

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

2088 047

BGB §§ 547, 684, 812, 951

Zur Frage, aus welchem Rechtsgrund und in welchem Umfang der Mieter von Räumen zum Betriebe einer Gaststätte vom Vermieter Ersatz der Kosten, die er zum Umbau der Räume aufgewandt hat, verlangen kann, wenn ihm die Konzession versagt wird und er deshalb vorzeitig auszieht.

BGB § 278

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen sich der Vermieter Handlungen dessen, der für ihn bei Abschluß des Mietvertrages tätig geworden war, als Handlungen seines Erfüllungshelfen anrechnen lassen muß.

BGH, Urt.v. 22. Mai 1967 - VIII ZR 25/65 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 25/65

URTEIL

Verkündet am

22. Mai 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Ehefrau Irmgard R. [REDACTED] geb. E. [REDACTED] in K. [REDACTED] E. [REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Fabrikanten Karl G. [REDACTED] in E. [REDACTED] bei M. [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]--.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Mai 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Golhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Dr. Weber für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 7. Dezember 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, dem mehrere Miethäuser in K. gehören, der aber nicht dort wohnt, ist Eigentümer des Hauses A. Straße. In diesem Hause wurden 1961 eine Wohnung und ein Ladenlokal, das bisher als Drogerie benutzt worden war, frei. Die Vermietung der Räume nahm die in Köln wohnende Frau T. in die Hand, mit welcher der Kläger eng befreundet und die für ihn schon mehrfach bei der Vermietung frei gewordener Räume in seinen Häusern tätig geworden war. Sie bot Anfang Mai 1961 der Beklagten und deren Ehemann (der anfangs mitverklagt war, daher im folgenden: die Beklagten) das Lokal und die Wohnung an. Nach kurzen Verhandlungen unterzeichneten die Beklagten, die in dem Ladenlokal eine Gaststätte eröffnen wollten, am 3. Mai 1961 ein ihnen von Frau T. vorge-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

legtes und von ihr ausgefülltes "Mietbuch", wonach sie das Ladenlokal für 600 DM und die dazugehörige Wohnung für 350 DM auf zehn Jahre mieteten. In § 26 hieß es, daß der Vermieter die Instandsetzung der Wohnung, dagegen die Mieter den Umbau der Gaststütte zu übernehmen hätten und daß bei Auszug der Mieter alle Einbauten im Lokal bleiben müßten.

Mitte Mai 1961 bezogen die Beklagten die vom Kläger instandgesetzte Wohnung. Mit dem Umbau des Ladenlokals wurde begonnen. Am 16. Mai 1961 ließ die beklagte Ehefrau das Guthaben, das sie bei einer Bausparkasse hatte, mit 11 299,81 DM auf ein Konto der Frau T. überweisen. Diese hatte sich nämlich bereit erklärt, den Umbau des Lokals für sie in die Hand zu nehmen. Dabei soll Frau T. nach den Behauptungen der Beklagten geäußert haben, sie werde nicht mehr als 5 000 DM brauchen, doch sei es besser, ihr das ganze Bausparguthaben zu überweisen, weil die Beklagten infolge des bevorstehenden Umzuges keine feste Adresse hätten. Den nichtbenötigten Teil des Geldes werde sie ihnen erstatten. Bei dieser Gelegenheit habe sie, so behaupten die Beklagten weiter, auch davon gesprochen, der Kläger verlange eine Mietvorauszahlung von 1 000 DM und eine Kautions von 3 000 DM. Außerdem habe sie für sich 1 000 DM als Provision verlangt. Die Beklagten wollen außerdem Frau T. schon am 8. Mai 1961 400 DM als Vorschuß für die Umbaukosten gegeben haben.

In den folgenden Wochen beauftragte Frau T. einen Architekten und vergab zahlreiche Aufträge. Es wurden auch einige Arbeiten in dem Ladenlokal ausgeführt, nach der Behauptung der Beklagten allerdings nur für 2 510,25 DM, über die Frau T. ihnen Belege übergeben hat. Die Beklagten selbst ließen Toiletten und eine Eingangstüre ein-

bauen, eine neue Decke einziehen und andere Arbeiten vornehmen. Der beklagte Ehemann, der Anstreicher ist, will persönlich bis September 1961 dabei mitgearbeitet haben. Nach der Behauptung der Beklagten will sie 5 600 DM aus eigenen Mitteln für den Umbau ausgegeben haben.

Nachdem die Beklagten die Wohnung bezogen hatten, unterschrieben sie nochmals einen Mietvertrag, der vom 24. Mai 1961 datiert und vom Kläger selbst unterzeichnet war. Er stimmt im wesentlichen mit dem Mietbuch überein, das Frau Thurn am 3. Mai 1961 ausgefüllt hatte. In § 26 heißt es jetzt:

"Der Mieter übernimmt den Umbau der Gaststätte, der Vermieter übernimmt die Instandsetzung der Wohnung. Beim Auszug müssen alle Einbauten im Lokal verbleiben, und zwar unentgeltlich."

Der Umbau des Lokals ging nicht zur Zufriedenheit der Beklagten voran. Sie warfen Frau T. vor, das ihr überlassene Geld nur zum Teil für den Bau ausgegeben zu haben. Am 21. Juni 1961 schrieb der Buchhalter des Klägers den Beklagten, daß sie die Miete nur auf das Konto des Klägers bei der Commerzbank überweisen dürften. Nachdem der Kläger ihnen am 8. August 1961 geschrieben hatte, er habe Frau T. nicht beauftragt gehabt, eine Kautions- oder eine Mietvorauszahlung zu fordern, wandten sich die Beklagten an einen Rechtsanwalt, der am 14. August 1961 sowohl an den Kläger wie an Frau T. schrieb. Von letzterer verlangte er, für die von ihr verauslagten Beträge Rechnung zu legen und die nicht belegten Beträge herauszuzahlen. Dem Kläger schrieb er, er müsse, wenn Frau T. keine Inkassovollmacht gehabt habe, wegen des von ihm gesetzten Rechtscheins für die 4 000 DM (Kautions- und Vorauszahlung) einstehen. Der Kläger wies dies sofort zurück, weil er von

don Zahlungen der Beklagten an Frau T. und ihren Abmachungen über den Umbau nichts gewußt habe. Frau T. antwortete, sie habe, wie den Beklagten doch bereits nachgewiesen, 10 401,35 DM für Handwerker und Gebühren ausgegeben, den Rest werde sie in Kürze ebenfalls belegen.

Die Beklagten zahlten auf die ab September 1961 geschuldete Miete lediglich 170 DM; im übrigen verwiesen sie den Kläger auf die an Frau T. gegebenen Gelder. Als die Stadt K. im Dezember 1961 dem Ehemann der Beklagten die Konzession versagte, gab dieser im Januar 1962 das Lokal auf. Der Kläger vermietete es ab 1. März 1962 an die Eheleute G., die in den Mietvertrag der Beklagten eintraten. Sie haben, ebenso wie die Beklagten, für das Lokal 600 DM Miete zu zahlen.

Mit der Klage hat der Kläger Zahlung der für September 1961 bis Februar 1962 geschuldeten Miete von 5 983 DM verlangt. Durch rechtskräftig gewordenes Teilurteil vom 26. Februar 1962 hat das Landgericht die Einwendung der Beklagten, der Kläger müsse sich die an Frau T. geleisteten Zahlungen - abgesehen von den angeblich als Vorauszahlung gegebenen 1 000 DM - anrechnen lassen, verworfen und sie daher zur Zahlung von 4 983 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Beklagten haben nunmehr Widerklage erhoben auf Zahlung von 16 080 DM nebst Zinsen. Nach ihrer Berechnung (die inzwischen überholt ist) wollen sie 6 500 DM verbaut haben, die ihnen der Kläger ersetzen müsse. Außerdem verlangen sie Ersatz von 9 580 DM, die sie bei Frau T. verloren hätten und für die der Kläger einstehen müsse. Der Kläger hat bestritten, daß Frau T. aus den ihr zum Bau gegebenen Geldern etwas übrig behalten habe, und vor allem geleugnet, für sie zu haften. Aus dem Umbau habe er

keinerlei Nutzen gezogen, zumal die durchgeführten Arbeiten so minderwertig seien, daß er sie entfernen und erneuern lassen müsse. Hilfsweise hat er aufgerechnet mit Forderungen in Höhe von rd. 8 000 DM nebst Zinsen (nämlich mit seiner Forderung aus dem Teilurteil vom 26. Februar 1962 sowie mit dem Anspruch aus einem weiteren gegen die Beklagten erzielten Urteil über 1 750 DM rückständiger Miete für die Wohnung und aus einem Kostenfestsetzungsbeschuß über 1 296,71 DM).

Das Landgericht hat durch Schlußurteil die Beklagten zur Zahlung der restlichen 1 000 DM Miete verurteilt und ihre Widerklage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten zunächst in vollem Umfange Berufung eingelegt, haben dann aber hinsichtlich der Widerklage erklärt, diese werde nur noch von der beklagten Ehefrau verfolgt. Diese hat, der vom Kläger erklärten Aufrechnung nunmehr Rechnung tragend, ihren Widerklageantrag nur noch in Höhe von 8 791,49 DM gestellt. Dieser Betrag setzt sich nach ihrer geänderten Berechnung aus zwei Teilansprüchen zusammen. Sie verlangt einmal Ersatz der von ihr für den Umbau ausgegebenen Gelder, die sie jetzt auf insgesamt 8 080 DM beziffert. Außerdem fordert sie vom Kläger Rückzahlung des an Frau T. überwiesenen Bausparguthabens von 11 299,81 DM abzüglich von dieser aufgewandter 2 510,25 DM, also 8 789,56 DM. Auf den Betrag von 8 080 DM hat die Beklagte die Gegenforderungen des Klägers aus seinen Titeln, die sie nebst Zinsen mit 8 078,07 DM anerkennt, verrechnet, so daß sie insoweit nur noch Zahlung von 1,93 DM fordert.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die beklagte Ehefrau ihren Antrag auf Abweisung der Klage und aus der Widerklage weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Mit ihrer Widerklage hat die Beklagte einen aus zwei Ansprüchen zusammengesetzten Gesamtanspruch von 16 869,56 DM geltend gemacht. Dieser Anspruch mußte verfahrensrechtlich in zwei Teilen erledigt werden, nachdem die Beklagte die Gegenforderungen des Klägers in Höhe von 8 078,07 DM anerkannt hatte. Der Kläger hatte diese Forderungen nur hilfsweise zur Aufrechnung gestellt und daher auch weiterhin auf Abweisung der Widerklage als von Anfang an unbegründet bestanden. Die Beklagte dagegen mußte, jedenfalls von ihrem Rechtsstandpunkt aus, ihren Zahlungsantrag auf 8 794,49 DM beschränken und ihr Begehren in Höhe von 8 078,07 DM in der Hauptsache für erledigt erklären. Indessen hat sie diesen Antrag vor dem Berufungsgericht ausweislich des Tatbestandes und der Sitzungsniederschrift nicht ausdrücklich gestellt. Doch hat das Berufungsgericht im angefochtenen Urteil näher ausgeführt, daß und warum die "Ermäßigung" des Widerklageantrages als Antrag, die Hauptsache teilweise für erledigt zu erklären, auszulegen sei. Dadurch ist die Beklagte nicht beschwert; dies wird auch von der Revision nicht beanstandet. Sie geht vielmehr in ihrem Revisionsantrag selbst davon aus, daß insoweit die Widerklage für in der Hauptsache erledigt zu erklären sei.

Das Berufungsgericht ist jedoch zu dem Ergebnis gekommen, daß die Widerklage sich nicht teilweise erledigt habe, sondern von Anfang an unschlüssig gewesen sei. Dennoch hat es insoweit nicht auf Abweisung der Widerklage, also Zurückweisung der Berufung erkannt, sondern den Standpunkt vertreten, insoweit habe die Beklagte ihre Widerklage zurückgenommen. Ob diese Umdeutung des von der Beklagten gestellten Antrages gebilligt werden könnte, ist zwei-

felhaft (vgl. RGZ 156, 372, 377; BGHZ 23, 340; Rosenberg, ZPO 9. Aufl. § 126 I 2 c² und § 127 II 1 b). Auf diese Frage kommt es hier jedoch nicht an, weil die sachliche Beurteilung des Berufungsgerichts, wie noch auszuführen sein wird, richtig ist. Allenfalls könnte der Kläger durch den Standpunkt des Berufungsgerichts beschwert sein, weil die Beklagte, wenn sie ihre Widerklage nur zurückgenommen hätte, sie erneut erheben könnte. Ihr, die allein Revision eingelegt hat, ist der verfahrensrechtliche Standpunkt des Berufungsgerichts nur günstig.

II. Gleiches gilt für die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe teilweise - nämlich hinsichtlich einzelner Posten ihrer Ansprüche, indessen unter gleichzeitiger Erweiterung auf andere Posten - ihre Berufung zurückgenommen. Auch im Hinblick auf die Kostenentscheidung, die der Senat, ohne an Revisionsanträge gebunden zu sein, zu überprüfen hat, bedarf es keines näheren Eingehens auf diesen Standpunkt. Denn die Beklagte mußte sowohl bei Zurückweisung der Berufung (§ 97 ZPO) wie bei Rücknahme der Widerklage (§ 271 ZPO) oder ihrer Berufung (§ 515 ZPO) insoweit die Kosten des Rechtsstreits tragen.

B.

I. Anspruch auf Ersatz der Umbaukosten

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Beklagten schon nach ihrem eigenen Vorbringen weder ein Anspruch für den Verlust des Eigentums an den von ihr eingebauten Materialien und für die auf ihre Kosten durchgeführten Arbeiten (§§ 946, 951, 812 BGB) zu, noch ein Anspruch für den vorzeitigen Verlust der Nutzungsmöglichkeit an den umgebauten Räumen (§ 812 BGB). Was die Revision hier-

gegen vorbringt, verhilft ihr nicht zum Erfolg.

1. Wie die Berechnung der mit der Widerklage verlangten Beträge erkennen läßt, glaubt die Beklagte, nicht bloß Anspruch auf Herausgabe des dem Kläger durch den Umbau zugefallenen Vermögenszuwachses, sondern sogar auf Ersatz all der Gelder zu haben, die sie in den Umbau hineingestockt hat. Ein solcher Anspruch steht ihr indes nicht zu.

a) Auf §§ 994 ff BGB kann sie sich schon deshalb nicht stützen, weil diese Vorschriften nur die Rechte eines Besitzers regeln, der kein Recht zum Besitz (§ 986 Abs. 2 BGB) gehabt hatte und daher die Sache dem Eigentümer herausgeben mußte. Die Beklagte war jedoch, als sie umbauen ließ, keine unrechtmäßige Besitzerin, sondern besaß aufgrund ihres Mietvertrages. Infolgedessen bestimmen sich ihre Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen nach diesem Recht, vor allem nach § 547 BGB.

b) Aber auch § 547 BGB gewährt der Beklagten keinen Ersatzanspruch, weil die von ihr aufgewandten Kosten zum Umbau des Ladenlokals jedenfalls nicht notwendige Verwendungen gewesen sind, welche sie im Interesse des Klägers zur Erhaltung seines Hauses gemacht hatte (Senatsurteil vom 12. Mai 1959 - VIII ZR 43/58 = NJW 1959, 1629). Sie könnte daher ihren Ersatzanspruch allenfalls auf Geschäftsführung ohne Auftrag stützen (§ 547 Abs. 2 BGB). Die Aufwendungen waren jedoch, wie sich aus § 26 des Mietvertrages ergibt, nicht im Interesse des Vermieters gemacht, sondern im Interesse des Mieters. Daher scheidet auch ein Anspruch aus § 683 BGB aus.

c) Infolgedessen kann die Beklagte nur gemäß §§ 684, 812 ff BGB eine durch den Umbau entstandene Bereicherung des Klägers herausverlangen (BGHZ 10, 171; BGB RGRK 11. Aufl. § 547 Anm. 2). Das Ergebnis wäre nicht anders, wenn sie sich, weil die Umbauten in das Eigentum des Klägers übergehen sollten, auf die §§ 946, 951 BGB stützte: Der Kläger haftet nur auf Herausgabe seiner Bereicherung, soweit sie rechtlos ist.

2. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Geschäftsgrundlage des Miet- und Umbauvertrages sei dadurch weggefallen, daß die Konzession versagt worden sei. Es ist schon zweifelhaft, ob hier die Erteilung der Konzession die beiderseits zugrunde gelegte Voraussetzung für den Abschluß des Miet- und Umbauvertrages gewesen war, ob sie nicht vielmehr allein in den Risikobereich der Beklagten fiel. Jedenfalls würde auch dann, wenn man ersteres annähme, für die Beklagte nichts gewonnen sein. Die Versagung der Konzession kann nur dazu führen, daß die Beklagte sich - wie sie es getan hat - von der Bindung an den zehnjährigen Vertrag lossagen durfte. Auch dieses außerordentliche Kündigungsrecht (vgl. § 626 BGB) hätte aber den schon seit September 1961 laufenden Mietvertrag nur für die Zukunft aufgelöst. Von einem Fehlen der causa von Beginn an könnte nicht die Rede sein, da bei einem Dauerschuldverhältnis, wie hier bei einem Miet- und Umbauvertrag, ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht zum Rücktritt berechtigt, sondern nur zu einer Kündigung. Diese Kündigung wirkt aber nur für die Zukunft, berührt daher die bis dahin erbrachten Leistungen nicht. Diese waren und bleiben aufgrund des Vertrages geschuldet und können nicht zurückgefordert werden (BGHZ 29, 171, 173). Auch die bei Wegfall der Geschäftsgrundlage maßgebenden Grundsätze von Treu und Glauben legen dem Vermieter, wenn ihm

der Mieter vorzeitig kündigt, grundsätzlich nicht die Pflicht auf, dem Mieter mehr als das herauszuzahlen, was er nunmehr rechtsgrundlos besitzt (§§ 812, 818 BGB). Da der Mietvertrag durch die Kündigung aufgelöst ist, kommt eine Anpassung durch Zubilligung eines Ausgleichsanspruchs nicht in Betracht.

3. Das Berufungsgericht hat verneint, daß dem Kläger eine rechtsgrundlose Bereicherung zugeflossen sei. Seine Begründung hält den Angriffen der Revision stand.

a) Mit Recht erklärt das Berufungsgericht, den Aufwendungen der Beklagten habe nicht schon von vornherein der Rechtsgrund gefehlt (Satz 1 des § 812 Abs. 1 BGB). Nach § 26 des Mietvertrages war die Beklagte verpflichtet, das Ladenlokal umbauen zu lassen. Diese Vereinbarung war die causa ihrer Leistungen, die sie und ihr Ehemann unmittelbar durch eigene Leistungen oder mittelbar über Frau T. erbracht hatten. Wenn sie im Januar 1962 den Mietvertrag vorzeitig aufgab, so wurde dieser dadurch nicht nachträglich hinfällig. Eben so wenig war dadurch die im Vertrag enthaltene Vereinbarung, daß die Beklagte das Lokal auf ihre Kosten umbauen sollte, rückwirkend beseitigt (BGHZ 29, 289, 297; Senatsurteil vom 3. Februar 1959 - VIII ZR 91/58 = NJW 1959, 872). Vielmehr hatte ihre Leistung zunächst ihre bestimmungsgemäße Verwendung gefunden: die Gaststätte war eingerichtet und stand den Beklagten zur Verfügung.

b) Wohl steht einem Mieter, der auf einen langjährigen Mietvertrag einen verlorenen Baukostenzuschuß geleistet hat, ein Bereicherungsanspruch aus Satz 2 des § 812 Abs. 1 BGB (ob causam finitam) zu, wenn er das langjährige Nutzungsrecht vorzeitig aufgibt (BGHZ 29,

289; Senatsurteile vom 3. Februar 1959 - VIII ZR 91/58 = NJW 1959, 872, vom 21. Januar 1960 - VIII ZR 16/59 = LM § 812 Nr. 41 = WM 1960, 497, vom 24. Juni 1963 - VIII ZR 55/62 und vom 7. Oktober 1963 - VIII ZR 139/62 = NJW 1964, 37). Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht auch hier ausgegangen. Daß die Beklagte keinen Zuschuß in Geld zu den Baukosten geleistet, sondern selbst auf ihre Kosten umgebaut hatte, macht keinen Unterschied (vgl. die angeführten Urteile vom 3. Februar 1959 und vom 24. Juni 1963). Ebensowenig steht ihr entgegen, daß sie die Räume nicht aufgebaut, sondern nur umgebaut hatte, und auch nicht die Tatsache, daß nach § 26 des Mietvertrages die Einbauten unentgeltlich, also entschädigungslos, in das Eigentum des Klägers übergehen sollten. Im allgemeinen kann zwar der Vermieter von vornherein mit dem Mieter ausmachen, daß er ihm auch bei einem vorzeitigen Auszug nichts zu ersetzen brauche (vgl. Senatsurteile vom 14. Oktober 1958 - VIII ZR 155/57 = NJW 1958, 2109 und vom 13. Oktober 1959 - VIII ZR 193/58 = NJW 1959, 2163). So weit geht aber § 26 des Mietvertrages nicht. Denn danach sollte die "unentgeltliche" Vermögensverschiebung erst dann eintreten, wenn die Beklagte nach Ablauf des zehnjährigen Mietvertrages ausgezogen war. Die Klausel regelt daher nicht den Fall eines vorzeitigen Endes des Vertrages (Senatsurteil vom 5. Juli 1965 - VIII ZR 189/63).

Die Beklagte hat jedoch nicht dargetan, daß der Kläger durch ihren vorzeitigen Auszug bereichert worden ist. Insofern hat das Berufungsgericht zunächst mit Recht verneint, daß der Kläger schon dadurch rechtsgrundlos bereichert sei, daß der Wert des Hauses erhöht worden wäre. Denn diese Wertorhöhung, die ohnehin erst bei einem Ver-

kauf des Hauses von dem Kläger hätte realisiert werden können, hatte ihren Rechtsgrund in dem Aufbauvertrag (§ 26 des Mietvertrages). Im übrigen hat die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen, inwiefern der Umbau den Wert des Hauses erhöht hatte. Daher konnte eine Bereicherung des Klägers nur darin bestehen, daß er das von der Beklagten aufgegebenene Nutzungsrecht vorzeitig erlangt hatte und dadurch in der Lage war, die Gaststätte anderweitig zu vermieten, dabei eine höhere Miete zu erzielen oder (und) sich vom Nachfolgemietler einen Baukostenzuschuß gewähren zu lassen.

Das Berufungsgericht hat nun dahingestellt sein lassen, ob die gewerblichen Räume beim Auszug der Beklagten überhaupt einen höheren Nutzungswert als die von ihr zu zahlende Miete von 600 DM gehabt hatten. Selbst wenn das der Fall gewesen wäre, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, der Kläger zunächst also durch eine bessere Nutzungsmöglichkeit bereichert gewesen wäre, so sei doch diese Bereicherung wieder weggefallen (§ 818 Abs. 3 BGB), weil die neuen Mieter sowohl der Miethöhe wie der Mietzeit nach in den Vortrag der Beklagten voll eingetroten seien, sie also nicht mehr zahlten, als was die Beklagten ihm hätten zahlen müssen.

Die gegen diese Begründung gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg. Sie meint, die jetzt vom Kläger eingenommene Miete müsse mit der Miete verglichen werden, die er vor dem Umbau aus dem Ladenlokal, als in ihm noch eine Drogerie betrieben worden war, erzielt habe. Das ist jedoch nicht angängig. Die Vermögensverschiebung, die nach § 812 BGB auszugleichen ist, ist erst eingetreten, nachdem die Beklagte von September 1961 bis zum Februar 1962

Mieterin gewesen war und monatlich 600 DM zu zahlen hatte. Daher kann die Revision auf die Verhältnisse, die vor dem Einzug der Beklagten lagen, nicht zurückgreifen. Wohl wäre es rechtsirrig gewesen, hätte das Berufungsgericht, als es den Nutzungswert der Räume ab März 1962 ermittelte, kurzerhand auf die Miete abgestellt, die der Kläger seitdem bezieht. Denn es ist nicht ohne weiteres die Miete maßgebend, die er seitdem erlangt hat und noch erlangt. Vielmehr kommt es darauf an, was er nach dem objektiven Ertragswert der Räume hätte erzielen können (vgl. BGHZ 17, 236, 241; Klauser NJW 1958, 47). Daher kann sich der Vermieter seiner Pflicht, die Bereicherung dem weichenden Mieter herauszugeben, nicht immer schon dadurch entziehen, daß er zu derselben oder gar einer niedrigeren Miete vermietet (vgl. § 819 BGB). Wohl aber wird die Miete, die er vom Nachfolger erhält, in aller Regel einen Maßstab dafür abgeben, wie hoch der Wert des ihm vorzeitig zugefallenen Nutzungsrechtes ist (BGHZ 29, 289, 298). Insofern war es hier von Bedeutung, daß der Kläger von den neuen Mietern nicht mehr erhält, als er von der Beklagten weiter bekommen haben würde. Daß ihm dies vorzuwerfen wäre (vgl. §§ 819, 292, 987 Abs. 2 BGB), hat die Beklagte nicht vorgetragen. Der Kläger war trotz seiner Pflicht, den nicht abgewohnten Baukostenzuschuß herauszugeben, in der Neuvermietung der Gaststätte frei (vgl. Senatsurteil vom 8. April 1963 - VIII ZR 219/61 = NJW 1963, 1299 = BGHWarn 1963 Nr.81). Die Beklagte hat auch nichts dafür vorgetragen, daß ein Versuch, mit Unterstützung des Klägers von dem neuen Mieter eine Abstandszahlung zu erhalten, am Verhalten des Klägers gescheitert wäre.

II. Haftung des Klägers für die an Frau T. [REDACTED]
gezahlten Gelder

Das Berufungsgericht hat verneint, daß der Kläger dafür einstehen müsse, wenn Frau T. [REDACTED] wirklich, wie ihr die Beklagte vorwirft, die Golder, die sie ihr überwiesen und gezahlt habe, nicht ordnungsgemäß verwandt haben sollte. Auch insoweit hält das Berufungsurteil der rechtlichen Nachprüfung stand. Mit Recht hat sich das Berufungsgericht nicht mit der Abrechnung, die möglicherweise zwischen der Beklagten und Frau T. [REDACTED] noch vorzunehmen ist, befaßt.

1. Die Revision meint, der Kläger habe sich der Frau Thurn, die seine Hausverwalterin und "Vertrauensperson" gewesen sei, als seiner Erfüllungsgehilfin bedient. In dieser Eigenschaft habe sie mit der Beklagten vereinbart gehabt, die Umbauarbeiten durchführen zu lassen, weshalb die Beklagte die Pauspargelder auf ihr Konto überweisen lassen sollte.

a) Der Umstand, daß Frau T. [REDACTED] für den Kläger bei der Neuvermietung tätig geworden ist, macht sie noch nicht zu seiner Erfüllungsgehilfin (§ 278 BGB). Dazu hätte sie seine Gehilfin bei der Erfüllung einer Pflicht sein müssen, die ihm aus dem Vertragsabschluß mit dem Beklagten oblag. Nach dem Mietvertrag lag ihm aber gerade nicht die Pflicht ob, für den Umbau des Lokals zu sorgen. Daher war Frau T. [REDACTED], soweit sie sich um den Umbau kümmerte, nicht Gehilfin des Klägers, sondern der Beklagten. Demgegenüber beruft sich die Revision darauf, daß auch Handlungen, die den Vertragsschluß vorbereiten, Erfüllungshandlungen des § 278 BGB sein können (RGZ 132, 76, 79; 120, 126, 130; Senatsurteil vom 20. Mai 1964 - VIII ZR 242/62 S. 7 =

MDR 1964, 750 = BGHWarn 1964 Nr. 144 und vom 30. November 1966 - VIII ZR 261/64 = WM 1967, 97). Doch geht auch das Berufungsgericht davon aus, daß Frau T. [REDACTED] möglicherweise bei den vorvertraglichen Verhandlungen mit der Beklagten, die am 3. Mai 1961 stattgefunden und schließlich Ende Mai 1961 zum Abschluß des Mietvertrages geführt hatten, Erfüllungsgehilfin des Klägers gewesen ist und daß er daher für das einstehen müßte, was sie "im Rahmen der ihm aus den vertraglichen oder vorvertraglichen Verhandlungen der Beklagten gegenüber obliegenden Verbindlichkeiten" tat. Das Berufungsgericht unterstellt ferner zugunsten der Beklagten, daß Frau T. [REDACTED], als sie sie zur Überweisung des Geldes veranlaßte, von vornherein beabsichtigt habe, nur einen Teil dieses Geldes für den Umbau zu verwenden, und daß sie vor allem nicht vorhatte, aus diesem Geld dem Kläger eine Mietvorauszahlung und Mietkaution zu stellen. Dennoch meint das Berufungsgericht, daß auch bei diesen Unterstellungen Frau T. [REDACTED] schon nach dem eigenen Vortrag der Beklagten über die Vorgänge, die zur Hingabe des Geldes geführt hatten, nicht in Ausübung einer Tätigkeit für den Kläger gehandelt haben würde, sondern nur gelegentlich dieser Tätigkeit. Auch dann fehle es nämlich an einem inneren Zusammenhang mit dem Aufgabenbereich, den ihr der Kläger möglicherweise übertragen habe. Denn sie habe das Geld erboten und erhalten lediglich im Zusammenhang damit, daß die Beklagte sie beauftragt habe, sich um den Umbau des Lokals zu kümmern. Diesen Auftrag habe sie aber nicht für den Kläger übernommen, sondern für die Beklagte. Eben deshalb habe das Geld auf ihr eigenes Bankkonto überwiesen werden sollen. Auch die Beklagte habe anfangs nur Frau T. [REDACTED] als ihre Vortragsgegnerin angesehen. Denn sie habe nur ihr und nicht dem Kläger vorgeworfen, sich nicht genügend um den Umbau zu kümmern, habe auch immer nur von

Frau T. Abrechnung verlangt. Dementsprechend habe auch der von ihr beauftragte Anwalt in seinen Briefen vom 14. August 1961 unterschieden zwischen der von Frau Thurn übernommenen Fertigstellung der Gaststätte und den "angeblich im Auftrage des Hauseigentümers" kassierten 4 000 DM für eine Mietvorauszahlung und eine Kautions.

Entgegen der Meinung der Revision unterliegt diese Würdigung des von der Beklagten behaupteten und zu unterstellenden Sachverhalts keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zwar ist zu ihren Gunsten davon auszugehen, daß Frau T., wenn sie beim Abschluß des Mietvertrages für den Kläger tätig war, notwendigerweise auch mit den Verhandlungen darüber befaßt war, die den Umbau des Lokals betrafen, und demgemäß auch § 26 des Mietvertrages im Auftrage des Klägers mit der Beklagten erörterte. Zu diesem Aufgabenkreise gehörte es aber gerade nicht, den Umbau für den Kläger selbst in die Hand zu nehmen. Tat sie dies, so tat sie es, wie das Berufungsgericht sagt, weder namens des Klägers (§ 164 BGB) noch im Rahmen der ihr von ihm übertragenen Mietverhandlungen. Wenn das Berufungsgericht unterschieden hat zwischen den Mietverhandlungen, bei denen Frau T. Erfüllungsgehilfin des Klägers gewesen sein könne, und den Verhandlungen über den Umbau, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden. Es hat zutreffend darauf abgestellt, ob diese Verhandlungen noch in innerem Zusammenhang mit den Pflichten standen, die dem Kläger vor und bei den Vertragsverhandlungen oblagen oder ob sie aus dem allgemeinen Umkreis jenes Aufgabenbereiches herausfielen (BGHZ 31, 358, 366; 23, 319, 323). Vergeblich macht die Revision geltend, der Umbau habe nicht nur im Interesse der Beklagten gelegen, sondern ebenso im Interesse des Klägers, weil es um sein Haus und die Instandsetzung sei-

ner gewerblichen Räume gegangen sei. Dieses Interesse des Klägers kann zwar nicht in Abrede gestellt werden, reicht aber nicht aus, auch hinsichtlich des Umbaus eine vertragliche oder vorvertragliche Verpflichtung des Klägers anzunehmen, zu deren Erfüllung er sich der Frau T. bedient hätte. Im Mietvertrag war vereinbart, daß der Kläger sich um die Instandsetzung der Wohnung zu kümmern hatte, während der Umbau des Lokals Sache der Beklagten sein sollte. Davon, daß sich Frau T. auch in den Umbau des Lokals eingeschaltet hatte, erfuhr er erst Monate später. Mit Recht weist das Berufungsgericht darauf hin, daß, wäre auch der Umbau des Lokals - von den Kosten abgesehen - Sache des Klägers gewesen, er sich in § 26 des Vertrages nur die Erstattung der dafür von ihm aufgewandten Baukosten hätte versprechen zu lassen brauchen.

b) Der Sachverhalt könnte allerdings dann anders zu beurteilen sein, wenn Frau T. die Beklagte nur dadurch zur Überweisung der Gelder veranlaßt gehabt hätte, daß sie vorgab, sie brauche es, weil der Kläger eine Mietkaution und eine Vorauszahlung verlange. In diesem Falle würde die Anwendung des § 278 BGB in Betracht kommen, weil solche Erklärungen in Zusammenhang mit dem ihr übertragenen Aufgabenbereich gestanden hätten - mögen sie auch dem Auftrag des Klägers widersprochen haben (BGH Urt. vom 18. Oktober 1951 - III ZR 138/50 = LM § 278 Nr. 2/3 = NJW 1952, 217, 218). Indes nimmt das Berufungsgericht an, die Beklagte habe das Geld nicht aufgrund dieser Erklärungen der Frau T. überwiesen, sondern aufgrund deren Erklärung, sie brauche die Gelder, um den Umbau in die Hand nehmen zu können.

Auch diese Würdigung der von der Beklagten vorgetragenen Behauptungen läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. In der Tat wäre es für den Schaden der Beklagten nicht ursächlich gewesen, wenn Frau T. bei ihrem Wunsch, das ganze Bausparguthaben zur Verfügung gestellt zu bekommen, auch davon gesprochen hätte, etwa nicht benötigtes Geld müßte später womöglich für eine Kautions- oder Vorauszahlung verwandt werden.

2. Daß der Kläger für Frau T. aus § 831 BGB einzustehen habe, hat das Berufungsgericht verneint, weil sie jedenfalls nicht in Ausübung der Verrichtungen gehandelt habe, die ihr der Kläger übertragen habe. Auch das ist rechtlich einwandfrei.

3. Schließlich kann die Beklagte ihren etwaigen gegen Frau T. bestehenden Anspruch auf Rückzahlung der nicht verbrauchten Gelder auch nicht mit der Behauptung gegen den Kläger richten, sie habe diese Gelder für ihn eingenommen (§ 164 BGB). Daß sie, die nach § 4 des Mietvertrages keine Mieten annehmen durfte, bevollmächtigt gewesen sei, die Bauspargelder namens des Klägers anzunehmen, hat die Beklagte selbst nicht vorgebracht. Vergeblich verweist die Revision darauf, daß das Berufungsgericht im Zusammenhang mit seinen Erwägungen zu § 812 BGB zugunsten der Beklagten unterstellt, Frau T. habe Inkassovollmacht gehabt (BU S. 19). Damit hat das Berufungsgericht nur unterstellt, daß Frau T. für den Kläger habe Mieten einnehmen dürfen, nicht aber auch, daß sie das Geld habe namens des Klägers annehmen dürfen, das ihr die Beklagte am 4. Mai 1961 als Vorschuß für den Umbau gegeben haben will und das sie ihr am 16. Mai 1961 überweisen ließ. Wie ausgeführt, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getrennt zwischen dem,

was Frau T[REDACTED] für den Kläger anlässlich der Verhandlungen über den Mietvertrag getan hat, und dem, was sie für die Beklagte im Zusammenhang mit dem Umbau getan hat. Angesichts dieser Trennung der Tätigkeit von Frau T[REDACTED] kann sich die Revision auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß sich der Kläger die Annahme dieser Gelder durch Frau T[REDACTED] als seiner Hausverwalterin zurechnen lassen müsse.

III. Klage auf Zahlung der restlichen Miete

Nach dem Vorstehenden kann die Beklagte dem Kläger nicht entgegenhalten, daß sie an Frau Thurn eine Mietvorauszahlung von 1 000 DM geleistet habe. Auch im übrigen stehen ihr gegen den Kläger keine Ansprüche zu, mit denen sie gegen den noch im Streit befindlichen restlichen Mietzinsanspruch des Klägers aufrechnen könnte. Es kommt daher nicht darauf an, ob einer Aufrechnung nicht schon § 7 des Mietvertrages entgegenstehen würde.

C.

Nach alledem erweist sich die Revision als unbegründet, so daß sie zurückzuweisen war. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Golhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber