages vorgesehenen automatischen Anpassung des Mietzinses an jede 5 % überschreitende Änderung der Beamtengehälter lediglich eine Anpassung der Miete nach billigem Ermessen verlangt werden kann (vgl. BGH, aaO S. 136 f). Von einer Wertsicherungsvereinbarung dieses Inhalts geht auch das Berufungsgericht aus, wie dem Zusammenhang seiner Ausführungen zu entnehmen ist.

bb) Eine solche Regelung vermeidet eine automatische Anpassung der Miete an die veränderten Beamtengehälter dadurch, daß sie genügend Spielraum für die Berücksichtigung zusätzlicher Billigkeit Gesichtspunkte bei der Mietanpassung schafft, und unterliegt deshalb nicht dem Genehmigungserfordernis nach § 3 WährG (vgl. BGH Urteil vom 30. Oktober 1974 - VIII ZR 69/73 = NJW 1975, 44, 45 zu I 1 b, 4 = WM 1974, 1180, 1181 - insoweit in BGHZ 63, 132 nur teilweise abgedruckt; Urteil vom 28. Juni 1968 - V ZR 195/64 = LM WährG § 3 Nr. 18; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 8. Aufl. Anm. B 10, D 75). Dieser Leistungsvorbehalt gilt daher als von Anfang an vereinbart.

d) Soweit die Revision demgegenüber nur einen solchen Leistungsvorbehalt mit § 3 WährG für vereinbar hält, der eine Mietanpassung erst bei einer wesentlichen Änderung der Kaufkraft zuläßt und nach den Grundsätzen ausgerichtet ist, die für den Wegfall der Geschäftsgrundlage gelten, steht ihr die einhellige Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum entgegen (vgl. Dürkes, aaO Anm. B 10 ff, D 71 ff).

2. Das Berufungsgericht hat die Änderung der Beamtengehälter in Nordrhein-Westfalen nicht nur als Voraussetzung der Mietanpassung, sondern auch als Ausgangspunkt für das Ausmaß der Mieterhöhung angesehen.

a) Auch das ist entgegen der Ansicht der Revision rechtlich nicht zu beanstanden, schon weil diese Auslegung den Vorstellungen der Parteien beim Vertragsschluß entspricht, soweit sie sich mit den an einen genehmigungsfreien Leistungsvorbehalt zu stellenden Anforderungen vereinbaren lassen. Die notwendige Ersetzung der vereinbarten Gleitklausel durch einen Leistungsvorbehalt vermag es nicht zu rechtfertigen, entgegen dem erklärten Parteiwillen der Änderung der Beamtengehälter für das Ausmaß der Mietanpassung jegliche Bedeutung abzusprechen.

b) Daß die Änderung der vereinbarten Bezugsgröße nicht nur eine Voraussetzung für die Änderung der Miete, sondern zugleich auch Richtlinie oder Ausgangspunkt für die Mietanpassung ist, schließt den für einen genehmigungsfreien Leistungsvorbehalt erforderlichen Ermessensspielraum nicht aus (vgl. BGH, Urteile vom 14. Februar 1968 - VIII ZR 189/65 = WM 1968, 617 = BB 68, 646, vom 10. Februar 1960 - V ZR 113/58 = LM WährG § 3 Nr. 11 und vom 28. Juni 1968 - V ZR 195/64 = LM WährG § 3 Nr. 18).

3. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht es indessen für die Wirksamkeit der Mietzinserhöhungen als ausreichend angesehen, daß sie der jeweiligen Erhöhung der Beamtengehälter in Nordrhein-Westfalen entsprechen.

a) Soweit sich die Parteien nicht über die Mietanpassung einigen können, ist der Kläger aufgrund des Leistungsvorbehalts gemäß §§ 316, 315 BGB berechtigt, dieselbe einseitig nach billigem Ermessen vorzunehmen (vgl. BGH Urteile vom 4. Oktober 1967 - VIII ZR 51/66 = LM BGB § 535 Nr. 35 = WM 1967, 1201 und vom 27. Juni 1973 - VIII ZR 98/72 = NJW 1973, 1498, 1500 = WM 1973, 905).

aa) Zu einer Einigung der Parteien ist es zumindest hinsichtlich der dritten Mieterhöhung nicht gekommen. Denn die in den Schreiben vom 1. Juni 1971 und 17. August 1972 zum Ausdruck gebrachte Bereitschaft, die Mieterhöhung hinzunehmen, hatte der Beklagte von Bedingungen abhängig gemacht, die der Kläger nicht annahm.

bb) Allenfalls könnte über die ersten beiden Mieterhöhungen eine Einigung dadurch zustande gekommen sein, daß der Beklagte die erhöhte Miete widerspruchsfrei gezahlt hat, sofern er hiermit den Umständen nach nicht nur die Hinnahme einer als unabwendbar angesehenen einseitigen Mieterhöhung, sondern auch sein Einverständnis mit derselben zum Ausdruck gebracht haben sollte. Da das angefochtene Urteil insoweit keine Feststellungen enthält, ist zugunsten des Beklagten zu unterstellen, daß eine Vereinbarung über die früheren Mieterhöhungen nicht zustande gekommen ist. Dann aber sind alle drei Mieterhöhungen als einseitige Leistungsbestimmung des Klägers nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB nur verbindlich, soweit sie der Billigkeit entsprechen.

b) Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Ausrichtung der Mieterhöhung allein an der jeweiligen Erhöhung der Beamtengehälter entspreche der Billigkeit, weil die Änderung der Beamtengehälter nach dem Willen der Parteien bei Vertragsschluß für die Mietanpassung habe maßgebend sein sollen und weil der Beklagte demgegenüber keine Gesichtspunkte vorgetragen habe, die eine Erhöhung der Miete entsprechend der Steigerung der Beamtengehälter als unbillig erscheinen lassen könnten, ist von Rechtsirrtum beeinflußt. Würde man dieser Auffassung des Berufungsgerichts folgen, so hätte, wie der Revision zuzugeben ist, § 3 WährG weitgehend seine Bedeutung verloren. Auf dem Umwege der ergänzenden Vertragsauslegung würde die Automatik der Mietanpassungsklausel nahezu wiederhergestellt.

aa) Der Sinn der Vereinbarung eines nach § 3 WährG genehmigungsfreien Leistungsvorbehalts in einem Mietvertrag besteht darin, daß bei der Mietanpassung nach billigem Ermessen außer der Änderung der von den Parteien benannten Bezugsgröße zusätzliche, für die Billigkeit der Mietanhebung wesentliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden sollen. Das schließt es zwar nicht aus, daß sich im Einzelfall die Mietanpassung dann nach der Änderung der von den Parteien als Richtlinie vereinbarten Bezugsgröße richten kann, wenn zu einer Abweichung von dieser Richtlinie aus Billigkeitsgründen keine Veranlassung besteht. Soweit aber im konkreten Fall ein Anlaß zur Berücksichtigung zusätzlicher Umstände besteht, entspricht die Mieterhöhung nur dann der Billigkeit, wenn sie auch diesen Umständen gerecht wird. Dies muß der Kläger als Vorausset-

zung für die Wirksamkeit seiner Mieterhöhung darlegen und erforderlichenfalls beweisen (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB; vgl. Urteil vom 30. Juni 1969 - VII ZR 170/67 = NJW 1969, 1809; BGHZ 41, 271, 279).

bb) Die Mieterhöhungen sind somit nicht schon dann wirksam, wenn der Beklagte keine Umstände dargelegt hat, die sie als unbillig erscheinen lassen, sondern nur dann, wenn der Kläger dargelegt und erforderlichenfalls bewiesen hat, daß die Mieterhöhungen nicht nur der Steigerung der Beamtengehälter, sondern allen erheblichen Billigkeitsgesichtspunkten gerecht werden.

c) Insoweit hat das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

aa) Es hat gemeint, es sei unerheblich, ob die Beamtengehälter stärker gestiegen seien als die allgemeinen Lebenshaltungskosten, weil der Mietvertrag dem Lebensunterhalt des nicht mehr erwerbstätigen Klägers habe dienen sollen, und weil infolgedessen eine Teilnahme des Klägers an der allgemeinen Erhöhung des Lebensstandards der Beamten habe erreicht werden sollen.

Der Mietzins ist indessen das Entgelt für die Überlassung des Gebrauchs der Mietsache. Es muß deshalb im Vertrag selbst zum Ausdruck kommen oder sich aus den Umständen bei Vertragsschluß ergeben, daß der wertgesicherte Mietzins - beiden Parteien erkennbar - den Lebensunterhalt des Klägers sichern sollte (vgl. Senatsurteil vom 1. Oktober 1975 - VIII ZR 108/74 = WM 1975, 1131).

Der Mietvertrag vom 5. November 1967 enthält keinen entsprechenden Hinweis und einschlägige Umstände sind vom Berufungsgericht nicht festgestellt.

Da der Zweck des vereinbarten Leistungsvorbehalts typischerweise in der Anpassung des Mietzinses an die Kaufkraftschwankungen des Geldes liegt (Senatsurteil vom 11. November 1974 - VIII ZR 106/73 = NJW 1975, 105 = WM 1974, 1221), kann bei der vom Kläger nach billigem Ermessen vorzunehmenden Anpassung der Miete dem Beklagten die Berufung auf das Zurückbleiben der allgemeinen Lebenshaltungskosten hinter der Entwicklung der Beamtengehälter nicht versagt werden. Daher hat der Kläger, wenn - wie es möglicherweise der Fall war - die Erhöhungen der Beamtengehälter über die Steigerung der Lebenshaltungskosten hinausgingen, die Billigkeit der Mieterhöhungen auch unter Berücksichtigung der Entwicklung der allgemeinen Lebenshaltungskosten darzulegen, es sei denn, daß die Differenz zwischen den beiden genannten Bezugsgrößen nur ganz unerheblich war.

bb) Die vom Berufungsgericht im Rahmen der Billigkeitsprüfung für erheblich gehaltene Entwicklung des Gewinns, den der Beklagte in seinem Betrieb erzielt hat, könnte ebenfalls bei der Mieterhöhung nur berücksichtigt werden, wenn sie auch schon bei Vertragsschluß, insbesondere bei der Bemessung der ursprünglichen Miete Berücksichtigung gefunden hätte. Denn es ist nicht billig, solchen Umständen, die die Parteien beim Vertragsschluß als unbeachtlich angesehen haben, bei der Mietanpassung nachträglich Einfluß auf die Miethöhe einzuräumen (vgl.

Senatsurteil vom 20. Mai 1970 - VIII ZR 197/68 = NJW 1970, 1313 = WM 1970, 907). Eine Kürzung der Mieterhöhungen aus diesem Gesichtspunkt könnte der Beklagte im übrigen nur verlangen, wenn er die geringere Gewinnentwicklung in seinem Betrieb nachweist. Insoweit hätte er, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, die Darlegungs- und Beweislast, weil dieser Umstand in seiner Sphäre liegt.

cc) Mit Recht hat das Berufungsgericht eine von der Erhöhung der Beamtengehälter wesentlich abweichende Mietzinsentwicklung für vergleichbare Objekte als erheblich angesehen. Bei stagnierenden Mieten wäre eine nur an den gestiegenen Beamtengehältern oder an den allgemeinen Lebenshaltungskosten orientierte Mieterhöhung nicht billig, weil dadurch das mit dem Leistungsvorbehalt bezweckte Wertgleichgewicht zwischen Leistung (Mietzins) und Gegenleistung (Gebrauchsüberlassung der Mietsache) gestört würde. Der Kläger hat daher zu beweisen, daß die Mietzinserhöhungen auch unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt sind, wobei jedoch ein geringfügiges Zurückbleiben der Mieten hinter der Erhöhung der Beamtengehälter die getroffene Bestimmung (§ 315 BGB) jedenfalls für sich allein noch nicht unbillig machen würde. Auch insoweit fehlt es indessen bisher an Feststellungen des Berufungsgerichts.

d) Entgegen der Ansicht der Revision sind allerdings die Mieterhöhungen nicht wegen der unzureichenden Beheizbarkeit der gemieteten Räume und der Beeinträchtigung des Mietgebrauchs durch Feuchtigkeit un-

billig. Zwar mindern derartige Mängel den Wert der Mietsache. Dieser Umstand hat aber keinen Einfluß auf die Wertsicherung des Mietzinses, sondern rechtfertigt nach der Regelung der §§ 537 ff BGB gegebenenfalls Gewährleistungsansprüche, die vom Beklagten gesondert zur Aufrechnung gestellt werden.

II. Das Urteil des Berufungsgerichts ist auch insoweit nicht frei von Irrtum, als es Gegenansprüche des Beklagten verneint hat.

1. Der vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Anspruch auf Rückzahlung bereits gezahlter Mieterhöhungsbeträge kann im Falle der Unwirksamkeit der Mieterhöhungen nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB begründet sein.

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte die von ihm zur Aufrechnung gestellten Ansprüche auf Ersatz seiner Aufwendungen für eine ausreichende Beheizungsöglichkeit der Mieträume und für Gegenmaßnahmen gegen die in diesen Räumen aufgetretene Feuchtigkeit der Wände nicht geltend machen könne, ist gleichfalls von Rechtsirrtum beeinflusst.

a) Das Berufungsgericht hat allerdings annehmen können, der Beklagte habe nicht substantiiert dargelegt, daß der Kläger die Kosten für den Einbau eines zweiten Heizofens und für die Erneuerung des Brenners durch eine nachträgliche Vereinbarung mit dem Beklagten übernommen habe. Der Beklagte hat zwar behauptet, auf seine Beanstandung der unzulänglichen Heizung habe der Kläger ihm im Winter 1968/1969 nach einigem

Hin und Her mit Bezug auf die vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen erklärt: "Dann machen Sie es", was unter den gegebenen Umständen dahin zu verstehen sei, daß der Einbau des zweiten Heizofens bzw. die Erneuerung des Brenners auf Kosten des Klägers habe erfolgen sollen. Zu Recht hält jedoch das Berufungsgericht die Auslegung, die der Beklagte der Erklärung des Klägers gibt, nicht für zwingend, zumal die im Rechtsstreit bekannt gewordenen Umstände dafür sprechen, daß der Kläger keine weiteren Kosten übernehmen wollte, wie das Berufungsgericht dargelegt hat.

b) Dem Beklagten stehen jedoch möglicherweise wegen seiner Aufwendungen für die Herstellung einer ausreichenden Heizung Aufwendungsersatzansprüche nach § 538 Abs. 2 BGB zu, wenn diese Aufwendungen erforderlich waren, um die vertragsgemäße Benutzung der Mieträume für die Polstermöbelfabrikation zu ermöglichen, und wenn der Beklagte den Kläger zuvor vergeblich zur Abhilfe aufgefordert hatte.

c) Diese Ansprüche werden durch die §§ 6 und 7 des Mietvertrages nicht ausgeschlossen.

aa) Die Aufwendungen für die Anschaffung eines zweiten Heizofens gehören weder zu den Ausbesserungen am Gebäude, die nach § 6 des Mietvertrages zu Lasten des Klägers gingen, noch zu den Instandhaltungskosten für die Heizung, die der Beklagte nach § 7 des Mietvertrages zu tragen hatte.

bb) Auch die Aufwendungen für den Einbau eines neuen Brenners in die schon vorhandene Heizung können

dann nicht zu den Kosten für die Instandhaltung der Heizung gerechnet werden, wenn, wie der Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen hat, die nicht ausreichende Beheizbarkeit der Mieträume von Anfang an darauf zurückzuführen war, daß der Brenner schon bei Vertragsschluß überaltert und nicht mehr funktions-tüchtig war.

cc) Da der Mietvertrag insoweit eine Regelung nicht enthält, in § 11 des Vertrages vielmehr auf die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts verwiesen wird, falls sich aus dem Mietvertrag nichts Gegenteiliges ergibt, der Kläger aber gemäß § 536 BGB dem Beklagten die Mieträume in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen hatte, gehörte eine ausreichende Beheizbarkeit der Räume zur Erfüllung seiner Vermieterpflichten.

d) Das Berufungsgericht meint, Ersatzansprüche des Beklagten wegen dieser Aufwendungen seien nach § 539 BGB ausgeschlossen. § 539 BGB ist auch auf die Rechte des Mieters nach § 538 Abs. 2 BGB anwendbar. Das Gesetz verweist in § 539 BGB schlechthin auf die §§ 537, 538 BGB. Abs. 2 der letztgenannten Vorschrift ist nicht ausgenommen. Ein rechtfertigender Grund, den Ausschluß der Gewährleistungsrechte auf §§ 537, 538 Abs. 1 BGB zu beschränken ist nicht ersichtlich.

aa) Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte "schon bei Abschluß des Mietvertrages, spätestens aber von dem Winter 1968/1969 an" die ungenügende Beheizung der Mieträume kannte und daß er

trotzdem den Mietzins bis zu seinem Schreiben vom 1. Juni 1971 vorbehaltlos gezahlt hatte.

bb) Ansprüche des Mieters nach den §§ 537, 538 BGB werden durch § 539 BGB nicht nur dann ausgeschlossen, wenn der Mieter den Mangel der Mietsache beim Vertragsschluß kennt oder wenn er die Mietsache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos annimmt.

§ 539 BGB kann nach den Umständen des Einzelfalles vielmehr dann entsprechend angewendet werden, wenn der Mieter einen Mangel der Mietsache erst nach Ingebrauchnahme der Mietsache erkennt und den Mietzins vorbehaltlos weiterzahlt (Senatsurteil vom 18. September 1974 - VIII ZR 63/73 = NJW 1974, 2233 = WM 1974, 1131 m.w. Nachw.).

Trotz Kenntnis von Mängeln der Mietsache bei oder nach Vertragsschluß verliert der Mieter die Rechte aus § 538 BGB indessen nicht, wenn der Vermieter auf Verlangen des Mieters Abhilfe zugesagt hatte (vgl. Staudinger/Kiefersauer, BGB, 11. Aufl. § 539 Anm. 1 c m.w.Nachw.). Denn in diesem Fall trifft die dem Gewährleistungsausschluß nach § 539 BGB zugrunde liegende Erwägung nicht zu, der Mieter gebe sich mit dem Zustand der Mietsache zufrieden. Es widerspräche vielmehr Treu und Glauben, wenn sich der Vermieter seiner ausdrücklich übernommenen Verpflichtung zur Beseitigung des Mangels durch Berufung auf die Kenntnis des Mieters von dem Mangel entziehen könnte (vgl. Staudinger/Kiefersauer aaO; RG JW 1909, 657).

- 19 -

cc) Hier hatte der Kläger nach dem Vorbringen des Beklagten sowohl bei Vertragsschluß wie danach wiederholt zugesagt, er werde die Heizung überprüfen und in Ordnung bringen lassen.

Für diese Zusage war die in § 11 Abs. 1 des Mietvertrages vorgesehene Schriftform schon deshalb nicht erforderlich, weil sie nur eine Bestätigung seiner Vermieterpflichten war, auf die sich die in § 11 Abs. 2 des Mietvertrages enthaltene Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts bezieht.

Der Kläger hatte diese Zusage nach der Behauptung des Beklagten nicht eingehalten. Zwar hatte er eine Heizungsfirma mit der Überprüfung und der Ingangsetzung der Heizung beauftragt. Wie der Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen hat, hatten indessen die im Auftrag des Klägers zur Beseitigung der Mängel der Heizung getroffenen Maßnahmen keinen nachhaltigen Erfolg.

dd) Unter diesen Umständen würde die bis 1. Juni 1971 erfolgte vorbehaltlose Zahlung des Mietzinses eine Anwendung des § 539 BGB jedenfalls dann nicht rechtfertigen, wenn der Beklagte, wie er behauptet, wiederholt, auch in der Zeit nach dem Winter 1968/1969, beim Kläger gerügt hatte, die Reparaturmaßnahmen seien erfolglos geblieben und wenn er nach seiner ebenfalls unter Beweis gestellten Behauptung den Kläger auch immer wieder zur Erstattung der von ihm, dem Beklagten, für die Beseitigung der Mängel aufgewendeten Kosten (§ 538 Abs. 2 BGB) aufgefordert hatte.

ee) Dennoch kann der Beklagte möglicherweise auch dann, wenn der Kläger zugesagt hatte, die Heizung in Ordnung zu bringen, und wenn er diese Zusage nicht eingehalten hatte, mit Ansprüchen aus § 538 Abs. 2 BGB gemäß § 539 BGB ausgeschlossen sein. Es kommt insoweit auf die Ernsthaftigkeit des Verlangens des Beklagten auf Beseitigung der Mängel bzw. auf Kostenersatzung sowie auf die Länge der Zeit an, in der vorbehaltlose Mietzinszahlungen erfolgten (Senatsurteil vom 18. September 1974 aaO). Das Berufungsgericht wird daher erneut zu prüfen haben, ob unter den gegebenen Umständen eine entsprechende Anwendung des § 539 BGB in Betracht kommt.

e) Entsprechendes gilt, soweit der Beklagte Aufwendungen für Abhilfemaßnahmen gegen die Feuchtigkeit des Mauerwerks geltend macht. Auch insoweit hat der Beklagte behauptet, der Kläger habe ihm die Beseitigung der Feuchtigkeit schon bei der ersten Besichtigung der Mieträume zugesagt. Dabei wird das Berufungsgericht auch zu erwägen haben, ob die insoweit behaupteten Aufwendungen vom Beklagten genügend substantiiert worden sind.

3. Sollten Ansprüche des Beklagten aus § 538 Abs. 2 BGB nach § 539 ausgeschlossen sein, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob ein Verwendungsersatzanspruch nach § 547 Abs. 2 BGB in Betracht kommt.

III. Da das Berufungsurteil demnach keinen Bestand haben kann, zur abschließenden Entscheidung aber weitere Feststellungen erforderlich sind, war die angefochtene Entscheidung aufzuheben und der Rechtsstreit

an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Zugleich war auf die zulässige (vgl. BGHZ 19, 172; 29, 126), auf den Kostenpunkt beschränkte Revision des Beklagten gegen das Schlußurteil auch die Kostenentscheidung aufzuheben. Da die Entscheidung über die Kosten, auch über diejenigen der Revisionsinstanz, von dem Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache abhängt, war auch sie dem Berufungsgericht zu übertragen.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Wolf

Merz