

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

ZPO §§ 274 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5, 528

Die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten kann in den Rechtsmittelinstanzen auch für die Kosten dieser Instanzen nur unter der Voraussetzung des § 528 ZPO geltend gemacht werden.

BGB §§ 542, 242 C*a*

Kündigt ein Mieter wegen Vorenthaltung von Mietraum den Mietvertrag nach § 542 BGB zu einem künftigen Zeitpunkt, so ist die Kündigung nicht schon deshalb unbegründet, weil der Mieter von diesem Zeitpunkt an den Mietraum aus lediglich in seiner Person liegenden Gründen ohnehin nicht gebraucht hätte.

BGH, Urt. v. 14. Juli 1970 - VIII ZR 173/68 - OLG Frankfurt(Main)
LG Frankfurt(Main)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 173/68

URTEIL

Verkündet am

14. Juli 1970

Klett,

Justizhauptssekretär:

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Hermann K [REDACTED] in F [REDACTED],
Große B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

die Eheleute Thomas Philson T [REDACTED] und Martha
Sue T [REDACTED] geb. C [REDACTED] in L [REDACTED] W 1, 33 Ca [REDACTED]
S [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 28. Juni 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer eines Hauses in Kö-
[REDACTED]. Er vermietete es durch Mietvertrag vom 27. Januar 1966 an die Kläger für die Zeit vom 1. Februar 1966 bis 31. März 1969 zu einem monatlichen Mietzins von 2 000 DM. Die Kläger sind Staatsangehörige der USA. Der klagende Ehemann war General-Manager der Firma The A [REDACTED] E [REDACTED] Company Inc. in F [REDACTED]. Im Zeit-



punkt des Vertragsabschlusses zwischen den Parteien war das ursprünglich als Einfamilienhaus eingerichtete Gebäude so umgebaut, daß es in vier Einzelwohnungen gegliedert war. Den Klägern wurde die Berechtigung eingeräumt, das Haus wieder als Einfamilienhaus umzugestalten. Deswegen schlossen die Parteien einen schriftlichen Zusatzvertrag, den sie als "Anhang zum Mietvertrag" bezeichneten. In diesem Anhang verpflichtete sich der Beklagte, die Kosten für die Umgestaltungsarbeiten bis zur Höhe von 8 000 DM zu übernehmen. Die darüber hinausgehenden Kosten sollten zu Lasten der Kläger gehen. Da das vermietete Haus mit Möbeln und Inventar versehen war, sollten nach dem "Anhang" die Kläger dem Beklagten anzeigen, welche Stücke sie nicht zu übernehmen bereit waren. Die Kläger verpflichteten sich, dem Beklagten die entsprechenden Räume zur Lagerung des von ihnen nicht gewünschten Mobiliars und Inventars zu überlassen. Schließlich wurde vereinbart, daß die Kläger eine Kautionshöhe von 12 000 DM stellen und eine selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank in Höhe von 23 000 DM beizubringen hatten. Diese Bürgschaft hat die D. [REDACTED] B. [REDACTED] in F. [REDACTED] geleistet.

Die Kläger sind am 23. Februar 1966 eingezogen. Alsbald nach dem Einzug kam es zu Streitigkeiten. Am 15. April 1966 erhoben die Kläger die damals nur auf Erstattung aufgewendeter Beträge gerichtete Klage. Im Laufe dieses Rechtsstreits kam es zwischen den Parteien u.a. auch über die Lagerung der nichtübernommenen Möbel zu Meinungsverschiedenheiten. Die Kläger kün-

digten schließlich mit Schreiben vom 24. August 1966 das Mietverhältnis fristlos. Ende September 1966 räumten sie die Wohnung. Der Kläger war zum 1. September 1966 nach London versetzt worden. Von der beabsichtigten Versetzung hatte er unstreitig Ende Juni 1966 erfahren.

Die Kläger machen aus der Abwicklung des Mietverhältnisses folgende Ansprüche geltend:

1. Rückzahlung des Restes der Kautions in
Höhe von 11 149,06 DM
2. Erstattung der von den Klägern an die
Deutsche Bank geleisteten Bürgschafts-
summe in Höhe eines Teilbetrages von 4 000,-- DM
3. Rechnungen für Umbau des Hauses in
Höhe von insgesamt 7 427,81 DM
4. Telefonrechnung 56,73 DM.

Der Beklagte bestreitet die Berechtigung der Kläger zur fristlosen Kündigung. Er ist der Ansicht, den Klägern ständen die verlangten Beträge nicht zu.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 22 633,60 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter; die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht dem im zweiten Rechtszug gestellten Verlangen des Beklagten auf Leistung einer Ausländersicherheit für die Prozeßkosten nicht stattgegeben.

Das Berufungsgericht meint, dieses Verlangen hätte bereits im ersten Rechtszug vorgebracht werden können. Im Termin vor dem Landgericht am 8. März 1967 sei dem Beklagten bekannt gewesen, daß der Kläger nach London versetzt worden war. Spätestens in diesem Termin hätte er die prozeßhindernde Einrede der mangelnden Sicherheit vorbringen können. Da es sich um eine verzichtbare Einrede handle, sei ihre spätere Geltendmachung nicht mehr möglich.

Die Revision hat in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten könne in jedem Rechtszug wegen der Kosten des jeweiligen Rechtszuges neu geltend gemacht werden. Das trifft nicht zu. Bei der Festsetzung

der Sicherheitsleistung sind sämtliche Kosten aller möglichen Rechtszüge zu veranschlagen (§ 112 Abs. 2 ZPO). Grundsätzlich muß die berechnigte Partei von dieser Möglichkeit rechtzeitig Gebrauch machen, d.h. nach § 274 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 5 ZPO vor der Verhandlung zur Hauptsache (BGHZ 37, 266 f). Auf dieses Urteil des Bundesgerichtshofes bezieht die Revision sich zu Unrecht. In jenem Rechtsstreit hatte die beklagte Partei rechtzeitig vorweg die Einrede der mangelnden Sicherheit erhoben. Sie begehrte nur die Erhöhung. Diesem Verlangen wurde entsprochen, weil die klagende Partei im Berufungsverfahren auf die Beobachtung der Vorschrift des § 528 Satz 1 ZPO über die Folgen verspäteten Vorbringens prozeßhindernder Einreden verzichtet hatte. Der Sachverhalt war also anders als im vorliegenden Fall.

Die Revision ist weiter der Auffassung, die Einrede der mangelnden Sicherheit habe ohne entsprechenden Antrag der Kläger nicht als verspätet zurückgewiesen werden dürfen. Ein solcher Antrag sei nicht gestellt worden. Dem kann nicht gefolgt werden. Nach § 274 Abs. 2 Nr. 5 ZPO ist die prozeßhindernde Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung grundsätzlich vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen. Im Berufungsrechtszuge können nach § 528 ZPO prozeßhindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außerstande gewesen ist, sie im ersten Rechtszuge vorzubringen. Diese Voraussetzung ist ersichtlich nicht gegeben. Ob, wie die Revision meint,

die Ablehnung eines erst im zweiten Rechtszuge gestellten Antrages einen dahingehenden ausdrücklichen Antrag des Ausländers erfordert, kann dahingestellt bleiben. Der Beklagte hat den Schriftsatz vom 15. Mai 1968, in dem der Antrag, Sicherheitsleistung anzuordnen, enthalten ist, im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 17. Mai 1968 überreicht. Den Klägern war zur Nachreichung eines Schriftsatzes eine Frist bis zum 17. Juni 1968 bestimmt worden. Sie haben in einem am 18. Juni 1968 eingegangenen Schriftsatz erklärt, das Verlangen des Beklagten sei unbegründet. Dieser Schriftsatz war rechtzeitig, weil der 17. Juni 1968 ein allgemeiner Feiertag im Sinne des § 222 Abs. 2 ZPO ist. Der Antrag auf Ablehnung ist also gestellt worden. Es kann demnach auch keine Rede davon sein, daß die Kläger etwa, wie die Revision ebenfalls glaubt, auf die Rüge, das Verlangen nach Sicherheit sei verspätet, verzichtet hätten.

II.

Das Berufungsgericht hält die fristlose Kündigung vom 24. August 1966 für begründet, weil der Beklagte den Klägern einen Teil der Mieträume vorenthalten habe.

1. Es führt aus, die Kläger hätten das Recht gehabt, zu bestimmen, in welchen Räumen des Hauses der Beklagte die von ihnen nicht benutzten Möbel verwahren solle, die in einem Zimmer hinter dem Esszimmer im Erdgeschoß und in einem Zimmer des Obergeschosses

untergebracht waren. Mit Schreiben ihres Anwalts vom 2. Mai 1966 hätten die Kläger den Beklagten aufgefordert, die Möbel in das Gartenappartement des Kellers zu bringen. Mit Schreiben vom 11. Mai 1966 sei diese Aufforderung wiederholt worden. Das Berufungsgericht führt sodann die Schreiben des Anwalts der Kläger vom 23. Mai 1966 und 2. Juni 1966 an, die folgendermaßen lauten:

"Nach Rücksprache mit meinen Mandanten bitte ich Sie erneut dringend, die jetzt als Möbelerlager dienenden Wohnräume freizugeben.

Meine Mandanten werden in naher Zukunft eine größere Gesellschaft geben und benötigen dazu diese Zimmer. Ich bitte Sie, mir den Räumungstermin telefonisch durchzugeben. Meine Mandanten und deren Beauftragte werden dann zur gegebenen Zeit zur Übernahme der Räume in Kö[REDACTED] sein."

und

"In der Mietangelegenheit Turnbull (das sind die Kläger) erhielt ich heute von meinen Mandanten die Nachricht, daß sie im Keller die Küche und ein Zimmer leer übergeben haben.

Jetzt sind noch zwei Zimmer im Parterre verschlossen. Ich bitte Sie, unbedingt schnellstens das Zimmer neben dem Esszimmer zu räumen. Meine Mandanten benötigen diesen Raum für eine Gesellschaft am kommenden Samstag. Eine weitere hochoffizielle Gesellschaft ist für allernächste Zeit geplant, für die zumindest der eine Raum benötigt wird. Die dort gelagerten Möbel können in das Zimmer im Keller gestellt werden."

Schließlich hat der Anwalt der Kläger die Räumung mit einem Schreiben vom 21. Juni 1966 wie folgt verlangt:

"Außerdem erinnere ich Sie erneut daran, das hinter dem EBzimmer gelegene Zimmer zu räumen. Die dort befindlichen Möbel können, wie schon mehrfach ausgeführt, in dem zweiten leeren Kellerraum untergebracht werden. Nach dem Vertrag ist es Sache meiner Mandanten zu bestimmen, in welchen Räumen nicht übernommene Möbel gelagert werden. Sollte das an das EBzimmer anschließende Zimmer nicht bis zum 1. Juli 1966 geräumt sein, wird mein Mandant Klage erheben. Außerdem behält er sich eine Mieteminderung vor."

Das Berufungsgericht meint, aus diesen Schreiben ergebe sich, daß den Mietern der Gebrauch eines Teiles der Mietsache vorenthalten worden sei. Der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß das Kündigungsrecht verlorengegangen sei, weil die Kläger nach Fristablauf die Kündigung unangemessen lange verzögert hätten. Eine Verzögerung von zwei bis drei Monaten sei nicht außergewöhnlich. Im übrigen hätten die Kläger offensichtlich zunächst von dem Ausspruch der fristlosen Kündigung abgesehen, weil sie nicht sofort eine neue Wohnung gehabt hätten. Als aber der Kläger nach London versetzt worden war und damit die Möglichkeit hatte, für seine kinderreiche Familie alsbald eine angemessene Wohnung zu bekommen, habe er von dem Recht der fristlosen Kündigung Gebrauch gemacht. Es sei in das Ermessen des Mieters gestellt, ob er sich des Kündigungsrechtes bedienen wolle. Er werde sich dabei immer von der

Erwägung leiten lassen, ob er eine andere Wohnung beziehen könne. Bei Abfassung der fristsetzenden Schreiben im Mai und Juni 1966 seien die Kläger noch nicht nach London versetzt gewesen, so daß sich noch keine unmittelbare Möglichkeit zur Erlangung einer anderen Wohnung geboten habe. Aus dem Umstand, daß die fristlose Kündigung offensichtlich erfolgt sei, weil der Kläger zum 1. September 1966 versetzt worden war, seien entgegen der Auffassung des Landgerichts keine Folgerungen zu ziehen.

2. Die Angriffe der Revision sind begründet.

a) Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen greift die Revision mit berechtigten Verfahrensrügen an.

Das Berufungsgericht begründet seine Auffassung, der Beklagte habe den Klägern Mietraum vorenthalten, damit, die Kläger hätten bestimmen dürfen, wo die Möbel gelagert würden. Wenn sie den Wunsch gehabt hätten, die zuerst im Erdgeschoß gelagerten Möbel im Gartengeschoß unterzubringen, so hätte der Beklagte darauf eingehen müssen.

Der Revision kann zwar nicht darin gefolgt werden, daß das Berufungsgericht nicht festgestellt habe, welche Räume den Klägern vorenthalten worden sein sollen. Aus dem Zusammenhang der vom Berufungsgericht gewürdigten Schreiben der Kläger vom 2. Mai, 23. Mai, 2. Juni und des Kündigungsschreibens vom 24. August 1966 geht hervor, daß der Streit um ein Zimmer im

Obergeschoß, in der Hauptsache aber um ein Zimmer neben dem EBzimmer im Erdgeschoß gegangen ist.

Begründet sind aber die Rügen der Revision, soweit sie sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts richten, das Verlangen der Kläger auf Räumung dieser Zimmer sei berechtigt. Die Revision macht zutreffend geltend, das Berufungsgericht habe den folgenden unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten übergangen: Er habe auf eigenen Wunsch der Kläger zunächst die Möbel des Erdgeschosses und der beiden Obergeschosse in das letzte kleine Ostzimmer des Erdgeschosses und in die beiden kleinen Ostzimmer des ersten Obergeschosses eingelagert und auf einen neuen Wunsch der Kläger sodann die Möbel und das Inventar, die in den beiden kleinen Ostzimmern des ersten Obergeschosses abgestellt waren, in das Nordwestzimmer des 1. Geschosses verlagert. Für den Fall, daß das Gartengeschoß geräumt werde, sei vereinbart worden, die Möbel aus den Räumen des ersten Obergeschosses, und zwar nur aus diesen, in den Raum an der Südwestecke des Hauses im Gartengeschoß umzulagern. Als der Mieter des Gartengeschoßes Ende April 1966 ausgezogen sei, hätten die Kläger die im Gartengeschoß befindlichen Möbel nicht übernehmen wollen. Auf ihren Wunsch seien daher das gesamte Mobiliar und das Inventar des Gartengeschoßes im Südwestraum dieser Wohnung eingelagert worden. Infolgedessen sei, was nicht vorauszusehen gewesen sei, das als Lagerraum vorgesehene Zimmer des Gartengeschoßes allein schon mit den Möbeln und dem Inventar des Gartengeschoßes

ausgefüllt gewesen. Möbel aus dem Erdgeschoß noch einzulagern, sei unmöglich gewesen. Von den weiteren Räumen des Gartengeschoßes seien von den Klägern das Südzimmer als Wohnzimmer und die Küche als Waschküche bestimmt und eingerichtet worden. Nach dieser Darstellung, ihre Richtigkeit unterstellt, würde möglicherweise der Beklagte das ihm Zumutbare getan haben, um den Wünschen der Kläger nachzukommen, zumal es sich bei den Möbeln zum Teil um schwere Gegenstände gehandelt haben soll, deren Transport nicht ohne Schwierigkeit auszuführen war.

b) Die Revision macht mit Recht weiter geltend, das Berufungsgericht habe es an einer Prüfung fehlen lassen, ob nur eine unerhebliche Vorenthaltung des Gebrauchs vorliege (§ 542 Abs. 2 BGB). Der Beklagte hatte hierzu vorgetragen, das "hintere" Zimmer des Erdgeschoßes, um das im wesentlichen der Streit gegangen ist, habe eine Fläche von 3 x 3 m, während die Wohnfläche des gesamten gemieteten Hauses etwa 350 qm betrage. Sollte dieses Verhältnis der Flächen zutreffen, könnte die Vorenthaltung des kleinen Raumes bei Abwägung aller Umstände in der Tat als unerheblich angesehen werden. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Verhandlung gegebenenfalls prüfen müssen, ob die fristlose Kündigung durch ein besonderes Interesse der Kläger gerechtfertigt war. Bei dieser Würdigung könnte es auch darauf ankommen, daß die Kündigung unstreitig erfolgt ist, weil die Kläger zum 1. September 1966 nach London versetzt worden waren und sie deshalb am 30. September 1966 nach dort umzie-

hen wollten. Die Kläger konnten und wollten anscheinend nach dem 30. September 1966 die gemietete Wohnung nicht mehr benutzen. Dieser Umstand für sich nahm allerdings entgegen der Meinung der Revision den Klägern nicht ein Recht zur Kündigung. Die Revision beruft sich zu Unrecht auf das Urteil des erkennenden Senats BGHZ 38, 295. Jenem Urteil lag zugrunde, daß der Mieter im Zeitpunkt der Kündigung aus in seiner Person liegenden Gründen an der Ausübung des Gebrauchsrechtes gehindert war. In einem solchen Fall läßt sich davon sprechen, daß der Vermieter, der über die Mietsache in einer Weise verfügt, die einen Gebrauch durch den Mieter ausschließt, dem Mieter den Gebrauch nicht entzieht; denn der Mieter würde auch ohne die Handlung des Vermieters den Gebrauch nicht ausüben. Im vorliegenden Fall wären hingegen bei Abgabe der Kündigungserklärung die Kläger in der Lage gewesen, die angeblich vorenthaltenen Räume zu gebrauchen und hätten es auch getan. Der Beweggrund für die Kündigung war allerdings anscheinend nicht die Vorenthaltung, sondern der Wunsch, sich wegen des bereits geplanten Wohnsitzwechsels vom Vertrage zu lösen. Sind die Voraussetzungen für eine Kündigung gegeben, so kann sie aber grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Beweggründe ausgesprochen werden, die den Kündigenden dazu leiten, den Vertrag zu beenden. Anders liegt es, wo das Gesetz wie in § 542 Abs. 2 BGB zur Voraussetzung der Kündigung ein besonderes die Kündigung rechtfertigendes Interesse macht. Für diese Würdigung kann es darauf ankommen, ob dem Mieter in Wahrheit nicht so sehr an dem Gebrauch der Mietsache gelegen war, son-

dern er aus anderen, in seiner Person liegenden Gründen vom Mietvertrage loskommen will.

c.) Im übrigen könnte eine Kündigung, die auf eine den kündigenden Mieter demnächst nicht mehr beeinträchtigende Vertragsverletzung des Vermieters gestützt und möglicherweise nur erfolgt ist, um einen langfristigen, dem Mieter lästig gewordenen Mietvertrag aufzulösen, auch eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, wenn wie hier das frühere Einfamilienhaus, das der Beklagte aus Rentabilitätsgründen in ein Vierfamilienhaus umgebaut hatte, zuvor gerade nach den Wünschen der Mieter in ein Einfamilienhaus zurückumgewandelt worden war. In diesem Zusammenhang wäre möglicherweise auch das Vorbringen des Beklagten zu beachten, daß die Kläger, denen die Versetzung nach London seit Ende Juni 1966 bekannt war, es bewußt unterlassen haben, aus den Anfang Mai 1966 begonnenen Streitigkeiten um die Unterbringung der Möbel den einschneidenden Rechtsbehelf der Auflösung des Vertrages herzuleiten, vielmehr noch im Schreiben vom 21. Juni 1966 nur eine Mietzinsminderung angedroht haben, weil sie trotz der angeblichen Vorenthaltung der Unterstellräume sich den Besitz des ihnen im übrigen zusagenden Miethauses gerade erhalten wollten, und daß sie nach monatelangem Zuwarten den Beklagten mit der Kündigung erst überrascht haben, nachdem sie wegen der Versetzung auf den Fortbestand des Mietverhältnisses keinen Wert mehr legten.

III.

Das Berufungsurteil läßt sich auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten (§ 563 ZPO).

Die Kläger haben ein Recht zur fristlosen Kündigung auch daraus hergeleitet, der Beklagte habe seine Verpflichtungen schuldhaft in solchem Maße verletzt, daß ihnen die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden könne (§ 554 a BGB). Dabei haben sie sich auch darauf gestützt, daß der Beklagte das gegenseitige Verhältnis durch die Weigerung, die mit Möbeln besetzten Zimmer freizumachen, und durch den Rechtsstreit, zu dem sie gezwungen worden seien, unerträglich belastet habe. Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Kündigungsgrund nicht befaßt. Seine tatsächlichen Feststellungen erlauben auch in Verbindung mit anderen unstreitigen Mißhelligkeiten und Meinungsverschiedenheiten, die zwischen den Parteien geherrscht haben, nicht die Folgerung, daß der Beklagte das gegenseitige Verhältnis so nachhaltig zerrüttet habe, daß den Klägern eine Aufrechterhaltung des Mietvertrages nicht zuzumuten gewesen wäre.

IV.

Damit ist auch der Berechnung der Zahlungsansprüche der Kläger weitgehend der Boden entzogen.

1. Rückzahlung der Bürgschaftssumme von 4 000 DM.
Der Beklagte hat die D■■■■■■ B■■■■, die für die Klä-

ger Bürgschaft geleistet hatte, u.a. wegen des Mietzinses für die Monate Oktober und November 1966 in Anspruch genommen. Die Kläger verlangen Erstattung dieses Mietzinses. Dieser Anspruch ist nicht entscheidungsreif. Er hängt davon ab, ob die Kündigung zum 1. Oktober wirksam war. Es sind keine Umstände ersichtlich, aus denen die Kläger von der Zahlung der Miete für Oktober und November befreit sein könnten, falls die fristlose Kündigung wegen Vorenthaltung der Mieträume nicht durchgreift.

Die Kläger haben, wie das Berufungsgericht feststellt, mit der Klageforderung von 4 000 DM, soweit diese nicht durchdringt, hilfsweise auch einen Anspruch aus ungerechtfertigter Inanspruchnahme der Bürgschaft in Höhe der weiteren 19 000 DM zum Teil geltend gemacht. Das ist zulässig. Ob und wie weit dieser Anspruch begründet ist, hängt davon ab, welche Mietzinsansprüche dem Beklagten noch zustehen. Das Landgericht hat gemeint, eine Kündigung der Kläger sei aus § 549 Abs. 1 Satz 2 BGB mit gesetzlicher Frist zum 31. März 1967 begründet gewesen. Die Revision macht demgegenüber geltend, der Beklagte habe vorgetragen, er habe eine Untervermietung oder die Annahme eines Ersatzmieters nicht allgemein abgelehnt, sondern den Klägern lediglich das Recht bestritten, den Untermieter oder Ersatzmieter selbständig auszuwählen. Die Kläger hätten auch keinen Ersatzmieter oder Untermieter benannt. Hierüber hat das Berufungsurteil nicht entschieden. Das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhand-

lung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, wird die Klageforderung auf Zahlung von 4 000 DM unter dem Gesichtspunkt, ob eine Kündigung mit gesetzlicher Frist zulässig war, prüfen müssen. Es könnte unter Umständen auch darauf ankommen, ob der Beklagte etwa die anderweite Vermietung oder die Annahme eines zumutbaren Ersatzmieters unter Verstoß gegen Treu und Glauben verhindert hat.

Sollte sich herausstellen, daß die Forderungen der Kläger auf Erstattung des von dem Beklagten in Anspruch genommenen Bürgschaftsbetrages berechtigt sind, so könnte es weiter darauf ankommen, ob die Gegenansprüche des Beklagten, mit denen er in Höhe von 6.922,22 DM aufgerechnet hat, begründet sind. Das Berufungsgericht hat diese Ansprüche ungeprüft gelassen, weil es der Auffassung ist, die Kläger könnten den Beklagten mit seinen Gegenansprüchen auf den nicht in erster Linie eingeklagten, sondern nur hilfsweise geltend gemachten Restanspruch von 19 000 DM verweisen. Dem kann nicht gefolgt werden. Hat ein Beklagter im Prozeß gegen eine Teilforderung berechtigterweise aufgerechnet, so ist diese Forderung nach §§ 388, 389 BGB erloschen. Für eine spätere, vom Beklagten ausgesprochene Verweisung auf den nicht geltend gemachten Rest der Forderung ist kein Raum mehr (so Urteile BGH vom 26. März 1954 - V ZR 151/52 - LM UmstG § 18 Abs. 1 Nr. 3 (Nr. 25); vom 10. Oktober 1966 - VII ZR 30/65 - LM BGB § 249 /Ba/ Nr. 19 = BGHWarn 1966 Nr. 191). Nichts anderes kann gelten, wenn die Restforderung wie hier nur

hilfsweise in den Rechtsstreit eingeführt ist für den Fall, daß der in erster Linie geltend gemachte Teil der Forderung unbegründet ist. Das Gericht muß deshalb bei der Entscheidung über den in erster Linie eingeklagten Teil über die Aufrechnung entscheiden.

2. Rückzahlung des Restes der Kautions in Höhe von 11 149,06 DM.

Voraussetzung für die Rückgabe der Kautions ist nach der vertraglichen Vereinbarung die Beendigung des Mietvertrages, die Rückgabe der Mietsache und die Vornahme der Abrechnung. Wie sich aus den vorhergehenden Ausführungen ergibt, steht noch nicht fest, daß zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszuge das Mietverhältnis beendet war. Damit fehlt dem erkennenden Senat auch die Möglichkeit, eine Abrechnung vorzunehmen.

3. Rechnungen für den Umbau in Höhe von 7 427,81 DM.

Das Berufungsgericht meint, für die Umbaukosten hafte der Beklagte in jedem Fall, weil er diese Kosten bis zur Höhe von 8 000 DM übernommen habe. Es sei im Verträge nicht gesagt, daß der Beklagte mit diesem Betrag erst eintreten solle, wenn der gesamte vorgesehene Umbau abgeschlossen sei. Die Revision wendet mit Recht ein, das Berufungsgericht habe bei seiner Auslegung den Vortrag des Beklagten außer acht gelassen, die Vereinbarung über die Verteilung der Um-

baukosten habe nicht den hier eingetretenen Fall erfaßt, daß die Umbauarbeiten unvollendet mit der Folge abgebrochen seien, daß das Gebäude weder als Einfamilien- noch als Vierfamilienhaus zu bewohnen und zu vermieten sei und er, der Beklagte, nunmehr Geld aufwenden müsse, um die begonnenen Arbeiten entweder fortzuführen oder zu beseitigen. Der Beklagte will damit wohl geltend machen, ihm seien durch den Abbruch der Arbeiten und die Unvermietbarkeit des Hauses Schäden entstanden, die die Klageforderung überstiegen. Ähnlich hatte bereits das Landgericht angenommen, die Bestimmung über die Zahlung eines Betrages von 8 000 DM sei dahin auszulegen, daß Erstattung der Baukosten nicht schon dann zu zahlen sei, wenn, wie vorliegend, die Mieter diejenigen Arbeiten hätten ausführen lassen, die in ihrem Interesse lagen und nicht die Arbeiten, die für den Beklagten bedeutend waren und zu deren Ausführung sie sich ebenfalls vertraglich verpflichtet hätten. Den Ausführungen des Landgerichts liegt ersichtlich auch der zutreffende Gedanke zugrunde, die Parteien hätten den Fall, daß das Vertragsverhältnis eher als vereinbart ende, nicht bedacht und es seien im Wege ergänzender Vertragsauslegung die gegenseitigen Verpflichtungen festzulegen, die sich ergäben, wenn bei Beendigung des Vertragsverhältnisses die Umbauarbeiten noch nicht vollendet waren. Daß die Kläger, wenn sie Arbeiten nicht ausführten, zu denen sie dem Beklagten verpflichtet waren, aus positiver Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet sein können, liegt auf der Hand. Andererseits ist dem Beklag-

ten möglicherweise die Geltendmachung von Aussprüchen verwehrt, wenn er selbst durch vertragswidriges Verhalten verursacht haben sollte, daß die Kläger den Mietvertrag kündigten und deshalb Arbeiten nicht vollendeten. Dem wird das Berufungsgericht bei der erneuten mündlichen Verhandlung nachgehen müssen. Wenn das Berufungsgericht meint, die Auslegung des Landgerichts würde zur Folge haben, daß die Kläger, wenn sie auch nur einen geringfügigen Teil des Umbauvorhabens später aus irgendwelchen Gründen nicht mehr für vorteilhaft gehalten hätten, jeden Zahlungsanspruch wegen der bereits ausgeführten Arbeiten verloren hätten, so geht das ersichtlich fehl. Nach der Feststellung des Landgerichts, mit der das Berufungsgericht sich nicht befaßt, handelte es sich gerade um das Fehlen gewichtiger Umbauten, die für den Beklagten wesentlich waren.

V.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen, weil sie von dem Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier