

VIII ZR 53/58) miteinander
VIII ZR 144/58) verbunden

V e r k ü n d e t

am 21. Mai 1959

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

- der 1.) E [redacted] Ladenunion Gesellschaft mit beschränkter
Haftung in H [redacted], Großer B [redacted], vertreten
durch ihren Geschäftsführer Christian K [redacted],
- 2.) a) Herbert R [redacted] in Kö [redacted], E [redacted] str. [redacted],
b) Christian K [redacted] in H [redacted],
D [redacted],

Beklagten, Berufungskläger, An-
schlußberufungsbeklagten und Re-
visionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

g e g e n

die A [redacted] Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft
in S [redacted], Si [redacted] straße [redacted], vertreten durch ihren
Vorstand Dr. M [redacted], Dr. P [redacted], Dr. M [redacted], Dr. Me [redacted],

Klägerin, Berufungsbeklagte, An-
schlußberufungsklägerin und Re-
visionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. Mai 1959 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel
und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Die Revisionen gegen das Teilurteil des
10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesge-
richts zu Hamburg vom 24. Februar 1958 und gegen
das Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 14. Juli 1958
werden auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch schriftlichen Vertrag vom 12./14. August 1953 hatte die Klägerin mit Wirkung vom 1. November 1953 in ihrem Grundstück H[REDACTED], Großer B[REDACTED] gelegene Geschäftsräume zum Betrieb eines Kaufhauses an die Firma "K[REDACTED] d. W[REDACTED]" (LdW) vermietet. Das Gebäude war durch Kriegseinwirkung beschädigt. In § 1 des Mietvertrages ist vermerkt, daß die Räume von der Mieterin besehen und ihr also bekannt sind, sowie daß die Mieterin berechtigt ist, die Räume für ihre Zwecke auf ihre Kosten umzubauen. In § 3 heißt es:

" Die Mieterin zahlt der Vermieterin als verlorenen Zuschuß zu den von der Vermieterin zur Beseitigung der Kriegsschäden an dem Grundstück gemachten Aufwendungen einen Betrag von DM 20.000, und zwar DM 10.000 am 1. September 1953 und DM 10 000 am 1. Oktober 1953."

Nach § 4 betrug der Mietzins jährlich 54.000 DM und hatte die LdW darauf eine Vorauszahlung von 20.000 DM am Tage des Beginns des Mietverhältnisses zu leisten, die mit 4000 DM jährlich auf den Mietzins angerechnet werden sollten. - Nach § 11 sind nachträgliche Änderungen und Ergänzungen des Vertrages, gleichgültig welcher Art, nur dann rechtsverbindlich, wenn sie schriftlich vereinbart werden.

Die LdW zahlte den Baukostenzuschuß von 20.000 DM, nicht aber die in § 4 vereinbarte Mietvorauszahlung.

Mit schriftlichem Vertrag vom 10. Dezember 1953 übernahm die damals unter dem Namen "K[REDACTED]" in Gründung befindliche Beklagte zu 1) das Unternehmen der LdW. In § 3 dieses Vertrages ist bestimmt:

- 3 -

" Die L. überträgt hiermit der K. ihre Ansprüche aus dem Mietvertrag mit der A. Lebensversicherungs AG. ..vom 12./14. August 1953. Die Ladenunion ist weiter nach Wahl der K. bereit, den Verzicht auf die Rechte aus diesem Mietvertrage zu erklären oder sonst Rechtshandlungen vorzunehmen, die im zukünftigen Rechtsverhältnis der K. zur A. notwendig sind, und der K. die Rechte als zukünftige Mieterin der Ladenräume, wie sie bisher von der Ladenunion innegehalten wurden, zu verschaffen."

Am 23. Dezember 1953 wurde zwischen der Klägerin und der "zur Eintragung in das Handelsregister angemeldeten K. GmbH." ein schriftlicher Mietvertrag abgeschlossen, nach dem die Klägerin sich vorher von der LdW eine Erklärung des Inhalts hatte geben lassen, daß diese auf die Rechte aus dem Mietvertrag vom 12./14. August 1953 verzichte. - In § 1 des neuen Mietvertrages heißt es, daß die vermieteten Räume von der Mieterin besehen und ihr also bekannt sind, sowie daß die Mieterin berechtigt ist, die Räume für ihre Zwecke auf ihre Kosten umzubauen. - Nach § 2 läuft die Mietzeit vom 1. Januar 1954 bis zum 31. März 1959 und kann die Mieterin für weitere fünf Jahre Verlängerung des Vertrages beanspruchen. - § 3 lautet:

" Der Mietzins beträgt jährlich DM 54.000. Auf diesen Mietzins leistet die Mieterin eine Vorauszahlung von DM 20.000, zahlbar mit je DM 2000 monatlich zuerst am 1. Januar 1954 und die letzte Rate am 1. Oktober 1954.

Diese Vorauszahlung wird mit je DM 4000 jährlich auf die 5 Vertragsjahre angerechnet, so daß sich der jährliche aufzubringende restliche Mietbetrag auf DM 50 000 ermäßigt.

Obiges zusammengefaßt sind also zu zahlen:



- 1) vom 1. Januar 1954 bis einschließlich
1. Oktober 1954 (10 Monate) je DM 6166,67
- 2) ab 1. November 1954 monatlich jeweils
DM 4166,67.

Die Zahlungen sind monatlich im voraus, spätestens am 3. Werktag jeden Monats ... zu zahlen.

Gerät die Mieterin mit ihren Zahlungen in Verzug, so ist die Vermieterin berechtigt, für den rückständigen Betrag die geleistete Mietvorauszahlung in Anspruch zu nehmen; insoweit erhöht sich die künftige monatliche Leistung sodann entsprechend."

In § 4 Abs. 3 ist vereinbart, daß die Kosten für die Beheizung der Räume "anteilig der Größe der beheizten Räume entsprechend von der Mieterin getragen" werden. - In § 5 Abs. 1 ist bestimmt:

" Mit etwaigen Gegenforderungen darf die Mieterin nur aufrechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn die Vermieterin hierzu ihr Einverständnis erklärt, oder wenn der Anspruch hierzu rechtskräftig festgestellt ist."

§ 6 Abs. 1 und 2 lautet:

" Die Mieterin verpflichtet sich im übrigen, die Mieträume und die der allgemeinen Benutzung dienenden Einrichtungen des Hauses pfleglich zu behandeln und außerdem die Mieträume im gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten, und sie bei Aufgabe in gleichem Zustand zurückzugeben.

Alle erforderlichen Instandsetzungsarbeiten und Schönheitsreparaturen in den Mieträumen während der Dauer des Mietverhältnisses trägt die Mieterin."

Nach § 10 sind nachträgliche Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages, gleichgültig welcher Art, nur dann rechtsverbindlich, wenn sie zwischen den Parteien schriftlich vereinbart werden. - In § 14 ist bestimmt, daß für das Mietverhältnis im übrigen die Bestimmungen des Deutschen Einheitsmietvertrages gelten. - In § 15 heißt es, daß die Mieterin etwaige rückständige Mieten und Heizungskosten der bisherigen Mieterin übernimmt. - In § 18 ist der Mieterin das Vormietrecht für den Nachbarladen (Z...) eingeräumt. § 17 lautet:

" Die Herren Hermann E..., Herbert B... (Beklagter zu 2a), Christian K... (Beklagter zu 2b) geben die obige Erklärung, sowohl für die K... .., als auch für sich persönlich ab. Sie haften neben der Mieterin für alle aus diesem Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen als Gesamtschuldner."

Die Beklagte leistete die Mietvorauszahlung nur zum Teil. Mit Schreiben vom 9. September 1954 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis fristlos wegen Nichtzahlung der Septembermiete und "weiterer bekannter Leistungen", mit denen die Beklagte im Verzuge sei. Dem widersprach die Beklagte. Verhandlungen zwischen den Parteien führten zu keiner Einigung. Nach mehreren Mahnungen erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 4. Januar 1957 erneut die fristlose Kündigung, weil die Beklagte den mit den Mahnungen angeforderten Rückstand nicht beglichen hatte.

Mit der im Januar 1957 erhobenen Klage hat die Klägerin schließlich von den Beklagten als Gesamtschuldnern die Zahlung von 26 725,44 DM nebst 5 % Zinsen von 22 225,44 DM

seit dem 17. Januar 1957 und von weiteren 4500 DM seit dem 1. März 1957 verlangt. Die Klagesumme setzt sich zusammen aus 22 225,44 DM, die die Klägerin unter Berücksichtigung der von der Beklagten geleisteten Zahlungen als rückständigen Mietzins für die Zeit seit dem Januar 1954 bis zum Januar 1957 und als rückständige Heizungskosten für die Heizperioden 1954/1955 und 1955/1956 sowie - nach Bezahlung von 4500 DM als Mietzins für den Februar - in derselben Höhe als Mietzins für den März 1957 beansprucht.

Die Beklagten bringen u.a. vor, die Klägerin habe über die Heizungskosten nicht ordnungsmäßig abgerechnet; sie habe auch sonst in ihrem Rechenwerk Zahlungen zu ihren (der Beklagten) Ungunsten nicht berücksichtigt. Ferner sei die Klägerin der LdW gegenüber verpflichtet gewesen, den von dieser als Baukostenzuschuß bezahlten Betrag von 20 000 DM dafür zu verwenden, daß die Mieträume in gebrauchsfähigen Zustand kämen; das habe die Klägerin nicht getan; die LdW habe mit Billigung der Klägerin den Anspruch an die Beklagte abgetreten. Diese habe für die Instandsetzung mehr als 30 000 DM ausgegeben. Die Klägerin müsse sich den Baukostenzuschuß auf ihre Forderungen gegen die Beklagten anrechnen lassen. Übrigens sei die Beklagte wegen des mangelhaften Zustandes der Räume sowie deswegen zur Entrichtung nur eines Teils des Mietzinses verpflichtet, weil die Klägerin unter Verletzung des Vormietrechts den Laden Z. an die Firma Sc. vermietet habe. Zudem habe die Beklagte deswegen auch Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin. Diese habe ihre Verpflichtung als Vermieter schließlich auch insofern verletzt, als sie vor den Mieträumen während langer Zeit Gerüste habe aufstellen lassen; daraus sei der Beklagten ein Schaden von vielen tausend DM erwachsen, den die Klägerin ihr zu ersetzen habe.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 21. März 1957 (7.0. 12/57) - freilich mit einem Zinssatz von nur 4 % - nach dem Antrag der Klägerin erkannt und das Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt.

Die Beklagten haben Berufung eingelegt und dazu u.a. folgendes vorgebracht: Die Beklagte habe Teile der Räume untervermietet. Die Klägerin habe auf Grund des bezeichneten Urteils die Untermietzinsforderungen der Beklagten pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Dadurch habe sie in der Zeit von April bis zum August 1957 insgesamt 26 201,30 DM erhalten. Etwa 14 000 DM einzuziehen, habe sie unterlassen. Die beigetriebenen Beträge müsse die Klägerin sich auf die ihr zugesprochene Urteilssumme anrechnen lassen. In Höhe von etwa 14 000 DM schulde die Klägerin ihr Schadensersatz gemäß § 842 ZPO. - Dazu verweist die Klägerin darauf, daß sie mit Schreiben vom 9. August 1957 der Beklagten und deren Untermietern gegenüber auf die Rechte aus den Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen verzichtet habe. Die Klägerin hat ferner Anschlußberufung eingelegt, mit der sie ihre Mietzinsforderungen für die Monate April bis Oktober 1957 (einschließlich) in Höhe von $7 \times 4500 \text{ DM} = 31\,500 \text{ DM}$ nebst 5 % Zinsen von je 4500 DM seit dem ersten Tage jedes dieser Monate und außerdem ihre Forderung auf weitere 1 % Zinsen von dem ihr zugesprochenen Betrag verfolgt.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil vom 24. Februar 1958 (10 U 28/58) die Berufung insoweit zurückgewiesen, als die Beklagten zur Zahlung von 23 235,24 DM nebst 4 % Zinsen, von 18 735,24 DM seit dem 17. Januar 1957 und von weiteren 4500 DM seit dem 1. März 1957 verurteilt

worden sind, sowie ferner auf die Anschlußberufung der Klägerin weitere 1 % Zinsen von diesen Beträgen zugesprochen und die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin weitere 31 500 DM mit den beantragten Zinsen zu zahlen.

Sodann hat das Oberlandesgericht auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1958 durch rechtskräftig gewordenen Schlußurteil vom 14. Juli 1958 (10 U 28/58) die Berufung auch insoweit zurückgewiesen, als die Beklagten nach dem Urteil des Landgerichts vom 21. März 1957 weitere 3490,20 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 17. Januar 1957 zu zahlen haben, und der Klägerin auf die Anschlußberufung weitere 1 % Zinsen von diesem Betrage zugesprochen. Der Betrag von 3490,20 DM entspricht 40 % der Heizungskosten, die die Klägerin der Beklagten für die Heizperioden 1954/55 und 1955/56 in Rechnung gestellt hat, und die die Beklagte vor Verkündung des Teilurteils vom 24. Februar 1958 in Höhe von 60 % als berechtigt anerkannt hatte.

Mit der Revision (VIII ZR 53/58) gegen das Teilurteil vom 24. Februar 1958 verfolgt die Beklagte ihre Anträge auf Abweisung der Klage und auf Zurückweisung der Anschlußberufung weiter, soweit dadurch über die Berufung und die Anschlußberufung erkannt ist. Die Klägerin will die Revision zurückgewiesen haben.

In den Akten 7.O. 115/57 hat die Klägerin anfangs beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 9000 DM nebst 5 % Zinsen von 4500 DM seit dem 1. November 1957 und von weiteren 4500 DM seit dem 1. Dezember 1957 als Mietzins für die Monate November und De-

zember 1957 zu zahlen. Nachdem die Beklagte Anfang Januar 1958 den Mietzins für Dezember 1957 bezahlt hatte, hat die Klägerin den entsprechenden Betrag nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1958 als Mietzins für Januar 1958 geltend gemacht und schließlich nach der Ende Januar 1958 erfolgten Zahlung von weiteren 4000 DM nur noch beantragt, die Beklagten zur Zahlung von 5000 DM nebst gestaffelten Zinsen zu verurteilen. Dem hat das Landgericht durch Urteil vom 27. Februar 1958 mit einer geringfügigen zeitlichen Kürzung der Zinsforderung entsprochen.

In den Akten 7.O. 31/58 hat das Landgericht durch Urteil vom 2. April 1958 die Beklagten antragsgemäß als Gesamtschuldner zur Zahlung von 4500 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 5. März 1958 als Mietzins für den Monat März 1958 verurteilt.

Die Beklagten haben gegen die beiden Urteile vom 27. Februar und vom 2. April 1958 Berufung eingelegt (10 U 81/58 und 10 U 98/58). Das Oberlandesgericht hat die beiden Sachen zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung miteinander verbunden und die Berufungen auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli durch Urteil vom 14. Juli 1958 zurückgewiesen.

Mit der Revision gegen dieses Urteil (VIII ZR 144/58) verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klagen weiter. Die Klägerin will auch dieses Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Der erkennende Senat hat die beiden Sachen VIII ZR 53/58 und VIII ZR 144/58 zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung miteinander verbunden.

Entscheidungsgründe:

1, Das Berufungsgericht hat die gesamtschuldnerische Haftung der beiden Beklagten zu 2 sowohl im Teilurteil vom 24. Februar 1958 (10 U 28/58), wie im Urteil vom 14. Juli 1958 (10 U 81, 98/58) für alle Verpflichtungen der Beklagten zu 1 aus dem Mietvertrag vom 23. Dezember 1953 auf Grund des § 17 des Vertrages bejaht. Dabei hat es im Teilurteil vom 24. Februar 1958 unter I der Entscheidungsgründe offen gelassen, ob die beiden Beklagten zu 2 für die Erfüllung dieser Verpflichtungen als Bürgen einzustehen haben oder ob sie diese Verpflichtungen mitübernommen haben, weil es die beiden Beklagten zu 2 als Kaufleute angesehen und erwogen hat, daß sie deshalb selbstschuldnerische Bürgen seien (§ 349 HGB). Demgemäß hat es der Klägerin auch 5 % (statt 4 %) Zinsen zugesprochen (§ 352 HGB). Im Urteil vom 14. Juli 1958 hat es unter II der Entscheidungsgründe in § 17 des Mietvertrages eine Schuldmitübernahme seitens der beiden Beklagten zu 2 gefunden. In dieser Bestimmung würde nämlich - so meint das Berufungsgericht - das Wort "Bürgschaft", deren Wesen allen Beteiligten geläufig gewesen sei, verwendet worden sein, wenn nicht eine Schuldmitübernahme, sondern eine Bürgschaft gewollt gewesen wäre. Übrigens seien E [REDACTED] und die beiden Beklagten zu 2 Gesellschafter der Beklagten zu 1 gewesen und hätten als solche ein wirtschaftliches Interesse an der Erfüllung der Verpflichtungen der Beklagten zu 1 aus dem für alle Beklagten existenzwichtigen Mietverhältnis gehabt. - Diese Auffassung von der Bedeutung des § 17 des Vertrages ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Gegenstandslos sind demnach die Rügen der Revision zu VIII ZR 53/58, mit denen bemängelt wird, das Berufungsgericht habe die beiden Beklagten ohne tatsäch-

liche Grundlage als Kaufleute betrachtet, sie seien deshalb keine selbstschuldnerischen Bürgen, ganz abgesehen davon, daß sie den Mietvertrag nur für die K [REDACTED], nicht aber für sich persönlich unterschrieben hätten. Vielmehr haften die beiden Beklagten zu 2 kraft formlos wirksamer Erklärung als Gesamtschuldner "neben" der Beklagten zu 1 für die Erfüllung von deren Mieterverpflichtungen einschließlich der Zahlung der von dieser geschuldeten Zinsen.

2. Zur Frage, ob die Klägerin für die Zeit von Januar 1954 bis zum Januar 1958 (außer den Heizungskosten für die Heizperioden 1954/55 und 1955/56) grundsätzlich 4500 DM je Monat zu beanspruchen hat, hat das Berufungsgericht die Wirksamkeit der Kündigung nicht erörtert aus der zutreffenden Erwägung, daß die Beklagte diese Beträge entweder als Mietzins gemäß § 3 des Mietvertrages und § 535 BGB oder als Entschädigung gemäß § 557 BGB schuldet.

Die Revision bemängelt im Hinblick auf § 15 des Mietvertrages, daß das Berufungsgericht nicht auch die Forderungen der Klägerin und die Leistungen der LdW sowie der Beklagten zu 1 für die Monate November und Dezember 1953 berücksichtigt hat. Die Rüge ist schon deshalb unbegründet, weil nach der Feststellung des Berufungsgerichts das Konto für die Zeit vor dem 1. Januar 1954 ausgeglichen ist. Auf die Heizungskosten für die Heizperiode 1953/54 hat die Beklagte auch nicht mehr bezahlt, als die Klägerin beansprucht; das ergibt sich daraus, daß die Beklagte durch das Schlußurteil des Berufungsgerichts vom 14. Juli 1958 (10 U 28/58) rechtskräftig verurteilt worden ist, entsprechend der Abrechnung der Klägerin auch noch den im Teilurteil vom 24. Februar 1958 (10 U 28/58) offengelassenen Teil der Heizungskosten zu bezahlen.

3. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagten seien im Hinblick auf §§ 1, 6 des Mietvertrages nicht gemäß §§ 537, 539 BGB berechtigt gewesen, den Mietzins zu mindern. Darauf, ob die LdW - wie die Beklagten es darstellten - von der Klägerin die Instandsetzung der Mieträume zu beanspruchen gehabt hätte, komme es nicht an, weil nicht ersichtlich sei, daß die LdW diesen etwaigen Anspruch an die Beklagten abgetreten habe. Die angebliche Verletzung des Vormietrechts rechtfertige von vornherein eine Minderung überhaupt nicht. Daß die Aufstellung der Gerüste die Tauglichkeit der Mieträume für den Betrieb eines Warenhauses beeinträchtigt habe, hätten die Beklagten ausreichend nicht dargelegt.

Diese im übrigen nicht zu beanstandende Rechtsauffassung wird von der Revision nur insoweit angegriffen, als das Berufungsgericht auf den Instandsetzungsanspruch der LdW nicht eingegangen ist; das Berufungsgericht habe den engen Zusammenhang der drei Verträge vom 12./14. August, sowie vom 10. und 23. Dezember 1953 übersehen. Der Angriff ist schon deshalb unbegründet, weil weder aus dem erstgenannten noch aus dem zweitgenannten Vertrag ein derartiger Anspruch zu entnehmen ist. Von Rechtsirrtum nicht beeinflusst ist auch, daß das Berufungsgericht auf die angebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mieträume deshalb nicht eingegangen ist, weil die Beklagten es an der Schilderung von Einzelheiten darüber haben fehlen lassen, inwiefern das zeitweilige Vorhandensein der Gerüste ihre Einnahmen oder ihre Ausgaben ungünstig beeinflusst habe.

4. Nach Auffassung des Berufungsgerichts wollen die Beklagten zu Unrecht eine im Jahre 1954 erfolgte Zahlung

von 2000 DM zweimal berücksichtigt haben. - Die Revision meint, die Klägerin habe zugestanden, daß dieser Betrag zweimal bezahlt worden sei; sie müsse daher dieses - vorweggenommene - Geständnis gelten lassen. Diese Rüge scheitert schon daran, daß - wie im Teilurteil vom 24. Februar 1958 (10 U 28/58) unter II der Entscheidungsgründe und im Urteil vom 14. Juli 1958 (10 U 81, 89/58) unter IV 1 der Entscheidungsgründe zutreffend ausgeführt ist - nicht ersichtlich ist, daß die Beklagten sich ein derartiges Vorbringen der Klägerin zu eigen gemacht hätten. Eigene Behauptungen kann aber die Partei jederzeit widerrufen.

5. Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, daß die Ke $\blacksquare$, die Vorgängerin der LdW in den Mieträumen, 800 DM als Heizungskosten für die Heizperiode 1953/54 gezahlt hat. - Die Revision greift das schon deshalb vergeblich an, weil das Berufungsgericht im Teilurteil vom 24. Februar 1958 (10 U 28/58) unter II der Entscheidungsgründe und im Urteil vom 14. Juli 1958 (10 U 81, 98/58) unter IV 2 der Entscheidungsgründe neben anderen Erwägungen zutreffend ausführt, es sei nicht ersichtlich, aus welchem Rechtsgrund sich die LdW oder gar die Beklagte aus dem früheren Rechtsverhältnis zwischen der Ke $\blacksquare$ und der Klägerin auf eine Zahlung der Ersteren an die Letztere sollte berufen können.

6. Die Auffassung der Beklagten, es hätte berücksichtigt werden müssen, daß die Klägerin während des zweiten Rechtszuges zu ihren (der Beklagten) Lasten 26 201,30 DM erhalten habe, hat das Berufungsgericht im Teilurteil vom 24. Februar 1958 (10 U 28/58) unter II der Entscheidungsgründe und im Urteil vom 14. Juli 1958 (10 U 81, 98/58) unter

IV 3 der Entscheidungsgründe als unzutreffend bezeichnet. - Dagegen wendet sich die Revision vergeblich. Die Klägerin hat den genannten Betrag im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben; Grundlage der von ihr ausgebrachten Pfändungen und Überweisungen war das Urteil des Landgerichts vom 21. März 1957 (7.O. 12/57) als vollstreckbarer Titel. Die Beklagten haben nicht zum Ausdruck gebracht, daß sie die Zahlungen der Untermieter gegen sich als Erfüllung der Forderungen gelten lassen wollen, die der Klägerin in dem bezeichneten Urteil des Landgerichts für die Zeit von Januar 1954 bis März 1957 zugesprochen worden sind. Vielmehr stellen die Beklagten die Berechtigung dieser Forderungen immer noch in Abrede und zwar ohne Rücksicht auf den beigetriebenen Betrag. Wie bisher wird über die Berechtigung von den Parteien gestritten. Eine abweichende Berechnung des beigetriebenen Betrages würde deshalb eine entsprechende Vereinbarung der Parteien voraussetzen, an der es indessen fehlt.

7. Zu den von den Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüchen wegen positiver Verletzung des Mietvertrages vom 23. Dezember 1953 (Unterlassen der Instandsetzung der Mieträume, Verstoß gegen das Vormietrecht und Aufstellen der Gerüste) durch die Klägerin, denen diese das in § 5 aaO vereinbarte Aufrechnungsverbot entgegenhält, geht das Berufungsgericht davon aus, daß es auch in diesem Zusammenhang nicht darauf ankomme, ob die Klägerin das Mietverhältnis wirksam gekündigt hatte oder nicht (vgl. oben die Ausführungen unter 2); denn es meint, das Aufrechnungsverbot gelte auch gegenüber dem Anspruch auf Entschädigung gemäß § 557 BGB. - Die Revision greift diese mit dem Schrifttum und der Rechtsprechung in Einklang befind-

liche Auffassung vergeblich an (vgl. außer den im Teilurteil vom 24. Februar 1958 10 U 28/58 unter III der Entscheidungsgründe angeführten Nachweisen, ferner Palandt, BGB 18. Aufl. § 557 Anm. 2 a, Soergel BGB 8. Aufl. § 557 Anm. 3 und OIG Stuttgart NJW 1956, 914).

Wie das Berufungsgericht weiter erwägt, könnten sich die Beklagten auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß die Geltendmachung des Aufrechnungsverbotes eine unzulässige Rechtsausübung sei. Insbesondere könne das nicht aus dem zwischen den Parteien nach der ersten Kündigung gepflogenen Verhandlungen geschlossen werden, ebensowenig daraus, daß die Klägerin nach Darstellung der Beklagten den Mietvertrag vom 23. Dezember 1953 vorsätzlich verletzt hat. - Entgegen der Ansicht der Revision sind diese Erwägungen aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht durfte deshalb unerörtert lassen, ob die Beklagte Schadensersatz zu beanspruchen hat.

8. Das Berufungsgericht hat den von der LdW an die Klägerin bezahlten Baukostenzuschuß von 20 000 DM in dem Teilurteil vom 24. Februar 1958 (10 U 28/58) unter III der Entscheidungsgründe und im Urteil vom 14. Juli 1958 (10 U 81, 98/58) unter IV 4 der Entscheidungsgründe nicht zu Gunsten der Beklagten verwertet, und zwar - von anderen Erwägungen abgesehen - mit folgender Begründung: Der Zuschuß sei in dem Vertrag vom 12./14. August 1953 als "verloren" bezeichnet und auch als solcher von der LdW bezahlt worden. Ob alsdann - wie die Beklagten angeben - die LdW und die Klägerin abgemacht haben, daß der Betrag als Mietvorauszahlung verrechnet werden solle, sei unerheblich; denn die Wirksamkeit der nach Darstellung der Beklagten stillschweigend getroffenen Abmachung stehe § 11 des Vertrages vom 12./14. August 1953 in Verbindung mit

§§ 125 ff BGB entgegen . - Die Revision meint u.a., der bezeichnete § 11 habe durch eine abweichende Vereinbarung für die behauptete stillschweigende Abmachung geändert werden können mit dem Ergebnis, daß diese auch als solche wirksam gewesen wäre. Einer Stellungnahme hierzu bedarf es schon deshalb nicht, weil die Beklagten nichts darüber vorgetragen haben, unter welchen Umständen eine den § 11 abändernde Vereinbarung getroffen worden sein soll. Insbesondere ergibt sich das nicht aus der Berufungsbegründung vom 27. Mai 1957 zu 10 U 28/58. Die Beklagten können demnach den verlorenen Baukostenzuschuß nicht auf die Forderungen der Klägerin verrechnen.

Die Beklagte hat aber auch keinen Anspruch auf Rückzahlung der 20 000 DM an sie. Nach Auffassung der Revision hat freilich die LdW einen derartigen Anspruch deshalb gehabt, weil die Klägerin diesen Betrag - wie die Beklagten behaupten - nicht für die Beseitigung von Kriegsschäden an dem Grundstück verwendet hat und auch weil die LdW nur im November und Dezember 1953 Mieterin der Mieträume gewesen ist. Im Hinblick auf die in § 15 des Mietvertrages vom 23. Dezember 1953 zum Ausdruck gekommene Verknüpfung der Mietverhältnisse der Klägerin mit der LdW einerseits und mit der Beklagten andererseits, könnten die Beklagten diesen Anspruch geltend machen. - Dabei übersieht die Revision indessen, daß die Beklagten den etwaigen Rückzahlungsanspruch nicht zur Aufrechnung gegen die Klageforderung verwenden können, weil dem § 5 Abs. 1 des Vertrages vom 23. Dezember 1953 entgegensteht. Deshalb kann auch offenbleiben, ob die Beklagten nach Treu und Glauben Rückzahlung zu beanspruchen haben.

9. Den von der Beklagten aus § 842 ZPO hergeleiteten Schadensersatzanspruch hat das Berufungsgericht als un-
schlüssig bezeichnet. Dem ist entgegen der Auffassung der
Revision zuzustimmen. Die Klägerin hat keinen höheren Be-
trag aus den Untermietzinsforderungen der Beklagten einge-
zogen, als ihr (der Klägerin) durch das Urteil vom 21. März
1957 (7. O. 12/57) zugesprochen worden ist. Sie hat alsdann
sofort auf ihre Rechte aus den von ihr erwirkten Pfändungs-
und Überweisungsbeschlüssen verzichtet (§ 843 ZPO). Daß
die Klägerin vorher die Beitreibung von Forderungen verzö-
gert hätte, dabei also schuldhaft säumig verfahren wäre und
der Beklagten dadurch Schaden erwachsen wäre, erhellt aus
dem Vorbringen der Beklagten nicht.

10. Da die angefochtenen Urteile auch sonst keine Rechts-
fehler erkennen lassen, sind die Revisionen mit der Kosten-
folge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Mezger