

17

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 242 Bb, 557

- a) Haben die Parteien eines Geschäftsraummietvertrages das Gehalt eines Verwaltungsoberinspektors als Bezugsgröße für die automatische Anpassung des Mietzinses gewählt, so entfällt die Geschäftsgrundlage dieser Regelung nicht schon deshalb, weil zwar dieses Gehalt laufend gestiegen ist, nicht aber die Miete für vergleichbare Geschäftsräume an dem Ort, in dem das Mietgrundstück liegt.
- b) Hält der Vermieter eines beendeten Mietvertrages den Vertrag zu Unrecht für fortbestehend und kann er deshalb vom Mieter für die Zeit nach Vertragsende keine Entschädigung in Höhe des vereinbarten Mietzinses, sondern allenfalls eine Nutzungsentschädigung nach Bereicherungsgrundsätzen verlangen (BGH Urt. v. 22. März 1960 - VIII ZR 177/59 = LM BGB § 557 Nr. 2 = NJW 1960, 909), so ist eine Erhöhung dieses Bereicherungsanspruchs nach Maßgabe einer im Vertrag vereinbart gewesenen Wertsicherungsklausel ausgeschlossen.

BGH, Urt. v. 21. Februar 1973 - VIII ZR 44/71-OLG Hamm
LG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 44/71

URTEIL

Verkündet am

21. Februar 1973
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Bernhard V [REDACTED],
 2. des Kaufmanns Josef V [REDACTED],
- beide wohnhaft in H [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Revisionskläger und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Apotheker Dr. Helmut S [REDACTED] in H [REDACTED]-
[REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Revisionskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

1 +

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 1973 durch
den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter
Dr. Gelhaar, Claßen, Mormann und Braxmaier

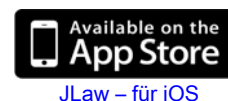
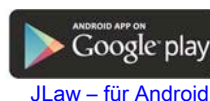
für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision des Beklagten wird unter
Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen
und unter Zurückverweisung der Revision der
Kläger das Urteil des 4. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Hamm vom 8. Dezember 1970
aufgehoben, soweit festgestellt worden ist,
daß der am 3. Juli 1964 von den Parteien
geschlossene Mietvertrag nebst Wertsicherungs-
klausel auch nach dem 31. März 1968 wirksam
ist.
- II. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur
erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, soweit über
diese noch nicht erkannt ist, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.
- III. Die Kläger haben 3/25 der Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand

Der beklagte Apotheker mietete durch schriftlichen Vertrag vom 3. Juli 1964 von den Klägern Geschäftsräume in deren, damals noch im Bau befindlichen Haus in G [REDACTED] [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED]. Der Vertrag lautet in § 1 auszugsweise:

"§ 1 - Mieträume

- 1) Zum Betriebe eines Verkaufsgeschäftes werden die im Hause G [REDACTED], H [REDACTED]str. [REDACTED] gelegenen Räume, und zwar: Erdgeschoß ca. 110 qm, 5,50 m Straßenfront 1. Obergeschoß ca. 200 qm. Die vermietete Fläche ist mit --- qm vereinbart.

- 3) Sollten sich bei nachträglicher Vermessung Abweichungen von der obigen Zahl und Größe der Räume ergeben, so ist keine der Parteien berechtigt, deswegen eine Änderung des Mietpreises zu fordern."

Das Mietverhältnis begann laut Vertrag mit der Fertigstellung der Räume und wurde auf zehn Jahre fest abgeschlossen. Der Mietzins betrug ohne Nebenkosten monatlich 6 250 DM. Die Parteien vereinbarten außerdem folgende Wertsicherungsklausel:

"Um für die Dauer des Vertrages der wirtschaftlichen Entwicklung Rechnung zu tragen, wird der Mietzins der Entwicklung eines Beamtengehaltes wie folgt angeglichen:

Erhöht oder ermäßigt sich das Endgrundgehalt eines Verwaltungsoberinspektors des Landes Nordrhein-Westfalen, der Besoldungsgruppe A 10,

so erhöht oder ermäßigt sich die zwischen den Parteien vereinbarte Miete prozentual entsprechend."

Diese Klausel wurde von der Landeszentralbank am 22. September 1966 genehmigt.

Der Beklagte, der ursprünglich in den Mieträumen eine Apotheke eröffnen wollte, richtete Anfang Dezember 1964 eine Drogerie ein, die er jedoch Ende März 1965 wieder aufgab. Nachdem auf seinen Wunsch und auf seine Kosten ein getrennter Zugang zu den Mieträumen im ersten Obergeschoß geschaffen worden war, wurden die Erdgeschoßräume an die Firma P[REDACTED] zu einem monatlichen Mietzins von 3 500 DM für die Dauer des Hauptmietvertrages. (30. November 1974), beginnend am 1. November 1965 untervermietet. Für diesen Vertrag galt vereinbarungsgemäß die Wertsicherungsklausel des Hauptvertrages. Die Firma P[REDACTED] zahlt ihren Mietzins unmittelbar an die Kläger. Erst im April 1966 konnten die Obergeschoßräume gewerblich für monatlich 1 200 DM untervermietet werden. Die Mieterin fiel jedoch bald in Konkurs. Die Obergeschoßräume standen dann vom 1. Juli 1967 bis 30. September 1970 leer. Seit 1. Oktober 1970 sind sie für monatlich 1 000 DM untervermietet.

Einen wegen Mietzinsrückständen geführten Rechtsstreit beendeten die Parteien durch einen am 17. Dezember 1965 geschlossenen Vergleich. Er lautet u.a. wie folgt:

"Wir sind uns darüber einig, daß der Beklagte noch einen Betrag von 30 500 DM schuldet.

Der Beklagte verpflichtet sich, diesen Betrag in Monatsraten von 2 500 DM, beginnend mit dem 1. Januar 1966, fällig bis zum 5. eines jeden Monats, zu zahlen.

Die Kläger erklärten ihr Einverständnis damit, daß der noch nicht untervermietete Teil des Mietobjekts zum Betrieb einer Gaststätte untervermietet wird, vorausgesetzt, daß diese konzessioniert wird, der Untermieter die auf dem Grundstück ruhende Bierbezugsverpflichtung übernimmt."

In der hier zu entscheidenden Sache haben die Kläger mit der Behauptung, das Gehalt eines Verwaltungsoberinspektors in Nordrhein-Westfalen sei ab 1. Januar 1966 um 4 % und ab 1. Oktober 1966 um weitere 4 % angehoben worden, den sich nach der Wertsicherungsklausel ergebenden Mehrbetrag sowie Mietrückstände aus dem Jahre 1967 verlangt. Das Landgericht hat mit Urteil vom 15. Dezember 1967 den Klägern 9 522,40 DM zugesprochen.

Der Beklagte hat Berufung, die Kläger haben Anschlußberufung eingelegt, die Kläger mit dem Ziel der Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von Mietzinsrückständen auch aus 1968 und von weiteren auf Grund der Wertsicherungsklausel nach ihrer Auffassung geschuldeten Erhöhungsbeiträgen. Der Beklagte hat in der letzten mündlichen Verhandlung zur Berufung einstweilen keinen Antrag gestellt. Die Kläger haben sich auf den Antrag beschränkt festzustellen, daß der Mietvertrag nebst Wertsicherungsklausel rechtswirksam ist und eine Minderung des Mietzinses nicht

durchgreift. Mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte seit 1968 Zahlung nur noch auf ein Sonderkonto des Rechtsanwalts B[REDACTED] in E[REDACTED] geleistet hat, schlossen die Parteien vor dem Oberlandesgericht folgenden Zwischenvergleich:

"Unter dem Vorbehalt der Rückforderung gibt der Beklagte die hinterlegte Summe nach Maßgabe der Entscheidung auf den Zwischenfeststellungsantrag frei.

Etwaige überschießende Beträge werden auf die Zeit verrechnet, in der nichts gezahlt worden ist.

Vom 1. Januar 1971 ab zahlt der Beklagte die Miete nach Maßgabe des Zwischenfeststellungsurteils.

Die zur Feststellung der Zeiträume, für die gezahlt worden ist, erforderliche Abrechnung ist innerhalb von 3 Wochen von den Klägern aufzustellen.

Der Beklagte hat etwaige Beanstandungen innerhalb von 2 weiteren Wochen vorzubringen.

Nach Klarstellung der Abrechnung werden etwaige Überschüsse, die nicht verrechnet werden können, an den Beklagten ausgezahlt."

Durch "Zwischenurteil" hat das Oberlandesgericht festgestellt, daß der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag nebst Wertsicherungsklausel wirksam ist, jedoch mit einem um 12 v.H. auf 5 500 DM geminderten Anfangsmietzins.

Beide Parteien haben Revision eingelegt. Die Kläger beantragen, ihrem Feststellungsantrag uneingeschränkt stattzugeben, der Beklagte bittet, den Feststellungsantrag ganz abzuweisen. Beide Streitteile begehren Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

I. Die angefochtene Entscheidung ist trotz ihrer Bezeichnung in Wirklichkeit kein grundsätzlich nicht selbständig anfechtbares Zwischenurteil (§ 303 ZPO; vgl. aber § 304 ZPO), sondern ein Teil-Endurteil, weil nur über einen Teil der im Streit befindlichen Ansprüche entschieden worden ist (§ 301 ZPO). Die Revision ist deshalb zulässig.

II. Zur Revision des Beklagten.

1. Unbegründet ist die Rüge, das Berufungsgericht hätte nur über das Bestehen des Mietvertrages, nicht aber über die Höhe des Anfangsmietzinses entscheiden dürfen. Die Revision übersieht, daß der durch das Berufungsurteil beschiedene Antrag der Kläger ausdrücklich auch darauf gerichtet war festzustellen, der Anfangsmietzins unterliege keiner Minderung. Daß auch ein einzelner Anspruch aus einem Vertrag ein Rechtsverhältnis darstellt und deshalb Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, bedarf keiner näheren Begründung.

Das Feststellungsinteresse der Kläger ist nicht zweifelhaft, nachdem der Beklagte nicht nur das Bestehen des Mietvertrages bestreitet, sondern sich hilfsweise auch gegen die Höhe des vereinbarten Mietzinses wendet, und nachdem zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht der Mietvertrag nach seinem Wortlaut erst in 4 Jahren ablief. Es kann deshalb dahinstehen, ob der Antrag der Kläger wirklich nach § 280 ZPO (Zwischenfeststellungsklage) zu beurteilen ist, der ein Rechtsschutzinteresse an der begehrten Feststellung nicht voraussetzt. Die Klage ist jedenfalls auch nach § 256 ZPO zulässig.

2. Im zweiten Rechtszuge hat der Beklagte erklärt, er lasse seinen Einwand, der Mietvertrag sei von Anfang an nichtig, fallen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bezog sich das nicht nur auf die auf § 138 BGB gestützten Klagabweisungsgründe, sondern auch auf den Einwand, der Vertrag sei wirksam nach §§ 119 Abs. 2, 123 BGB angefochten. Das ergibt sich nicht nur aus § 142 BGB, sondern auch daraus, daß der Beklagte seit der Abgabe der erwähnten Erklärung seine Verteidigung ausschließlich auf die §§ 549, 242 BGB gestützt hat.

Anhaltspunkte für eine anfängliche Nichtigkeit sind, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nicht gegeben. Auch die Revision hat insoweit Angriffe nicht erhoben.

3. Erfolg hat die Rüge, das Berufungsgericht habe zu Unrecht ein Kündigungsrecht des Beklagten verneint.

a) Das Berufungsgericht unterstellt, daß die Kläger die Erlaubnis zu der vom Beklagten beabsichtigten Weitervermietung der Obergeschoßräume an den Gastwirt Wendt verweigert haben. Es kann dahinstehen, ob die Kläger damit nicht gegen den Vergleich vom 17. Dezember 1965 verstießen, wo sie grundsätzlich eine solche Zustimmung schon erteilt hatten (zur Rechtswirksamkeit dieses Vergleichs siehe die Ausführungen unter IV 2). Schon nach § 549 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet die Versagung der Erlaubnis ein Kündigungsrecht des Beklagten. Diese Kündigung hat er in dem beim Landgericht eingereichten Schriftsatz seines Prozeßbevollmächtigten vom 2. Dezember 1967 ausdrücklich ausgesprochen.

Es ist deshalb nicht richtig, daß, wie das Berufungsgericht meint, der Beklagte allenfalls Schadenersatzansprüche, die übrigens bisher gar nicht geltend gemacht sind, aus der Verweigerung der Erlaubnis der Untervermietung herleiten könne.

b) In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Kläger vortragen lassen, § 549 BGB sei nicht anwendbar, weil zwischen den Parteien kein Mietverhältnis, sondern ein Pachtverhältnis bestehe. Da auch nur für die im Obergeschoß gelegenen Räume die Überlassung an einen Dritten angeblich versagt worden sei, komme allenfalls eine Kündigung hinsichtlich dieser Räume in Betracht. Mehr habe der Beklagte auch gar nicht gewollt.

aa) Pacht läge nur vor, wenn dem Beklagten eingerichtete Gewerberäume überlassen worden wären. Daß das der Fall war, kann den Akten nicht entnommen werden und ist in den Tatsacheninstanzen auch nicht vorgetragen worden. Insbesondere war nie die Rede davon, daß die Obergeschoßräume als Gaststätte eingerichtet gewesen seien. Der Vortrag der Kläger kann deshalb schon nach § 561 ZPO nicht berücksichtigt werden.

bb) Es liegt nahe, braucht hier aber nicht entschieden zu werden, daß der Mieter, dem der Vermieter auch nur hinsichtlich eines Teiles der Mieträume die Untervermietung untersagt, in jedem Fall den Mietvertrag in vollem Umfang kündigen kann. Hier ist ein solches Kündigungsrecht deshalb anzunehmen, weil der Beklagte im Einverständnis der Kläger einen Teil der Mieträume (Erdgeschoß) bereits untervermietet hatte und nach übereinstimmender Auffassung der Parteien, wie sie insbesondere aus dem Vergleich vom 17. Dezember 1965 folgt, dem Beklagten eine angemessene wirtschaftliche Verwertung des gesamten Mietobjekts nur durch eine Untervermietung auch der Obergeschoßräume möglich war. Zumindest in einem solchen Falle kann dem Mieter die Kündigung des Mietvertrages im Ganzen nach § 549 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht versagt werden.

cc) Unrichtig ist schließlich, daß der Beklagte nur eine Teilkündigung gewollt habe. Das Gegenteil ergibt sich aus seinen Anträgen und aus dem Inhalt seines Vortrages in den Tatsacheninstanzen.

c) Der Senat ist indessen nicht in der Lage, gemäß §§ 549 Abs. 1 Satz 2, 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB festzustellen, daß der Mietvertrag (nur) bis 31. März 1968 wirksam war. Die Kläger haben bestritten, eine Untervermietung untersagt zu haben. Der Beklagte hat für seine gegenteilige Behauptung wiederholt Beweis angetreten. Dieser Beweis ist nicht erhoben worden. Der Rechtsstreit bedarf deshalb erneuter Prüfung, soweit das Berufungsgericht ein Fortbestehen des Mietvertrages über den 31. März 1968 hinaus angenommen hat (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

4. Kein Kündigungsrecht stand dem Beklagten aus § 242 BGB zu. Vergeblich beruft sich die Revision auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 21. November 1968 - VII ZR 89/66 (NJW 1969, 233). Die Geschäftsgrundlage des Mietvertrages ist nämlich nicht weggefallen.

a) Der Beklagte macht geltend, in Gelsenkirchen seien die Geschäftsraummieten seit 1964 gefallen. Demgegenüber seien die Beamtengehälter laufend gestiegen. Die Wertsicherungsklausel habe deshalb bewirkt, daß der Beklagte trotz eines Rückgangs der Geschäftsraummieten einen ständig steigenden Mietpreis zahlen müsse. Angesichts dieser Entwicklung hätten sich die Kläger der neu entstandenen Lage zumindest insoweit anpassen müssen, als sie auf weitere Mietzinssteigerungen verzichteten. Das hätten sie indessen nicht getan. Daraus folge in Übereinstimmung mit der obengenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes das Recht zur Kündigung, die bereits im Jahre 1967 ausgesprochen worden sei.

b) Die von den Klägern bestrittene Behauptung, daß die Geschäftsraummieten in G■■■■■■■■■■, jedenfalls in der Gegend, in der die hier streitigen Räume liegen, seit 1964 gefallen oder zumindest nicht gestiegen sind, kann mit dem Berufungsgericht als richtig unterstellt werden. Gleichwohl bewirkt die Tatsache, daß demgegenüber das in der Wertsicherungsklausel gewählte Bezugsgehalt eines Verwaltungsoberinspektors laufend gestiegen ist und voraussichtlich weiter steigen wird, keinen Wegfall der Geschäftsgrundlage. Der Ausgangspunkt der Auffassung des Beklagten, durch die Wertsicherungsklausel habe der Mietzins an den jeweiligen Mietwert angepaßt werden sollen, ist nämlich unrichtig. Vielmehr ist es der regelmäßige Zweck einer Wertsicherungsklausel in langfristigen, auf laufende Zahlungen gerichteten Verträgen, etwaige Kaufkraftschwankungen des Geldes auszugleichen. So hat, wie der Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt, auch das Berufungsgericht die hier zu beurteilende Klausel ausgelegt (vgl. auch das Senatsurteil vom 8. November 1972 - VIII ZR 123/71 = WM 1972, 1442). Zum Ausgleich von Kaufkraftschwankungen aber sind (u.a.) Löhne und Gehälter, die nach aller, schon 1964 bekannter Erfahrung einem etwaigen, auch damals schon erkennbaren ständigen Kaufkraftschwund angepaßt werden, ganz besonders geeignet. Hätten die Parteien eine Regelung angestrebt, die die jeweiligen Wertschwankungen auf dem Geschäftsraummietenmarkt gerade in Gelsenkirchen ausgleichen sollte, so hätten sie, wie schon das Oberlandesgericht zutreffend gesehen hat, nicht ein Beamtengehalt als Bezugsgröße gewählt; denn daß Mieten einerseits und Löhne und Gehälter andererseits eine durchaus verschiedene Entwicklung nehmen können, ist offensichtlich. Das folgt vor allem daraus,

daß die Kaufkraftschwankungen und die ihnen regelmäßig folgenden Löhne und Gehälter die gesamtwirtschaftliche Entwicklung wiedergeben, innerhalb deren sich wirtschaftliche Teilbereiche wie z.B. die Geschäftsraum-mieten ohne ausschlaggebende Wirkung auf das gesamtwirtschaftliche Ergebnis abweichend entwickeln können. Dies gilt erst recht, wenn man insoweit auf die örtlichen Entwicklungen abstellt, die ihrerseits wieder untereinander verschieden sein können. Nach allem kann der vom Beklagten behauptete Inhalt der Wertsicherungsklausel nicht angenommen werden.

Daß die Mietpreisabsprache eines langfristigen Vertrages - und zu ihr gehört auch die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel - sich wegen Veränderung der Umstände unerwartet zuungunsten der einen oder anderen Partei auswirkt, gehört zum typischen Risiko beider Teile eines Dauerschuldverhältnisses. Hätten die Parteien etwa einen verhältnismäßig niedrigen Mietzins ohne Wertsicherungsklausel vereinbart, und hätten sich die Geschäftsraum-mieten unerwartet steil nach oben entwickelt, so müßten sich die Kläger auf die Dauer des fest abgeschlossenen Vertrages ebenso an dieser Preisabsprache festhalten lassen, wie sie es tun müßten, wenn die vereinbarte Wertsicherungsklausel sie deshalb benachteiligt hätte, weil - anders als hier - die Geschäftsraum-mieten den Beamtengehältern davongelaufen wären.

Bestand demnach für die Kläger kein Grund, auf die vom Beklagten gewünschte Änderung des Vertragsinhaltes einzugehen, so kann der Beklagte auch nicht wegen der Verweigerung der Vertragsanpassung ein Recht zur Kündigung geltend machen.

5. a) Die Ausführungen unter II 4 ergeben, daß auch die Angriffe, die die Revision gegen die Höhe des vom Berufungsgerichts ermittelten Ausgangsmietzins von 5 500 DM richtet jedenfalls insoweit keinen Erfolg haben können, als sie auf § 242 BGB (Wegfall der Geschäftsgrundlage) gestützt sind.

b) Die Revision meint allerdings, das Berufungsgericht hätte auch aus einem anderen Grund zu einer niedrigeren Miete als 5 500 DM gelangen müssen. Zwar habe das Berufungsgericht zugunsten des Beklagten berücksichtigt, daß die im Vertrag angegebene Fläche der Mieträume von (zusammen) ca. 310 qm nach dem eingeholten Sachverständigengutachten nur rund 277 qm, also 12 % weniger betragen habe. Das Berufungsgericht habe aber nicht beachtet, daß der Mietwert der beiden Geschosse ganz unterschiedlich sei. Unwidersprochen habe der Beklagte vorgetragen, für das Erdgeschoß betrage der Mietwert je qm 40 DM, für das Obergeschoß lediglich 10 DM. Da nach dem Sachverständigengutachten der Fehlbestand im Erdgeschoß wesentlich größer sei (nämlich rund 21 qm) gegenüber dem Obergeschoß (dort nur 11 qm) hätte das Berufungsgericht einen erheblich geringeren Mietzins als Ausgangsmiete festsetzen müssen.

Dieser Revisionsangriff ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat keineswegs übersehen, daß nach dem Vortrag des Beklagten ein - übrigens auch naheliegender - Unterschied im Mietwert zwischen Erdgeschoß und Obergeschoß besteht. Es hat aber zutreffend ausgeführt, daß dem Beklagten ein einheitliches Gesamtobjekt bestehend aus Erdgeschoß und Obergeschoß zum Betriebe eines

Geschäftes vermietet worden ist, und daß dabei ein Pauschalmietzins für Erdgeschoß und Obergeschoß vereinbart wurde. Diese Auslegung eines Individualvertrages läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Der Beklagte kann nicht, nachdem aus in seiner Person liegenden Gründen eine Trennung der Räume in Erdgeschoß und Obergeschoß vorgenommen wurde und dadurch 2 (Unter-)Mietobjekte geschaffen worden sind, daraus die allein ihm günstige Folge herleiten, es müsse nunmehr für den Ausgangsmietzins eine getrennte Berechnung von Erdgeschoßmiete und Obergeschoßmiete stattfinden.

III. Zur Revision der Kläger.

Die Kläger wenden sich gegen eine Herabsetzung des Ausgangsmietzinses. Ihre Rügen können keinen Erfolg haben.

1. Soweit sie geltend machen, das Berufungsgericht habe eine zu niedrige Quadratmeterzahl angenommen, greifen sie die allein dem Tatrichter vorbehaltene Beweiswürdigung an. Das Berufungsgericht hat sich auf das von ihm eingeholte Sachverständigengutachten gestützt. Daß es die Erhebung eines Obergutachtens abgelehnt hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Angriffe, die die Kläger vor dem Oberlandesgericht gegen die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen erhoben hatten, waren mit den Ausführungen des Architekten der Kläger begründet worden. Das Berufungsgericht, das über die Einholung eines Obergutachtens ohnehin nach seinem Ermessen befinden konnte, hat die Bestellung eines weiteren Sachverständigen zutreffend mit der Begründung abgelehnt, der Architekt der Kläger habe über die Größe der Mietflächen ständig wechselnde

Angaben gemacht, so daß dadurch das Ergebnis des gerichtlichen Sachverständigen nicht habe erschüttert werden können.

2. Die Revision der Kläger meint weiter, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Mietvertrag in der für die Größe der Mieträume vorgesehenen Spalte des Vertragstextes keine Zahlenangaben enthalte, und daß im übrigen im Rahmen des § 1 die vermietete Fläche nur mit "ca." bestimmt worden sei. Sie ist der Auffassung, daraus habe das Berufungsgericht folgern müssen, auf die genaue Größe der Mieträume sei es nicht angekommen, auf jeden Fall habe eine Abweichung von 12 % noch innerhalb der vertraglich eingeräumten Schwankungsbreite schon deshalb gelegen, weil seinerzeit die Räume noch nicht fertiggestellt gewesen seien.

Auch damit bewegt sich die Revision im wesentlichen auf dem ihr verschlossenen Gebiete der tatsächlichen Würdigung. Das Berufungsgericht hat die "ca."-Angabe der Mietfläche im Vertrag nicht übersehen. Es geht davon in seiner Begründung vielmehr ausdrücklich aus. Es ist auch nicht zu beanstanden, daß es dem Umstand keine Bedeutung beigemessen hat, daß die Parteien die Größe der vermieteten Fläche innerhalb desselben Absatzes des § 1 des Mietvertrages nur einmal und nicht zweimal angegeben haben. Außerdem ist es kein Rechtsfehler, eine Abweichung von immerhin 12 % von der vertraglich vereinbarten Mietfläche als so erheblich anzusehen, daß sie nicht mehr in den Rahmen der "ca."-Angabe fällt. Der Umstand, daß bei Vertragsschluß die Mieträume noch nicht errichtet waren, spricht in Wirklichkeit für die Auffassung des Berufungsgerichts und gegen die

At

Kläger. Hätte der Beklagte die Mieträume an Ort und Stelle besichtigt, so könnte es möglicherweise auf die nur ungefähre Angabe der Mietflächen im Vertrag nicht ankommen (vgl. etwa das Senatsurteil vom 20. Mai 1970 - VIII ZR 197/68 = WM 1970, 907). Hier konnte der Beklagte sich allein auf die vorliegenden Bauzeichnungen verlassen und mußte davon ausgehen, daß die von dem Makler der Kläger dazu gemachten Angaben jedenfalls im wesentlichen zutrafen.

3. Die Revision der Kläger bemängelt in diesem Zusammenhang weiter, nach § 1 Abs. 3 des Mietvertrages könne eine Änderung des Mietpreises bei Abweichung der Größe der Mieträume nicht verlangt werden.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß diese Klausel bei erheblichen Abweichungen nicht eingreift. Diese Auslegung läßt einen Rechtsfehler ebensowenig erkennen wie die Feststellung, daß eine Abweichung von 12 % erheblich ist.

IV. Für das weitere Verfahren ist zu bemerken:

1. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, daß die Kündigung aus § 549 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht wirksam ist, so bestimmt sich die Abrechnung über den geschuldeten Mietzins nach dem Inhalt des vor dem Erlaß des angefochtenen Urteils abgeschlossenen Zwischenvergleichs.

2. Dagegen ist der Vergleich vom 17. Dezember 1965 zumindest insoweit unwirksam, als die Streitteile dort von einem monatlichen Mietzins von 6 250 DM ausgegangen sind (§ 779 BGB). Die Herabsetzung des Mietzinses auf 5 500 DM beruht auf § 537 BGB. Sie tritt nicht erst auf Grund eines Verlangens des beklagten Mieters, sondern kraft Gesetzes ein. Bei Abschluß des Vergleichs vom 17. Dezember 1965 gingen die Parteien also zu Unrecht von einem zu hohen Mietzins aus. Die Frage der Höhe des Mietzinses war seinerzeit nicht streitig. Es ging vielmehr nur darum, ob die Kläger den Mietzins gestundet hatten. Hätten die Parteien gewußt, daß sie sich über die Höhe des Mietzinses im Irrtum befanden, so wäre der durch Vergleich beendete Streit über die Zahlungspflicht des Beklagten in der Höhe nicht entstanden, die 5 500 DM monatlich überstieg. Es ist also nicht nur die erste Voraussetzung des § 779 BGB erfüllt, daß der als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht. Vielmehr wäre der Streit jedenfalls teilweise bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht entstanden (RGZ 114, 120, 121; 149, 140, 142). Die Frage, ob danach der gesamte Vergleich hinfällig ist, bedarf keiner Erörterung. Es genügt die Feststellung, daß der Vergleich, soweit er einen 5 500 DM übersteigenden monatlichen Mietzins zum Gegenstand hat, der Wirksamkeit ermangelt. In dieser Höhe steht dem Beklagten, soweit er geleistet hat, ein notfalls zur Verrechnung heranzuziehender Bereicherungsanspruch zu (BGB RGRK 11. Aufl. § 779 Anm. 34).

3. Hat der Beklagte wirksam gekündigt, so gilt zunächst gleichfalls das unter IV 1 und 2 Ausgeführte,

jedoch schuldet der Beklagte von der Beendigung des Vertrages an keinen Mietzins mehr.

a) Eine Anwendung des § 568 BGB (Fortsetzung des Mietvertrages) kommt nicht in Betracht, weil der Beklagte seit seiner Kündigung im Dezember 1967 stets geltend gemacht hat, der Mietvertrag sei aufgelöst. Es bedarf deshalb keiner Prüfung, ob § 2 Abs. 7 des Mietvertrages, wonach § 568 "bei Ablauf der Mietzeit" nicht gilt, auch eingreift, wenn der Mietvertrag gekündigt worden ist.

b) Die Kläger können den Mietzins auch nicht in Form der Entschädigung nach § 557 BGB verlangen. Diese Vorschrift setzt voraus, daß der Mieter trotz Beendigung des Vertrages die Mietsache dem Vermieter vorenthält. An einer Vorenthaltung fehlt es aber, wenn der Vermieter, wie hier die Kläger, der Auffassung des Mieters, der Vertrag sei beendet, widerspricht (Senatsurteil vom 22. März 1960 - VIII ZR 177/59 = NJW 1960, 909). Auch in ihrer Erklärung vor dem Oberlandesgericht am 17. Oktober 1969 haben die Kläger sich nicht etwa auf den Standpunkt gestellt, das Mietverhältnis sei aufgelöst. Erklärt haben sie vielmehr dort nur, sie seien für den Fall der Rückgabe des gesamten Mietobjekts, falls es geräumt sei, mit einer vorzeitigen Aufhebung des Mietvertrages einverstanden. Solange der Vermieter das Mietverhältnis aber als nicht beendet ansieht, kann er eine solche Räumung nicht verlangen und es kommt auch nicht darauf an, ob der Mieter während dieser Zeit zur Rückgabe in der Lage war (BGH aaO).

c) Der Beklagte schuldet daher für die Zeit nach Auflösung des Mietvertrages nur eine Nutzungsentschädigung nach Bereicherungsgrundsätzen, die allerdings regelmäßig dem objektiven Mietwert entspricht (Senatsurteile in BGHZ 44, 241, 243 und vom 28. Juli 1967 - VIII ZR 59/65 = BGHWarn 1967 Nr. 145).

d) Mit der Beendigung des Mietvertrages ist auch die Wertsicherungsklausel hinfällig. Die Kläger können also für die Zeit nach Auflösung des Vertrages aus der Anhebung des Gehalts eines Verwaltungsoberinspektors in Nordrhein-Westfalen keine Erhöhung der ihnen zustehenden Nutzungsentschädigung herleiten. Die Rechtsprechung des Senats zu § 557 BGB greift nicht ein, nach der der Mieter auch nach Beendigung des Vertrages sich eine vereinbarte Anpassung des Mietzinses gefallen lassen muß, weil der Vermieter durch die Vorenthaltung der Mietsache nicht schlechter gestellt werden darf, als es bei Fortsetzung des Vertrages der Fall wäre (Urteil des Senats vom 30. Oktober 1963 - VIII ZR 114/62); denn

17

- 21 -

ein Fall der Vorenthaltung der Mieträume ist, wie bereits ausgeführt wurde, nicht gegeben.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Claßen

Richter am BGH
Mormann ist beur-
laubt und ortsabwesend
und kann deshalb nicht
unterschreiben.

Dr. Haidinger

Braxmaier