

BUNDESGERICHTSHOF 2078 022

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 123/63

URTEIL

Verkündet am

14. Juni 1965
Klett, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

gegen

1)

2)

3)

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 14. November 1962 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die jetzigen Kläger (auch weiterhin als "Klägerin" bezeichnet) sind als Rechtsnachfolger der ursprünglichen Klägerin, einer offenen Handelsgesellschaft, Eigentümer des Grundstücks Zeil 43 in Frankfurt/Main. Am 18. April 1958 mietete der Beklagte Räume im Keller, im Erdgeschoß und in der ersten Etage dieses Anwesens zum Betriebe einer Expressreinigung (§ 1), für die Zeit vom 1. November 1958 bis zum 31. Oktober 1968 (§ 2) zu einem monatlichen Mietzins von 1 240 DM (§ 3) zuzüglich Nebenkosten. Nach § 6 darf der Mieter gegenüber dem Mietzins mit einer Gegenforderung nicht aufrechnen. Laut Zusatzvereinbarung vom selben Tage erfolgte die Anmietung durch den Beklagten "für sich oder eine Gesellschaft, an welcher er Teilhaber ist". In der Zusatzvereinbarung ist (§ 1 Satz 2 ff) bestimmt:

"Die Räume werden gemietet zur Errichtung einer Reinigung. Nur wenn die Existenz der Reinigung in Gefahr ist, wird dem Mieter gestattet, sein Geschäft auf eine Branche, welche nicht im Hause ist, umzustellen. In jedem Fall ist die Zustimmung des Vermieters schriftlich einzuholen. Ohne schriftliche Zustimmung darf eine Branchenänderung nicht vorgenommen werden. ..."

Das Grundstück wurde damals wiederaufgebaut. Nach § 2 des Zusatzvertrages war vom Mieter ein unverzinslicher Baukostenzuschuß in Höhe von 6 750 DM bei Vertragsabschluß zu zahlen, dessen Rückzahlung in keinem Falle, auch nicht "bei vorzeitiger Beendigung der Mietdauer" erfolgen sollte. Im § 3 der Zusatzvereinbarung wurden dem Mieter einige bauliche Veränderungen auf eigene Kosten gestattet. § 5 lautet:

"Sollte das Mietverhältnis aus irgendeinem Grunde vorzeitig gelöst werden, dann ist der Mieter berechtigt, einen Nachfolger, welcher in die Rechte und Pflichten des Mietvertrages und Zusatzvereinbarung eintritt, vorzuschlagen. Der neue Mieter muß dem Vermieter genehm sein.
..."

Am 13. Mai 1958 gründete der Beklagte zusammen mit den Kaufleuten Henryk K. [REDACTED] und Julius T. [REDACTED] die R. [REDACTED]-Reinigung und Wäscherei, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die im Handelsregister eingetragen wurde. Diese unterhielt Zweigstellen in Fulda und Frankfurt, dort in den vom Beklagten gemieteten Geschäftsräumen im Hause der Kläger. In diesen Räumen wurden eine Reihe von der Gesellschaft unter Eigentumsvorbehalt gekaufter Maschinen aufgestellt. Die drei Gesellschafter schlossen am 30. November 1959 einen notariellen Vertrag. Darin heißt es über seinen Zweck:



"Die Erschienenen wollen die Gesellschaft bzw. die vorhandenen Werte untereinander aufteilen, sobald die entsprechende Basis gegeben ist, das heißt, sobald die vorhandenen auf Raten gekauften Maschinen und sonstigen Gegenstände voll bezahlt und somit Eigentum der GmbH sind, oder die Lieferfirma dieser Maschinen und sonstigen Werte mit der Übernahme der Restverpflichtungen durch einen oder zwei Gesellschafter der GmbH einverstanden sind."

In dem Vertrag wurde "für die Zeit bis zur Aufteilung und für die Durchführung" bestimmt:

"Mit Wirkung vom 1. September 1959 soll das Geschäft Frankfurt am Main, Zeil 43 ... von ... Dr. B. [REDACTED] (= Beklagter) allein übernommen und geführt werden."

Mit Wirkung von diesem Tage sollte der Beklagte die vorhandenen Maschinen und sonstigen Anlagenwerte "übernehmen" (Ia). Die Gesellschafter K. [REDACTED] und T. [REDACTED] sollten vom gleichen Tage ab die Zweigniederlassung Fulda "übernehmen". Der Vertrag regelt, wer von den Gesellschaftern bestimmte Verbindlichkeiten der Gesellschaft bezahlen soll. Es ist weiter vereinbart, daß für beide Zweigstellen gesonderte Buchhaltungen "im Rahmen der Gesellschaft" geführt werden sollen (XI). Nr. XVI lautet:

"Es besteht Einigkeit zwischen den Vertragsschließenden, daß die Gesellschafter K. [REDACTED] und T. [REDACTED] bezüglich der Mieträume Frankfurt am Main Zeil 43 ... mit Wirkung vom 1. September 1959 keine Ansprüche mehr haben ..."

In Nr. XVIII Satz 1 und 2 ist bestimmt:

"Es besteht Einigkeit, daß der oder die Geschäftsführer von Frankfurt in Fulda kein Mitspracherecht haben. Das gleiche gilt für den oder die Geschäftsführer von Fulda für Frankfurt am Main."

Ebenfalls am 30. November 1959 fand eine Gesellschafterversammlung statt, in der der Beklagte auf seinen Wunsch als Geschäftsführer abberufen und auf seinen Vorschlag seine Ehefrau zur Geschäftsführerin bestellt wurde. Diese nahm die Stellung jedoch nicht an.

Im Jahre 1960 kam es zwischen der ursprünglichen Klägerin und dem Beklagten zu einem Schiedsgerichtsverfahren. In diesem wurde am 30. Mai 1960 ein Vergleich abgeschlossen. Darin verpflichtete sich der Beklagte (Nr. 2) zusätzlich zur Zahlung fester Nebenkosten in Höhe von 78,43 DM monatlich. Außerdem wurde (unter Nr. 3) vereinbart:

"Bleibt der Beklagte mit einer laufenden monatlichen Mietzahlung - zu der auch die in Ziffer 2 genannten Beträge gehören - über den 15. des laufenden Monats hinaus ganz oder teilweise im Rückstand, so ist die Klägerin ohne vorherige nochmalige Mahnung berechtigt, das Mietverhältnis schriftlich zu kündigen."

Am 25. Januar 1961 wurde der Beklagte durch Beschluß der Gesellschafterversammlung aus der Gesellschaft ausgeschlossen. Am 24. Februar 1961 teilte die Klägerin durch ihre Anwälte dem Beklagten mit, sie würde in keinem Falle ihre Zustimmung dazu geben, daß er eine Imbißstube in den gemieteten Geschäftsräumen errichte. Über den Ausschluß kam es zu einem Rechtsstreit zwischen dem Beklagten und der Gesellschaft. Das Landgericht schloß den Beklagten aus; das Berufungsgericht (Urteil vom 19. Juni 1962 - 5 U 215/61 - OLG Frankfurt) bestätigte den Ausschluß. Die Revision des Beklagten wurde inzwischen zurückgewiesen (Urteil vom 17.9.1964 - II ZR 132/62 -). Außerdem erhob die Gesellschaft im März 1961 Klage gegen den Beklagten mit dem Antrage, ihn zu verurteilen, darin einzuwilligen, daß der Mietvertrag über die Geschäftsräume auf sie umgeschrieben werde und daß der Beklagte ihr alle Rechte aus dem Mietvertrag abtrete und ihr den Besitz der Mieträume überlasse. Die Klage hatte beim Landgericht und Oberlandesgericht

Erfolg. Verhandlung über die Revisionen des Beklagten gegen die oberlandesgerichtlichen Urteile in dieser Sache (Urt.v. 19. Juni 1962 und Ergänzungsurteil vom 23. Oktober 1962 - 5 U 149/61) steht gleichzeitig mit der Verhandlung vor dem Senat im gegenwärtigen Rechtsstreit an.

In diesem handelt es sich um die Klage der Vermieter auf Zahlung rückständiger Miete und Räumung und die Widerklage des Beklagten auf Feststellung, daß die Rechte aus § 5 der Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag, einen Nachfolger vorzuschlagen, dem Beklagten der Vermieterin gegenüber zustehen.

Dazu ist unstreitig, daß die Vermieterin der Gesellschaft am 21. März 1961 mitteilte, sie sei bereit, den Mietvertrag auf die Gesellschaft umzuschreiben, daß der Beklagte seit August 1961 keine Miete mehr zahlte und daß ihm die Vermieterin deswegen am 17. August 1961 schriftlich kündigte. Sie lehnte es auch ab, als ihr der Beklagte darauf einen Mietnachfolger (B [REDACTED]) benannte, mit diesem einen Mietvertrag abzuschließen.

Das Landgericht sprach der Vermieterin insgesamt 5 275,75 DM für die Monate August bis einschließlich November 1961 zu und verurteilte den Beklagten zur Räumung. Die Widerklage wies es ab. Zur Klage blieb die Berufung des Beklagten ohne Erfolg. Auf die Widerklage stellte das Berufungsgericht fest, daß dem Beklagten die Rechte aus § 5 der Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag vom 18. April 1958 über die im Hause Zeil 43 Parterre und erste Etage gelegenen Räume der Klägerin gegenüber zustehen.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, erstrebt der Beklagte Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht spricht den Klägern den eingeklagten Betrag, dessen Höhe unstreitig ist, teils als Miete (für August 1961) teils als Nutzungsentschädigung gemäß § 557 BGB für die folgenden Monate (BU 12, 13) zu. Die fristlose Kündigung vom 17. August 1961 hält es für berechtigt, weil der Beklagte an diesem Tage mit einer laufenden monatlichen Mietzahlung über den 15. des laufenden Monats hinaus im Rückstand geblieben sei, so daß die Voraussetzungen für eine solche Kündigung nach Nr. 3 des im Schiedsgerichtsverfahren abgeschlossenen Vergleichs gegeben gewesen seien (BU 17). Aus diesem Grunde sei auch das Räumungsbegehren begründet.

Die Einwände des Beklagten gegen seine Mietzahlungsverpflichtung und gegenüber dem Räumungsverlangen greifen nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht durch.

II. Zur Zahlung von Miete will der Beklagte deshalb nicht verpflichtet gewesen sein; weil er gegenüber dem Mietzahlungsanspruch mit seinem Anspruch auf Rückzahlung des nicht verbrauchten Baukostenzuschusses habe aufrechnen können und weil ihm die Klägerin den Gebrauch der Mieträume "vorenthalten" habe.

1. Der Aufrechnungseinwand muß nach Auffassung des Berufungsgerichts schon daran scheitern, daß eine Aufrechnung mit Gegenforderungen nach § 6 des Mietvertrages ausgeschlossen ist.

2. Die Gebrauchsentziehung erblickt der Beklagte einmal darin, daß ihm die Vermieterin im Februar 1961 die Genehmigung zu einer Branchenänderung (statt Reinigungsunternehmen Einrichtung einer Imbißstube oder auch eines Verkaufsladens)

verweigert habe, und schließlich darin, daß die Vermieterin im Juli 1961 an den in den Geschäftsräumen befindlichen Maschinen unbefugterweise ein Vermieterpfandrecht geltend gemacht habe, wodurch sie verhindert habe, daß die Lieferfirmen, die wegen nichtvollständiger Zahlung des Kaufpreises noch Vorbehaltseigentum an diesen Maschinen hatten, sie in Ausübung ihrer Rechte zurücknahmen und aus den Räumen entfernten. In beiden Maßnahmen sieht das Berufungsgericht keine Gebrauchsentsziehung der Mieträume, die den Beklagten hätten berechtigen können, seiner Vermieterin keine Miete mehr zu zahlen.

a) Zur Versagung der Genehmigung einer Branchenänderung führt das Berufungsgericht aus (BU 13, 14), der Beklagte habe sich damit abgefunden, habe die Absicht der Branchenänderung aufgegeben und die Miete bis einschließlich Juli 1961 weitergezahlt, ohne etwas zu unternehmen. Damit habe er sein Recht, sich auf diese Versagung zu berufen, verwirkt.

b) Zu der Geltendmachung eines Pfandrechts an den dem Beklagten nicht gehörenden Maschinen meint das Berufungsgericht, dadurch seien allenfalls die Rechte der Eigentümer der Maschinen verletzt worden. Nähmen diese die Ausübung des Pfandrechts hin, so könne sich der Mieter nicht darauf berufen, dem Vermieter stehe ein Pfandrecht nicht zu. Darin, daß der Vermieter den Eigentümer zur Duldung der Ausübung eines nicht bestehenden Pfandrechts veranlasse, könnte deshalb auch keine Verletzung der Rechte des Mieters gesehen werden (BU 13). Schließlich beruhe aber auch die Unmöglichkeit für den Beklagten, in den Geschäftsräumen eine eigene Reinigung zu betreiben, nicht auf dem Verhalten der Vermieterin, sondern darauf, daß er die Mieträume der Gesellschaft überlassen und diese befugt ihre Maschinen eingebracht habe. Es sei nicht Sache der Vermieterin, dem Beklagten bei Durchführung seines etwaigen Räumungsanspruchs gegen die "Gesellschaft" behilflich zu sein (BU 16).

III. Zu dem gegenüber dem Räumungsbegehren erhobenen Einwand der Arglist führt das Berufungsgericht aus, selbst wenn zwischen der Gesellschaft und der Klägerin vereinbart worden sein sollte, wie der Beklagte behauptete, die Gesellschaft solle an ihn keine Zahlungen leisten, liege darin keine arglistige Schädigung des Beklagten, weil die Gesellschaft nicht verpflichtet gewesen sei, an den Beklagten Miete oder Nutzungsent-schädigung zu zahlen (BU 19). Dazu meint das Berufungsgericht, der Beklagte habe entgegen der vom 5. Zivilsenat dieses Gerichts in seinem Urteil vom 19. Juni 1962 vertretenen Auffassung, die Räume nicht als Treuhänder der Gesellschaft gemietet (BU 19 ff), er habe sie vielmehr an diese untervermietet (BU 25). Dieser Untermietvertrag sei allerdings durch den Vertrag vom 30. November 1959 aufgehoben worden. Weil dieser Vertrag jedoch, wie das Berufungsgericht im einzelnen darlegt, mit Rücksicht auf eine Reihe in ihm enthaltener nichtiger Bestimmungen in vollem Umfange unwirksam sei, sei die Gesellschaft infolge Fortbestehens des Untermietvertrages an sich verpflichtet gewesen, an den Beklagten weiterhin durch Zahlung von Miete an die Klägerin Untermiete zu zahlen. Die Gesellschaft habe aber ohne Verschulden annehmen können, daß der Beklagte aufgrund des Vertrages vom 30. November 1959, dessen Nichtigkeit sie nicht habe erkennen können, diese Miete habe zahlen müssen (BU 28). Sie sei deshalb nicht im Verzuge gewesen. Von dem Zeitpunkt an, in dem die Gesellschaft die Einräumung des Besitzes an den Betriebsräumen der Frankfurter Filiale begehrte und der Beklagte dem nicht nachkam, habe die Gesellschaft keine Miete mehr zu zahlen brauchen (BU 29).

B.

Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist zwar nicht in allen Punkten zu folgen. Im Ergebnis hat es jedoch rechtsirrtumsfrei verneint, daß sich der Beklagte dem Räumungsbegehren widersetzen und daß er gegen den Zahlungsanspruch Einwendungen

erheben kann, die seine Zahlungspflicht berühren oder ein Leistungsverweigerungsrecht begründen würden.

I. 1. Die Revision sieht in dem Bemühen der Klägerin, die Gesellschaft in dem Besitz der Mieträume zu erhalten, obwohl die Gesellschaft dem Beklagten gegenüber kein Recht zum Verbleib darin gehabt habe, einen Vorstoß gegen den Mietvertrag und ein Vorenthalten des Mietbesitzes. Die vorsätzliche rechtswidrige Geltendmachung eines Vermieterpfandrechts mit dem Ziel, die Maschinenlieferanten zur weiteren Belassung ihrer Maschinen in den Mieträumen zu bestimmen, sei lediglich ein Ausdruck der Entziehung des Mietbesitzes gewesen. Da die Klägerin gewußt habe, daß die Gesellschaft irgendwelche Zahlungen an den Beklagten zur Deckung des Mietzinses nicht leistete, habe die notwendige Folge des Verhaltens der Klägerin die "Aushungerung" des Beklagten sein müssen. Was bezweckt sei, ergebe sich daraus, daß die Klägerin der Gesellschaft die Mieträume und die Gesellschaft der Klägerin Zahlung der Miete zugesagt habe, wenn sie die Räume erhalte. In allem erblickt die Revision ein arglistiges "Zusammenspiel zwischen der Klägerin und der Gesellschaft", das den Beklagten zur Zahlungsverweigerung berechtige.

2. Der Revisionserwiderung ist darin zu folgen, daß sich die Revision mit ihrem Vortrag zum Teil von dem unstreitigen und dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt entfernt. Nach diesem läßt sich ein arglistiges Zusammenwirken, von dem die Revision ausgeht, nicht feststellen.

a) Schon der Ausgangspunkt der Revision, die Gesellschaft habe die Maschinen "unbefugt" in den Geschäftsräumen belassen, ist nicht richtig. Dazu verweist die Revisionserwiderung zutreffend darauf, daß der Beklagte nach der Vereinbarung vom 30. November 1959, wenn auch nur im Innenverhältnis, das Geschäft Frankfurt am Main, Zeil 43, "mit den vorhandenen Maschinen und sonstigen Anlagen übernahm" und sich gleichzeitig

verpflichtete, die dafür noch zu leistenden Raten zu tragen und zu bezahlen (Ia und c). Hiernach mußte die Gesellschaft die Maschinen sogar in den Räumen belassen, andererseits brauchte sie weder Miete noch Abzahlungsraten zu leisten, die als "Unkosten" vom Beklagten übernommen und von ihm zu tragen waren. Das Berufungsgericht nimmt nun allerdings an, der Vertrag vom 30. November 1959 sei nichtig. Diese Auffassung, die vom Beklagten selbst nicht vertreten worden ist und auch von der Revision nicht geteilt wird, ist jedoch unrichtig. Das hat der erkennende Senat in dem heute verkündeten Urteil in der gleichzeitig verhandelten Sache - VIII ZR 309/62 - im Einklang mit dem Urteil des II. Zivilsenats vom 17. November 1964 - II ZR 136/62 - ausgesprochen. In diesem Urteil ist das Urteil des 5. Zivilsenats des Berufungsgerichts vom 19. Juni 1962 betr. Ausschluß des Beklagten aus der Gesellschaft bestätigt. Wie in diesem Urteil weiter ausgesprochen ist, war der Beklagte nach der Vereinbarung vom 30. November 1959 im Verhältnis zur Gesellschaft nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Frankfurter Filiale als Expressreinigungsunternehmen fortzuführen, weil nach dem Sinn des Vertrages die Gesellschaft nicht nur mit dem Fuldaer, sondern auch mit dem Frankfurter Geschäft schuldenfrei gemacht werden sollte. Durch die unberechtigte Einstellung des Reinigungsbetriebes verhielt sich der Beklagte deshalb gesellschaftswidrig, auch verletzte er den Vertrag vom 30. November 1959. Die Revision hat nun nicht aufgezeigt, daß die Gesellschaft nach dem Vertragsbruch des Beklagten verpflichtet gewesen wäre, die Reinigungsmaschinen aus den Geschäftsräumen zu entfernen oder an den Beklagten oder unmittelbar an die Klägerin wieder Miete zu zahlen. In diesem Zusammenhang ist unerheblich, ob der Beklagte die Geschäftsräume an die Gesellschaft untervermietet hatte, wie das Berufungsgericht im gegenwärtigen Rechtsstreit angenommen hat, oder ob sie der Beklagte "treuhänderisch" für die (spätere) Gesellschaft gemietet hatte, wie das Berufungsgericht in dem Rechtsstreit wegen Übertragung der Mietrechte (Urteil vom 19. Juni 1962 - 5 U 149/61 - OLG Frankfurt/Main =

1.0. 46/61 - LG Frankfurt/Main) entschieden hat. In beiden Fällen war die Gesellschaft zur Mietzahlung im Verhältnis zum Beklagten nur verpflichtet, wenn sie die Geschäftsräume zu dem vorgesehenen Zweck, Betrieb eines Reinigungsunternehmens, nutzen konnte. Daran, ihr die Räume dafür wieder zu überlassen, dachte der Beklagte jedoch gar nicht; denn er ließ sie - unstreitig - nicht in die Räume, zu denen er noch die Schlüssel hatte.

b) Von einem gegen Treu und Glauben verstoßenden "Zusammenspiel" zwischen ursprünglicher Klägerin und Gesellschaft kann unter diesen Umständen keine Rede sein, aber auch nicht davon, daß die Klägerin "vorsätzlich und rechtswidrig ein ihr nicht zustehendes Vermieterpfandrecht" geltend gemacht habe, wodurch sie dem Beklagten den Mietbesitz entzog. Dabei ist unerheblich, ob die Maschinen ursprünglich vom Beklagten oder der Gesellschaft eingebracht wurden. Sie wurden jedenfalls im Einverständnis des Beklagten, der sie später unter Übernahme der Ratenzahlungen dafür übernahm (Vertrag vom 30. November 1959 Ia und c), "auf Grund des Mietverhältnisses" in das Grundstück gebracht. Gleichgültig ist auch, daß die Klägerin wußte, daß die Maschinen weder im Eigentum des Beklagten noch in dem der Gesellschaft, sondern noch im Vorbehaltseigentum der Lieferanten standen (BU 15). In einem solchen Falle wird die Anwartschaft auf den Erwerb des Eigentums vom Vermieterpfandrecht erfaßt (Soergel/Siebert, 9. Aufl. BGB § 559 Anm. 11). Dieses Anwartschaftsrecht stand aber aufgrund des Vertrages vom 30. November 1959 dem Beklagten zu, der die Räume gemietet hatte und in deren Besitz war. Ihm gegenüber durfte die Klägerin daher der Entfernung der Maschinen im Rahmen von §§ 560, 561 BGB widersprechen (BGHZ 35, 85, 94). Wenn die Vorbehaltsverkäufer auf ihrem Rücknahmerecht bestanden hätten, würde die Vermieterin diesen Rücktritt allerdings nur entsprechend § 268 BGB durch Zahlung des restlichen Kaufpreises haben abwenden^{können} (Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 559 Anm. 11; Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961, 99). Auch

dann wären die Maschinen in den Mieträumen verblieben, ohne daß der Beklagte Rechte gegenüber der Klägerin daraus hätte herleiten können. Beließen die Vorbehaltseigentümer aber ihre Maschinen darin, weil sie die Geltendmachung des Vermietorpfandrechts hinnahmen, so gilt nichts anderes. Der Beklagte konnte zwar wegen des Verbleibes der Maschinen in den Geschäftsräumen diese nicht anderweit nutzen. Das ist aber, wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei ausgeführt hat (BU 16), im Ergebnis nicht Folge der Geltendmachung des Vermietorpfandrechts, sondern darauf zurückzuführen, daß der Beklagte die Räume der Gesellschaft überließ und diese die Maschinen, die der Beklagte später im Verhältnis zu ihr ausdrücklich übernahm, befugt in die Mieträume einbrachte, sie in ihnen beließ und die Vorbehaltseigentümer mit dem Verbleib der Gegenstände in den Räumen einverstanden waren.

II. Ob der Beklagte in ausreichendem Maße dargetan hat, daß die Voraussetzungen vorlagen, unter denen er die Genehmigung zu einer Branchenänderung von der Klägerin gemäß § 1 Abs. 2 des Zusatzvertrages verlangen konnte, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum dahingestellt sein lassen (EU 13, 14); denn es ist nicht rechtsirrig, wenn es davon ausgeht, der Beklagte habe sein etwaiges Recht, sich auf eine solche "Gebrauchsentziehung" zu berufen, durch sein nachfolgendes Verhalten verwirkt (BU 14). Die Revision hat das auch nicht angegriffen. Sie meint aber, aus dem Schreiben des Rechtsanwalts Coy vom 22. Juni 1961 ergebe sich, daß sich die Klägerin vertragswidrig geweigert habe, die Benennung eines Nachfolgers im Mietvertrag zuzulassen. Dem ist nicht zu folgen. Damals bestand noch das Mietverhältnis zwischen den Parteien. Die Revision hat nicht aufgezeigt, daß der Beklagte es von sich aus lösen konnte, nachdem er sich mit dem Verbot der Branchenänderung abgefunden hatte. Das erwähnte Schreiben ergibt auch nicht, daß sich die Klägerin schuldhaft vertragswidrig verhalten und sich damit einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht hat. Der Rei-

nigungsbetrieb lag damals schon längere Zeit still. Das konnte der Vermieterin von Geschäftsräumen nicht gleichgültig sein (Nr. 5 des Schreibens). Der Beklagte, der den Reinigungsbetrieb im Verhältnis zur Gesellschaft unberechtigt stillgelegt hatte (Urteil des II. Zivilsenats vom 17. November 1964 - II ZR 136/62), war aus der Gesellschaft (Beschluß vom 25. Januar 1961) ausgeschlossen. Dieser Beschluß hatte zwar keine Rechtswirkung. Über den Ausschluß war aber seit Anfang März 1961 ein Rechtsstreit anhängig (3⁴0.39/61 LG = 5 U 215/61 OLG Frankfurt), in dem der Beklagte in allen Rechtszügen unterlag (Urteil vom 17. November 1964 - II ZR 132/62). Ebenfalls seit März 1961 schwebte der Rechtsstreit, in dem die Gesellschaft Verurteilung des Ecklagten begehrte, darin einzuwilligen, daß der Mietvertrag auf die Gesellschaft umgeschrieben wird, und ihr die Geschäftsräume zu überlassen. In der Tatsache, daß die Klägerin ihre Zustimmung zur Umschreibung des Vertrages für den Fall der Verurteilung des Beklagten zur Erteilung seiner Einwilligung erklärte - so ist ihr Schreiben vom 21. März 1961 zu verstehen - und sich daran gebunden hielt (vgl. Schreiben vom 22. Juni 1961 unter Nr. 2), ist angesichts des Umstandes, daß die Reinigungsmaschinen sonst hätten ausgebaut werden müssen (Nr. 5 des Schreibens vom 22. Juni 1961) und im Hinblick auf die Tatsache, daß der Beklagte damals der Gesellschaft gegenüber bereits im ersten Rechtszuge unterlegen war (Urteil LG Frankfurt/Main vom 4. Mai 1961 - 3¹0.46/61), kein schuldhaft vertragswidriges Verhalten zu sehen. Nach dem Schreiben vom 22. Juni 1961 wollte sich die Klägerin nur im Verhältnis zum Beklagten nach der Entscheidung der Gerichte in seinem Rechtsstreit mit der Gesellschaft richten. Daß dieser Streit erst durch das Urteil des erkennenden Senats vom heutigen Tage in der gleichzeitig zur Verhandlung anstehenden Sache - VIII ZR 309/62 - endgültig zum Nachteil des Beklagten entschieden wurde, bedeutet nicht, daß das Verhalten der Klägerin dem Ecklagten das Recht geben konnte, ihr seit August 1961 keine Miete mehr zu zahlen, und daß die Klägerin rechtlich gehin-

dert war, nachdem der Beklagte mit der Mietzahlung in Rückstand gekommen war, ihm zu kündigen.

III. Entgegen der Auffassung der Revision ist auch kein Rechtsgrund ersichtlich, aus dem die Klägerin als Vermieterin verpflichtet gewesen sein könnte, als sie von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machte, dem Beklagten den Baukostenzuschuß, der ausdrücklich als nicht rückzahlbar vereinbart war, "anteilig" zurückzuzahlen. Das Gesetz über die Rückerstattung von Baukostenzuschüssen usw. vom 21. Juli 1961 BGBl I, 1041, das auch für "verlorene" Baukostenzuschüsse (in Artikel VI § 1) eine Rückerstattung vorsieht, gilt nur für Wohnungen. Hier handelt es sich um Geschäftsraum. Außerdem hat nicht der Beklagte, sondern die Gesellschaft den Zuschuß geleistet. Schließlich wird die Entscheidung des Berufungsgerichts auch durch seine Erwägung getragen, einer Aufrechnung des Beklagten mit seinem etwaigen Anspruch auf Rückzahlung des Zuschusses stehe das Aufrechnungsverbot im § 6 des Vertrages entgegen. Auch in diesem Zusammenhang ist ein arglistiges Verhalten oder ein solches Zusammenspiel der (ursprünglichen) Klägerin mit der Gesellschaft dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen.

IV. Vergeblich rügt die Revision auch, das Berufungsgericht habe rechtsirrig die Arglisteinrede des Beklagten gegenüber dem Räumungsbegehren der Klägerin nicht durchgreifen lassen.

1. Die Einrede könnte allenfalls dann begründet sein, wenn sich ein "arglistiges Zusammenspiel" der ursprünglichen Klägerin mit der Gesellschaft hätte feststellen lassen. Das ist jedoch nicht der Fall (vgl. I - III). Wenn der Beklagte sich nicht der Gefahr der Kündigung aussetzen wollte, mußte er auf Zahlung der Miete bedacht sein. Demgegenüber ist un- erheblich, daß die Gesellschaft der Vermieterin Schadloshaltung für die Miete zugesagt hatte, wenn sie im Falle einer Verurteilung des Beklagten mit der Umschreibung des Vertrages

einverstanden sein würde. Darin ist jedenfalls noch kein gegen Treu und Glauben verstoßendes Zusammenspiel zu sehen.

2. Der Beklagte kann sich auch nicht auf § 568 BGB berufen. Die Gesellschaft hat ihm gegenüber nicht den Gebrauch der Mietsache im Sinne dieser Gesetzesbestimmung fortgesetzt; denn sie hat die Räume gerade nicht als Geschäftsräume verwerten können, weil der Beklagte, der die Schlüssel noch hatte, sie nicht hineinließ. In dem bloßen Nichtherausnehmen der Maschinen, die die Gesellschaft im Einverständnis des Beklagten als damaligen Mitgesellschafters in sie befugt eingebracht hatte, kann eine solche Gebrauchsfortsetzung nicht erblickt werden, wie bereits ausgeführt wurde.

3. Das Berufungsgericht hat auch entgegen der Auffassung der Revision nicht festgestellt, daß die nach der fristlosen Kündigung erfolgte Benennung des Kaufmanns Blodinger als Mietnachfolgers von der Klägerin vertragswidrig zurückgewiesen wurde. Die von der Revision dazu angeführte Stelle im Berufungsurteil S. 13, 14 bezog sich nicht auf den Eintritt B [REDACTED] in den Mietvertrag, sondern auf die Ablehnung des Antrages des Beklagten auf Branchenänderung, die nach § 1 der Zusatzvereinbarung zu beurteilen war, mit der der Beklagte sich jedoch abfand (vgl. B II). Der von der Revision zur Nachprüfung gestellte Sachverhalt (Benennung B [REDACTED] als Mietnachfolgers nach Kündigung des Mietverhältnisses und Ablehnung durch die Klägerin) fällt unter § 5 der Zusatzvereinbarung. Danach konnte B [REDACTED] abgelehnt werden, wenn er der Klägerin nicht genehm war. Darüber, daß diese insoweit vertragswidrig gehandelt hat, ist von der Revision nichts vorgetragen worden. Es steht nicht einmal fest, zu welchem Zweck B [REDACTED] die Geschäftsräume, die für eine Reinigung vermietet waren, benutzen wollte. Für eine wider Treu und Glauben verstoßende Ablehnung B [REDACTED] als Nachfolgemieter liegt somit kein Anhalt vor. Dem steht die auf die Widerklage ergangene Feststellung des Berufungsgerichts, daß dem

Beklagten die Rechte aus § 5 der Zusatzvereinbarung gegenüber der Klägerin noch zustehen, nicht entgegen.

C.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthält, ist die Revision als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner