

6

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja nur Nr. I

ZPO § 62; HGB §§ 128, 129 Abs. 1, 161

Bei einer Klage, die wegen einer Gesellschaftsschuld sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen den persönlich haftenden Gesellschafter gerichtet ist, besteht zwischen den Beklagten auch dann keine notwendige Streitgenossenschaft, wenn der Gesellschafter sich nicht lediglich mit in seiner Person begründeten Einwendungen verteidigt (Abweichung von RGZ 123, 151 und 136, 266).

BGB § 539

Zur Frage des Ausschlusses der Mängelansprüche eines Mieters, der den Mietvertrag trotz Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Mietsache durch einseitige Optionserklärung verlängert.

BGH, Urt. den Beklagten am 24. Juli 1970
dem Kläger am 28. Juli 1970
an Verkündungs Statt zugestellt

- VIII ZR 230/68 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 230/68

Teil -
URTEIL

Zustellung gem. § 310 II ZPO
ist erfolgt an

a) Beklagte am 24. Juli 1970
b) Kläger am 23. Juli 1970

Klett,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Dipl.-Ing. Lucian M. [REDACTED] in
[REDACTED], K [REDACTED],

2. des Dipl.-Landwirts Moritz K. [REDACTED] in
[REDACTED], E [REDACTED] Center, Hochhaus, 5. Stock,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Gastronomen Rolf S. E. [REDACTED] in B [REDACTED],
K [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat ohne mündliche Verhandlung gemäß § 128 Abs. 2 ZPO am 13. Juli 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 1) wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 25. September 1968 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten zu 1) erkannt worden ist.

In diesem Umfang wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision des Beklagten zu 1), an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

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 Kläger mietete durch schriftlichen Vertrag vom 18. Mai 1963 Geschäftsräume zum Betriebe einer Gaststätte in dem zu 75 % kriegszerstörten Hause B [REDACTED] [REDACTED], Br [REDACTED] Straße [REDACTED]. Vermieter war der damalige Grundstückseigentümer C [REDACTED]. Die für den vorliegenden Rechtsstreit erheblichen Vertragsbestimmungen lauten:

" § 2

Der Abschluß des Mietvertrages erfolgt auf drei Jahre. Das Mietverhältnis beginnt mit dem 15.4.1963 und endet am 14.4.1966.

§ 10

3. Entstehen an den Mieträumen Fehler, die deren vertragsmäßigen Gebrauch mindern z.B. durch Vertragswidrigkeiten Dritter, dann ist der Mieter nicht berechtigt, den Vertrag zu kündigen, die Miete zu mindern oder Schadenersatz zu beanspruchen, außer wenn dem Vermieter Arglist zur Last fällt. Dies gilt besonders für Schäden, die durch Wasser, Frost, Hitze, Rauch, Geruch, Erschütterung, Geräusch oder andere Einwirkungen entstehen, wie z.B. auch bei Einbruch.

§ 17

4. Bei Einhaltung der im Vertrag liegenden Pflichten durch den Mieter verpflichtet sich der Vermieter weitere zwei Jahre die Räume dem Mieter zu den gleichen Vertragsbedingungen zu belassen."

Die Beklagten zu 1) und 2) kauften das Grundstück am 22. September 1964 und wurden am 3. März 1965 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Sie verkauften das Grundstück am 20. Oktober 1966 an die als Beklagte zu 3) mitverklagte Firma Moritz K. KG weiter, die am 7. März 1967 im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen wurde. Der Zweitbeklagte ist persönlich haftender Gesellschafter, der Erstbeklagte Kommanditist der Drittbeklagten.

Am 31. Mai 1965 schrieb der Kläger an den Erstbeklagten und den Zweitbeklagten:

"Ich nehme Bezug auf den zwischen uns bestehenden Mietvertrag ... § 17 Nr. 4, der besagt, daß der Vermieter sich verpflichtet, die Räume dem Mieter zu den gleichen Bedingungen auf weitere zwei Jahre zu belassen.

Von dem mir eingeräumten Optionsrecht mache ich hiermit Gebrauch. Ich stelle sonach fest, daß eine Vertragsverlängerung bis 14. April 1968 eingetreten ist."

Am 11. Februar 1966 schrieb Rechtsanwalt Dr. R. für den Kläger an den Erstbeklagten:

74
"Namens und im Auftrage des (Klägers) weise ich Sie als Vertreterin des Vermieters nach § 10 Abs. I des Mietvertrages darauf hin, daß sich die Mieträumlichkeiten z.Zt. nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand befinden. An der linken Seite des Gastraumes befinden sich wasserdurchlässige Stellen, die an Regentagen zu einer Gefährdung des Mobiliars meines Mandanten führen. Ich fordere Sie hiermit auf, Ihren Verpflichtungen nach § 536 BGB nachzukommen und die schadhaften Stellen auszubessern. In Anbetracht der derzeitigen Witterungsverhältnisse ist diese Reparatur eilbedürftig. Ich muß Ihnen daher leider zur Beseitigung dieser Mängel eine Frist von fünf Tagen setzen. Sollte bis dahin das Erforderliche nicht veranlaßt worden sein, so werde ich davon ausgehen, daß Sie mit einer Ersatzvornahme durch meinen Auftraggeber einverstanden sind. (Der Kläger) wird dann seinerseits Handwerker mit der Durchführung der erforderlichen Arbeiten beauftragen und die dadurch entstandenen Kosten mit der nächsten Mietzahlung verrechnen."

Der Zweitbeklagte lehnte diese Aufforderung mit Schreiben vom 15. Februar 1966 ab und wies darauf hin, das Haus sei dazu bestimmt, abgerissen zu werden. Am 2. September 1966 schrieb der Kläger an die Beklagten zu 1) und 2):

"hierdurch teile ich Ihnen mit, daß verschiedene Schäden an dem oben bezeichneten Haus bestehen:
es regnet durch, das Dach muß also umgehend instand gesetzt werden;
die Eingangstreppe ist nicht mehr in Ordnung usw.
Ich würde raten, sofort Ihren Herrn Architekten hinzubeordern, um die Mängel festzustellen und die Beseitigung zu veranlassen, damit das Haus in einem zumutbaren Zustand für den Betrieb meines Gewerbes ist."

Schadenersatz für evtl. aus obigen Gründen ausfallende Vorstellungen und auch sonst Schadenersatzansprüche jeglicher Art behalte ich mir vor."

Die Beklagten zu 1) und 2) lehnten wiederum unter Hinweis darauf, daß das Gebäude abgerissen und neu aufgebaut werden sollte, Instandsetzungen ab. Versuche, im Wege einer gütlichen Einigung den Kläger zum vorzeitigen Auszug aus den Mieträumen zu bewegen, scheiterten.

Am 11. Dezember 1966 stellte der Kläger seinen Betrieb mit Rücksicht auf die Baufälligkeit des Hauses ein und zog später aus. Das Haus wurde teilweise abgerissen und durch einen Neubau ersetzt.

Der Kläger verlangt mit der Klage Ersatz des ihm nach seiner Behauptung in der Zeit vom 12. Dezember 1966 bis 31. Juli 1967 entstandenen Verdienstausfalls. Er hat den Erstbeklagten und den Zweitbeklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung von 73 300 DM und - für die Zeit ab 7. März 1967 bis 31. Juli 1967 - ebenfalls als Gesamtschuldner die Drittbeklagte auf Zahlung von 47 500 DM in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Hiergegen haben nur die Beklagten zu 1) und 2) Berufung mit dem Ziel der Klagabweisung eingelegt. Das Rechtsmittel blieb erfolglos. Mit ihrer

Revision verfolgen der Erstbeklagte und der Zweitbeklagte ihre Anträge aus dem zweiten Rechtszuge weiter. Der Kläger hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Nachdem der Zweitbeklagte während des Revisionsverfahrens gestorben ist, wurde der ihn betreffende Rechtsstreit nach §§ 239, 246 ZPO ausgesetzt.

Entscheidungsgründe:

I.

Ansprüche gegen den Zweitbeklagten und die Drittbeklagte

1. Hinsichtlich des Zweitbeklagten kann derzeit eine Entscheidung nicht ergoehen, weil der ihn betreffende Rechtsstreit ausgesetzt ist. Diese Aussetzung bezieht sich nicht auf die Drittbeklagte, weil diese am Verfahren nicht mehr beteiligt ist, nachdem sie kein Rechtsmittel eingelegt hat. Anders wäre es nur, wenn sie kraft sog. notwendiger Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO) weiterhin am Verfahren teilnähme.

Das Berufungsgericht führt - zutreffend - aus, der Zweitbeklagte hafte für die gegen die Drittbeklagte als Grundstückseigentümerin nach §§ 538, 571 Abs. 1 BGB erhobenen Schadenersatzansprüche nicht nur wie ein selbstschuldnerischer Bürge nach § 571 Abs. 2 Satz 1, sondern in seiner Eigenschaft als Gesellschafter auch persönlich als Gesamtschuldner (§§ 128, 161 HGB). Insoweit bestehe, so meint das Berufungsgericht weiter, nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts zwischen ihm und der Drittbeklagten eine sogenannte notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO), weil der Zweitbeklagte keine lediglich in seiner Person begründeten Einwendungen erhoben habe (§ 129 Abs. 1 HGB). Die Berufung des Zweitbeklagten, die innerhalb der für ihn wie für die Drittbeklagte laufenden Rechtsmittelfrist eingelegt worden sei, habe somit verhindert, daß das Urteil des Landgerichts hinsichtlich der Drittbeklagten rechtskräftig geworden sei.

Hiervon ausgehend hat das Berufungsgericht auch über den gegen die Drittbeklagte gerichteten Schadenersatzanspruch entschieden und ihn in Übereinstimmung mit dem Landgericht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Wäre die Auffassung des Berufungsgerichts zutreffend, so würde, da die Revision des Zweitbeklagten wiederum auch die für die Drittbeklagte laufende

Rechtsmittelfrist wahren würde, der gegen diese gerichtete Schadenersatzanspruch im Revisionsrechtszug anhängig sein und zur Entscheidung des Senats stehen (RGZ 157, 33). Das ist indessen nicht der Fall.

2. Das Berufungsgericht kann sich darauf stützen, daß das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (RGZ 123, 151; 136, 266; JW 1925, 756; HRR 1930 Nr.808) und ein Teil des Schrifttums (Blomeyer ZPR § 109 III 2 a und IV 2; Baumbach-Lauterbach, ZPO 30. Aufl. § 62 Anm. 2 A; Thomas/Putzow, ZPO 4. Aufl. § 62 Anm. 3 a aa; Baumbach/Duden, HGB 18. Aufl. § 128 Anm. 8 A) im Falle einer Klage, die wegen einer Gesellschaftsschuld sowohl gegen die OHG bzw. die KG wie gegen deren persönlich haftende Gesellschafter gerichtet wird, notwendige Streitgenossenschaft annehmen, wenn nicht nach der Klagebegründung oder der Klageerwiderung eine unterschiedliche Beurteilung von Gesellschaft und Gesellschaftern möglich erscheint. Es wird dies insbesondere mit § 129 Abs. 1 HGB begründet, der zur Folge habe, daß, soweit der Gesellschafter keine ihm persönlich zustehenden Einwendungen vorbringe, die Entscheidung ihm und der Gesellschaft gegenüber nur einheitlich ergehen könne.

Demgegenüber wird neuerdings im Schrifttum zunehmend die Auffassung vertreten, daß die Frage nach dem Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft nicht danach beantwortet werden könne, ob im Einzelfall

der in Anspruch genommene Gesellschafter persönliche Einwendungen erhebt oder nicht (Jäger, Die OHG im Zivilprozeß, Festgabe für Sohm S. 19; Rosenberg-Schwab, ZPR 10. Aufl. § 50 II 1 d; Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 62 Anm. II 2 a.E.; Pohle JZ 1961, 175; Nikisch, ZPR 2. Aufl. § 110 II 2 c; Bernhardt, ZPR 3. Aufl. § 56 II 1a; Fischer in Brüggenmann/Würdinger, Großkommentar zum HGB 3. Aufl. § 124 Anm. 26; Geßler in Schlegelberger/Geßler, HGB 4. Aufl. § 124 Nr. 16 und § 128 Nr. 20; Hueck, Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl. § 22 IV 3). Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

Der Bundesgerichtshof hat in einer grundsätzlichen Entscheidung (BGHZ 30, 195) ausgeführt, daß notwendige Streitgenossenschaft nur in zwei Fallgruppen in Betracht kommt. Entweder muß es aus Gründen des materiellen Rechts geboten sein, daß auf der klagenden oder der beklagten Seite mehrere Personen als Prozeßparteien auftreten, weil andernfalls die Aktiv- oder Passivlegitimation fehlt. Dieser Fall ist bei einer gegen eine OHG oder Kommanditgesellschaft und den persönlich haftenden Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld gerichteten Klage ersichtlich nicht gegeben. Denn beide können in getrennten Prozessen verklagt werden.

Oder es präjudiziert der Rechtsstreit des Einzelnen eine etwaige Entscheidung für die übrigen Streitgenossen, wie es bei einer auf besonderer Vorschrift

beruhenden Rechtskrafterstreckung der Fall ist. Das nötigt, wenn die Prozesse von den Streitgenossen oder gegen sie nicht nacheinander, sondern gleichzeitig geführt werden, zu einer einheitlichen Entscheidung im Sinne des § 62 ZPO.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vorschrift des § 129 Abs. 1 HGB im Falle eines gegen die Gesellschaft ergehenden Urteils wirklich zu einer Erstreckung der Rechtskraft führt, weil nach ihr den Gesellschaftern die Einwendungen genommen sind, die der Gesellschaft abgesprochen wurden (vgl. Baumbach/Duden, HGB 18. Aufl. § 128 Anm. 8 C), oder ob es sich insoweit, wie Schwab annimmt (Rosenberg/Schwab aaO) um eine Präklusion ähnlich wie in § 767 Abs. 2 ZPO handelt. Entscheidend ist, daß die besondere Stellung, die dem notwendigen Streitgenossen im Verfahren zukommt, es nicht gestattet, diese von den Zufälligkeiten der Prozeßführung, nämlich davon abhängig zu machen, ob ein Gesellschafter sich mit persönlichen Einwendungen verteidigt oder nicht. Da ihm nach dem Gesetz derartige Einwendungen zustehen, die Entscheidung gegenüber der Gesellschaft einerseits und gegenüber dem persönlich haftenden Gesellschafter andererseits also grundsätzlich verschieden ausfallen kann, gleichgültig ob sie beide zugleich oder nacheinander verklagt werden, ist es aus Gründen der Rechtssicherheit und Klarheit geboten, in jedem Falle nur einfache Streitgenossenschaft anzunehmen. Mit Recht weist das Oberlandesgericht

Celle darauf hin, daß Fälle denkbar sind, in denen der Gesellschafter persönliche Einwendungen fallen läßt oder erst später erhebt. Die von der Gegenmeinung vertretene Auffassung würde dann dazu führen, daß der Charakter der Streitgenossenschaft im Laufe des Rechtsstreits wechseln würde (NJW 1969, 515).

3. Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in einem Urteil vom 30. Januar 1961 (II ZR 98/59 = WM 1961, 427 = BB 1961, 426 = BGH Warn 1961 Nr. 21) offengelassen, ob der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu folgen sei. Der VII. Zivilsenat hat sich in einem Beschluß vom 1. Dezember 1960 (VII ZR 176/60 = BB 1961, 148) dem Reichsgericht ohne nähere Begründung angeschlossen. Da dieser Beschluß indessen nicht auf der Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft beruht, ist der erkennende Senat an einer abweichenden Entscheidung nicht gehindert (§ 136 GVG). Dieser Auffassung ist auch der VII. Zivilsenat auf Anfrage beigetreten.

4. Da demnach keine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, ist über die Klagansprüche, die sich gegen die Drittbeklagte richten, in der Revisionsinstanz nicht zu entscheiden, ohne Rücksicht darauf, daß auch das Berufungsgericht wegen der Rechtskraft der sich gegen die Drittbeklagte richtenden Landgerichtsentscheidung insoweit nicht hätte erkennen dürfen.

Auch eine Aussetzung des Rechtsstreits hinsichtlich der Drittbeklagten, die im Falle notwendiger Streitgenossenschaft mit dem Zweitbeklagten an sich möglicherweise erforderlich gewesen wäre (Rosenberg/Schwab aaO § 50 III 3 d), kam deshalb nicht in Betracht.

II.

Ansprüche gegen den Erstbeklagten

1. Das Berufungsgericht führt aus, Schadenersatzansprüche des Klägers seien aus § 538 BGB begründet, weil es in die gemieteten Räume durchgeregnet habe und die schadhaften Zugänge die Gäste des Betriebes des Klägers gefährdet hätten. Auf die Feststellung im unstreitigen Sachverhalt, daß der Kläger wegen der Baufälligkeit des Hauses seinen Betrieb habe einstellen müssen, ist das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen nicht mehr zurückgekommen.

Es kann offenbleiben, ob das Durchregnen und die Unsicherheit der Zugänge wirklich zur Unbenutzbarkeit der Mieträume führten, wovon das Berufungsgericht, ohne auf das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz einzugehen, ausgeht, und ob § 10 Abs. 3 des Vertrages,

den das Berufungsgericht überhaupt nicht berücksichtigt hat, etwaige Schadenersatzansprüche ausschließen würde. Das Berufungsgericht wird, da die Sache aus anderen Gründen zurückverwiesen werden muß, Gelegenheit haben, diese Fragen zu prüfen. In der Revisionsinstanz ist jedenfalls auf Grund des unstreitigen Sachverhalts davon auszugehen, daß der Kläger zumindest auch wegen der Baufälligkeit des Hauses, in dem sich die Mieträume befanden, seinen Gewerbebetrieb einstellen und schließlich ausziehen mußte. Dahingestellt bleiben kann in der Revisionsinstanz aber auch die gleichfalls im Berufungsverfahren ungeprüft gebliebene Frage, ob die Baufälligkeit des stark kriegsbeschädigten Hauses schon bei Abschluß des Mietvertrages bestand (zum anfänglichen Mangel der Mietsache vgl. das Senatsurteil vom 22. Januar 1968 - VIII ZR 195/65 = WM 1968, 438 = BGH Warn 1968 Nr. 18, insoweit in BGHZ 49, 350 nicht abgedruckt) und daher auch ohne Verschulden der Beklagten oder des ursprünglichen Vermieters eine Schadenersatzpflicht begründet wurde (§ 538 BGB; vgl. BGHZ 49, 350), auf die § 10 Nr. 3 des Mietvertrages, der offenbar nur für nachträgliche Mängel gilt, nicht anwendbar wäre. Denn das Berufungsurteil muß auf jeden Fall wegen fehlerhafter Anwendung des § 539 BGB aufgehoben werden.

2. Diese Vorschrift schließt eine Minderung des Mietzinses (§ 537 BGB) oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung (§ 538 BGB) dann aus, wenn entweder dem Mieter der Mangel der Mietsache bei Vertragschluß bekannt war (§ 539 Abs. 1 BGB), oder wenn ihm ein solcher Mangel nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, oder wenn er den Mangel zwar erst nach Vertragsschluß, aber vor Annahme der Mietsache erfährt und diese gleichwohl annimmt (§ 539 Satz 2 BGB). In dem zuletzt genannten Falle schützt den Mieter vor dem Ausschluß der Mängelansprüche nur ein bei der Annahme der Mietsache gemachter Vorbehalt (§ 539 Satz 2 in Verbindung mit § 464 BGB).

Das Berufungsgericht nimmt an, daß dem Kläger die Mängel weder bei Vertragschluß noch bei Übergabe der Mietsache bekannt waren und daß auch grob fahrlässige Unkenntnis nicht vorliegt. Es geht aber davon aus, daß der Kläger trotz späterer Kenntnis der Mangelhaftigkeit den Vertrag fortgesetzt hat. Eine Feststellung darüber, seit wann diese Kenntnis des Kläger vorhanden war, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

Die Rechtsprechung wendet § 539 BGB entsprechend auch in den Fällen an, in denen der Mieter erst während des Mietverhältnisses Mängel entdeckt, den Vertrag aber gleichwohl, ohne Beanstandungen zu erheben, fortsetzt und erfüllt (RG JW 1936, 2706; Senatsurteile vom 5. Juli 1961 - VIII ZR 155/60 = ZMR 1961, 359 und

und 17. Mai 1967 - VIII ZR 265/64 = WM 1967, 850). Das gilt erst recht in einem Falle wie hier, in dem es der Kläger als Mieter in der Hand hatte, den Vertrag über ein mangelhaftes Mietobjekt nach der vereinbarten Dauer von drei Jahren enden zu lassen, und er aber stattdessen von dem ihm nach der insoweit rechtsirrtumsfreien Auslegung des Berufungsgerichts eingeräumten Optionsrecht Gebrauch macht und den Vertrag um weitere zwei Jahre verlängert. Ob eine solche Option dem Neuabschluß des Mietvertragsgleichzustellen wäre (vgl. Senatsurteil vom 20. Dezember 1967 VIII ZR 119/65 = BGH Warn 1967 Nr. 291 = NJW 1968, 551), mit der Folge, daß nach § 539 Satz 1 BGB Mängelansprüche wegen der Kenntnis des Mieters in jedem Falle ausgeschlossen wären (vgl. zum Falle der stillschweigenden Vertragsverlängerung durch Unterlassen der Kündigung KG Grunde 1930, 102), braucht hier nicht entschieden zu werden. § 539 BGB ist auf jeden Fall dann, wenn der Mieter von einem ihm eingeräumten Optionsrecht trotz Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Mietsache Gebrauch macht, mit der Maßgabe anzuwenden, daß grundsätzlich der Ausschluß der Mängelansprüche eintritt, wenn der Mieter bei der Ausübung der Option sich Minderung oder Schadenersatz nicht ausdrücklich vorbehält.

Ein solcher Vorbehalt ist dem Optionsschreiben des Klägers vom 31. Mai 1965 nicht zu entnehmen. Allerdings steht nicht fest, ob dem Kläger damals schon die

Mängel der Mietsache (Baufälligkeit, Undichtigkeit des Daches, mangelhafte Zugänge) bekannt waren. Fehlte diese Kenntnis am 31. Mai 1965, so würde das die entsprechende Anwendung des § 539 BGB jedenfalls im vorliegenden Falle nicht von vornherein ausschließen. Aus dem Brief, den der Kläger am 11. Februar 1966 durch seinen Rechtsanwalt an die Beklagten zu 1) und 2) richten ließ, ergibt sich nämlich mit Sicherheit, daß ihm zu diesem Zeitpunkt zumindest die Schadhaftheit des Daches bekannt war. Ob die Ausübung der Option durch den Kläger am 31. Mai 1965 bereits eine feste vertragliche Bindung für die Optionszeit zur Folge hatte, kann dahingestellt bleiben. Hier war es, wie der vorliegende Schriftwechsel zeigt, jedenfalls so, daß die Beklagten zu 1) und 2) bereits mit Schreiben vom 21. Januar 1966 der Fortsetzung des Vertrages ausdrücklich widersprochen hatten, auf das bevorstehende Abreißen des Gebäudes hinwiesen und auch in der Folgezeit auf Beendigung des Mietverhältnisses drängten. Bei dieser Sachlage wäre es dem Kläger unbeschadet der Frage der bindenden Wirkung seiner Optionserklärung rechtlich ohne weiteres möglich gewesen, den Vertrag im Einverständnis mit den Beklagten zum Ablauf der ursprünglichen Vertragszeit (14. April 1966) zu beenden. Wenn er ihn gleichwohl in Kenntnis der Mängel fortgesetzt hat, so würden ihm die Mängelansprüche nur erhalten geblieben sein, wenn er spätestens zu diesem Zeitpunkt sich seine Rechte vorbehielt (§§ 539 Satz 2, 464 BGB). Denn dem Zeitpunkt der Annahme der Sache ist

in einem Falle wie dem vorliegenden der Beginn der Optionszeit gleichzustellen. Früher, d.h. vor dem Beginn der Optionszeit, etwa erhobene Beanstandungen würden für die Annahme eines ausreichenden Vorbehalts nur ausreichen, wenn bei Beginn der verlängerten Vertragszeit für die Beteiligten zweifelsfrei erkennbar war, daß der Kläger nur unter dem Vorbehalt etwaiger Minderung oder Schadenersatzansprüche den Vertrag fortsetzte.

Ob ein die Voraussetzungen des § 464 BGB erfüllender Vorbehalt gemacht worden ist, hat das Berufungsgericht bislang nicht untersucht. Bis jetzt steht lediglich fest, daß der Kläger bis zuletzt den vollen Mietzins gezahlt hat. Daß das bloße Vorbringen gelegentlicher Beanstandungen - wie hier der Brief vom 11. Februar 1966 - bei vorbehaltloser Zahlung des Mietzinses dem Ausschluß der Mängelhaftung nicht entgegensteht, hat der erkennende Senat in den angeführten Entscheidungen vom 5. Juli 1961 und vom 17. Mai 1967 (aaO) bereits ausgesprochen.

3. Die Verurteilung des Erstbeklagten dem Grunde nach kann daher mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Das angefochtene Urteil war demnach aufzuheben, soweit zum Nachteil des Erstbeklagten erkannt worden ist. In diesem Umfange mußte die Sache zur erneuten Prüfung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§ 565 ZPO).

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier