

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 237/94

Verkündet am:
24. April 1996
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hellfried C. B. [REDACTED], H. [REDACTED] Str. [REDACTED], K. [REDACTED],

Beklagter, Widerkläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Dr. Raschid H. [REDACTED], S. [REDACTED]weg [REDACTED], G. [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagter und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 1996 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Gerber, Sprick und Weber-Monecke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts F- vom 25. Oktober 1994 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als

1. die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts G- vom 11. Februar 1994 zurückgewiesen worden ist und
2. die Widerklage in Höhe von 63.330 DM nebst 4 % Zinsen vom 3. Dezember 1993 bis zum 19. Juni 1994 und 9 % Zinsen seit dem 20. Juni 1994 abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger vermietete dem Beklagten in den Jahren 1987 und 1991 längerfristig eine Gartenwirtschaft und Wohnung (Mietzins für die Gartenwirtschaft monatlich 5.000 DM zuzüglich 300 DM Nebenkosten zuzüglich MWSt), ein Lager und Büro (Mietzins monatlich 2.500 DM zuzüglich 200 DM Nebenkosten zuzüglich MWSt) sowie die Gaststätte "Apfelbaum" (Mietzins monatlich 5.000 DM zuzüglich 400 DM Nebenkosten zuzüglich MWSt). Der Beklagte entrichtete auf die einzelnen Verträge Kautionen in Höhe von (15.000 DM + 3.000 DM + 7.500 DM + 15.000 DM) insgesamt 40.500 DM.

Mit Anwaltsschreiben vom 12. August 1993 kündigte der Kläger sämtliche Mietverträge fristlos wegen Zahlungsverzuges des Beklagten. Insoweit ist zwischen den Parteien unstreitig, daß der Beklagte dem Kläger für Juli und August 1993 rückständige Miete in Höhe von insgesamt 30.820 DM schuldet.

Ende August 1993 übernahm der Kläger die Gaststätte "A [REDACTED]" von dem Beklagten und führte sie ab September 1993 in eigener Regie weiter. Über den Zeitpunkt, zu dem er die übrigen Objekte wieder übernommen hat, besteht keine Einigkeit unter den Parteien.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung rückständiger Mietzinsen und Mietausfallbeträge in Anspruch. Er hat in erster Instanz zuletzt Zahlung von 54.820 DM nebst Zinsen (30.820 DM für Juli und August 1993 sowie je 8.000 DM für Biergarten und Büro mit Lager für September bis Novem-



ber 1993) gefordert. Der Beklagte hat gegenüber der Klageforderung - zum Teil hilfsweise - die Aufrechnung erklärt mit behaupteten Ansprüchen auf Rückzahlung dem Kläger gewährter Darlehen in Höhe von insgesamt 172.500 DM.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 54.820 DM nebst Zinsen verurteilt. Es hat die erklärte Aufrechnung nicht durchgreifen lassen, da in den jeweiligen Mietverträgen ein entsprechendes Aufrechnungsverbot vereinbart sei.

Mit der Berufung gegen dieses Urteil hat der Beklagte zunächst gegenüber der Klageforderung geltend gemacht: Der Kläger habe nicht nur die Gaststätte "A [REDACTED]", sondern auch die Gartenwirtschaft bereits ab September 1993 in eigener Verantwortung bewirtschaften lassen. Er könne infolgedessen keinen Mietausfallschaden verlangen, da er alle Objekte selbst nutze.

Im übrigen hat der Beklagte Widerklage erhoben auf Zahlung von (zuletzt) 137.930 DM. Mit der Widerklage hat er Rückzahlung der Kautionen aus den vier Verträgen - in Höhe von 40.500 DM abzüglich mit Zustimmung des Klägers verrechneter 10.250 DM (verblieben: 30.250 DM) - verlangt und diese mit seiner Mietzinsschuld aus Juli und August 1993 in Höhe von 30.820 DM verrechnet. Um den sich hierbei zu seinen Lasten ergebenden Restbetrag von 570 DM hat er den weiter geltend gemachten Darlehensrückzahlungsanspruch von 157.500 DM (172.500 DM vermindert um einen versehentlich einbezogenen Kautionsbetrag von 15.000 DM) ermäßigt auf 156.930 DM. Diese Forderung hat er anschließend wegen von

ihm erbrachter Baukostenzuschüsse um weitere 19.000 DM auf 137.930 DM reduziert. Zur näheren Darlegung der behaupteten Darlehensgewährungen an den Kläger hat der Beklagte für die Jahre 1988 bis 1992 Aufstellungen zu den Akten gereicht, auf denen - jeweils in der linken Hälfte - die von ihm geschuldeten und gezahlten "Mieten" (mit Zahlungszeitpunkt und Bankbezeichnung sowie Schecknummer) und - jeweils in der rechten Hälfte - die geleisteten Darlehensbeträge (mit Datum, Konto- und Scheckbezeichnung) aufgeführt sind.

Der Kläger hat bestritten, Darlehen von dem Beklagten erhalten zu haben, und hat behauptet, bei allen von dem Beklagten erbrachten Zahlungen habe es sich um mietvertraglich geschuldete Leistungen gehandelt.

Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung die Verurteilung des Beklagten auf einen Betrag von 7.670 DM nebst Zinsen ermäßigt und die weitergehende Klage sowie die Widerklage abgewiesen. Es hat den Beklagten für verpflichtet gehalten, außer dem unstreitig geschuldeten Betrag von 30.820 DM für Juli und August 1993 auch für September 1993 Miete für den Biergarten sowie das Lager und Büro (in Höhe von 8.000 DM) zu entrichten, und hat den entsprechenden Anspruch des Klägers mit den Gegenforderungen des Beklagten auf Rückzahlung der nicht anderweit verrechneten Kationen sowie mit einem weiteren Anspruch auf Verzinsung der für die Wohnung gezahlten Kautions von 3.000 DM (vom Oberlandesgericht angenommene 4 % Zinsen für 7,5 Jahre) in Höhe von 900 DM verrechnet.

Die erhobene Widerklage hat das Berufungsgericht für nicht hinreichend substantiiert erachtet.

Gegen das Berufungsurteil wendet sich der Beklagte mit der Revision, mit der er sein Begehren auf Klageabweisung in voller Höhe, den Widerklageantrag jedoch nur in Höhe von 97.930 DM nebst Zinsen weiter verfolgt, da der Kläger mit Schriftsatz vom 20. September 1994 eine Forderung aus einer Abstandssumme und für Warenbestandsübernahme in Höhe von 40.000 DM geltend gemacht habe.

Der Senat hat die Revision angenommen, soweit der Beklagte zur Zahlung von 7.670 DM nebst Zinsen verurteilt worden und die Widerklage in Höhe von 63.330 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist. Im übrigen ist die Revision nicht angenommen worden.

Entscheidungsgründe:

Im Umfang der Annahme hat die Revision Erfolg.

I. Klage:

1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der Kläger nicht nur - wie unstreitig - im September 1993 die Gaststätte "A [REDACTED]", sondern im Oktober 1993 auch die Gartenwirtschaft (Biergarten) in eigene Verantwortung übernommen habe. Da hiermit Büro und Lager - mangels eigener Lagermöglichkeiten für den Biergarten - untrennbar verbun-

den seien, stehe dem Kläger insoweit ab Oktober 1993 kein weiterer Mietausfallanspruch zu. Jedoch schulde ihm der Beklagte für September 1993 für das Gartenlokal sowie für Büro und Lager noch den Betrag von 8.000 DM (5.300 + 2.700 DM).

2. Diese Beurteilung stützt sich erkennbar auf § 17 Nr. 2 des Mietvertrages (GA Bl. 17 ff und Bl. 72), der folgende Regelung enthält:

Endet das Mietverhältnis durch fristlose Kündigung des Vermieters, so haftet der Mieter bis zum Ablauf der vereinbarten Mietzeit für den Mietausfall, der durch das Leerstehen der Mietsache oder dadurch entsteht, daß im Fall der Neuvermietung nicht der bisherige Mietzins erzielt werden kann.

Steht die Mietsache nach fristloser Kündigung des Mietvertrages durch den Vermieter nicht - mehr - leer, dann haftet der Mieter hiernach nicht mehr für einen Mietausfall, auch wenn die vereinbarte Mietzeit noch nicht abgelaufen ist.

3. Gegenüber der Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Gartenwirtschaft - im Gegensatz zu der Gaststätte "A" - erst im Oktober 1993 und nicht auch bereits im September 1993 in Eigennutzung übernommen, erhebt die Revision eine durchgreifende Verfahrensrüge. Sie verweist darauf, daß der Beklagte in der Berufungsbegründung unter Beweisantritt (Zeuge D) vorgetragen habe, der Kläger habe beide Gaststätten bereits am 1. September 1993 auf der Basis der ihm, dem Beklagten, erteilten Konzessionen übernommen. Nachdem der Zeuge D in der Ver-

handlung vor dem Oberlandesgericht vom 27. September 1994 ausgesagt habe, die Gaststätte und der Biergarten seien vom Kläger weiter betrieben worden, wobei der Zeuge vom Weiterbetrieb des Gartenlokals vom Hörensagen von E. O. [REDACTED] und C. Kr. [REDACTED] gewußt habe, habe sein, des Beklagten, Prozeßbevollmächtigter beantragt, die an Gerichtsstelle anwesenden Zeugen Kr. [REDACTED] und G. [REDACTED] zu dem Beweisthema "Weiterbetrieb der Gartenwirtschaft" unmittelbar zu vernehmen. Da dies nur für den Monat September 1993 streitig gewesen sei, habe sich der Beweisantritt erkennbar nur hierauf beziehen können.

Die Revision beanstandet zu Recht, daß das Berufungsgericht diesem Beweisangebot zur Vernehmung präsenter Zeugen nicht nachgegangen ist. Der Beweisantritt war erheblich und geeignet, die unter Beweis gestellte Behauptung zu belegen. Hätten die Zeugen bestätigt, daß der Kläger auch die Gartenwirtschaft bereits im September 1993 in eigene Regie übernommen habe, dann wäre der Beklagte nicht verpflichtet, Mietausfall für diesen Monat zu entrichten.

Das Berufungsgericht hat zwar in diesem Zusammenhang auf die Übernahme der Gaststättenkonzession des Beklagten durch den Kläger verwiesen, die unstreitig zum 1. Oktober 1993 und nicht zum 1. September 1993 erfolgte. Insoweit unterscheidet sich die Situation aber nicht von derjenigen bei der Übernahme der Gaststätte "A. [REDACTED]". Für beide Objekte hat das Amt für öffentliche Ordnung der Stadt G. mit Bescheiden vom 16. Mai 1994 gleichlautend mitgeteilt:

Gewerbe-Abmeldung (Beklagter): 5.10.1993
(Betriebs)Niederlegung am: 30.9.93

H. Dr. RaschidH [REDACTED] übernahm die o.g. Gaststätte zum 1.10.93.

Bei der Gaststätte "A [REDACTED]" hat das Berufungsgericht gleichwohl auf die tatsächliche Übernahme des Betriebes durch den Kläger schon im September 1993 abgestellt und aus diesem Grund einen weiteren Mietausfallanspruch des Klägers gegenüber dem Beklagten nicht in Betracht gezogen. Hinsichtlich des Biergartens kann im Hinblick auf § 17 Nr. 2 des Mietvertrages gegebenenfalls nichts anderes gelten.

Die Entscheidung über den Klageanspruch in Höhe von 8.000 DM hängt mithin davon ab, ob der Kläger auch die Gartenwirtschaft bereits im September 1993 in eigene Verantwortung und eigene Nutzung übernommen hat. Zur Klärung dieser Frage - durch Nachholung der entsprechenden Beweisaufnahme - ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

II. Widerklage:

1. Zur Abweisung der Widerklage hat das Berufungsgericht ausgeführt: Der Beklagte habe ihm zustehende Darlehensansprüche gegen den Kläger nicht schlüssig vorgetragen. Seine Aufstellungen für die Jahre 1989 bis 1992 (die Aufstellung für 1988 enthält lediglich Mieten und keine Darlehensbeträge) endeten mit einem Betrag von 127.000 DM. Dieser Gesamtbetrag und die Auflistung im einzelnen stimmten nur teilweise mit einer in der Klagebeantwortung enthaltenen Auflistung des Beklagten überein, die eine Gesamtsumme von 172.500 DM ausweise. Unrichtig sei auch die Annahme des

Beklagten, der Kläger habe die Zahlung von 172.500 DM nicht bestritten, sondern nur ihre Darlehenseigenschaft in Abrede gestellt. Hinzu komme, daß der Beklagte im Termin vom 11. Februar 1994 - dem Verhandlungstermin vor dem Landgericht, in dem nach Zeugenvernehmung das erstinstanzliche Urteil verkündet wurde - nicht einmal klargelegt habe, die Einzelbeträge jeweils als Darlehen gewährt zu haben. Ferner fehle es an substantiierten Angaben dazu, wann und wie eine Vereinbarung über die Rückzahlbarkeit einer Gesamtsumme oder der jeweiligen Einzelbeträge zustande gekommen sein solle. Gegen eine konkrete Absprache hinsichtlich zurückzugewährender Darlehensbeträge spreche schließlich die schriftliche Aussage des Zeugen Rechtsanwalt Sch., bei den in seiner Gegenwart geführten Gesprächen der Parteien über die Beendigung der Verträge sei nicht über Darlehensrückzahlungen gesprochen worden.

2. Diese Behandlung des Widerklagevorbringens als un schlüssig und unsubstantiiert wird von der Revision zu Recht beanstandet.

Die Frage, ob der Kläger die Behauptungen des Beklagten bestritten hat, ist für die Substantiierung der Widerklageforderung ebenso unerheblich wie die Wertung der Aussage eines vernommenen Zeugen.

Die Substantiierung des geltend gemachten Darlehensrückgewähranspruchs erfordert zum einen die schlüssige Darlegung der gezahlten Beträge und zum anderen die Darlegung, daß der Kläger die Beträge "als Darlehen" empfangen, also die Verpflichtung übernommen habe, sie zurückzugewähren.

Diesen Anforderungen entspricht das Berufungsvorbringen des Beklagten in ausreichendem Maße.

a) Der Beklagte hat in der Berufungsbegründung vorge-
tragen (und unter Beweis gestellt), er habe dem Kläger, der
ständig Geldprobleme gehabt habe und dem mehrfach Zwangs-
vollstreckungsmaßnahmen gedroht hätten, wiederholt Darlehen
gegeben. Nachdem der Kläger in erster Instanz behauptet
hatte, er habe nicht "Miete und zusätzlich Geld" bekommen,
alles Geld, was er erhalten habe, betreffe die Miete (Ver-
handlungsprotokoll vom 11. Februar 1994), hat der Beklagte
mit seiner Berufungsbegründung die bereits erwähnten Auf-
stellungen für die Jahre 1988 bis 1992 zu den Akten ge-
reicht, in denen die Mietzinszahlungen für die jeweiligen
Jahres-Mietzeiträume den behaupteten Darlehensgewährungen
gegenübergestellt sind. Mit diesen Aufstellungen hat der
Beklagte die Darlehenshingabe in dem sich aus den Aufstel-
lungen ergebenden Umfang schlüssig dargetan (und sie zudem
durch Belege, Abbuchungsauszüge, Überweisungs- und Scheck-
formulare belegt). Daß die Aufstellungen nicht in allen
Einzelheiten mit einer früheren Auflistung aus der Klagebe-
antwortung übereinstimmen, steht der Schlüssigkeit des im
Berufungsverfahren - nach weiterer Überprüfung aktualisier-
ten - Widerklagevortrags nicht entgegen.

b) Als Grund für die Geldhingabe hat der Beklagte aus-
drücklich die Gewährung von Darlehen an den Kläger behaup-
tet. Zur weiteren Erläuterung hat er geltend gemacht, die
geleisteten Beträge hätten ursprünglich auf einen später zu
vereinbarenden Kaufpreis für die streitigen Grundstücke
verrechnet werden sollen, die er, der Beklagte, habe erwer-

ben wollen. Als es nicht zu dem Kauf gekommen sei, seien die Mietverhältnisse fortgesetzt worden.

Sollten die Beträge hiernach mit einer Gegenforderung des Klägers verrechnet werden, so enthält die damit getroffene Vereinbarung zugleich die Abrede, daß die Gelder letztlich dem Beklagten wieder zugute kommen und nicht etwa - was andernfalls nur als Alternative in Betracht käme - dem Kläger ohne Gegenleistung, als Schenkung, verbleiben sollten. Auch dieser Gesichtspunkt bestätigt mithin in der rechtlichen Wertung die Behauptung des Beklagten, die Gelder seien dem Kläger als Darlehen gegeben worden.

c) Soweit das Berufungsgericht im Vortrag des Beklagten Angaben zu einer Vereinbarung über die Rückzahlbarkeit der behaupteten Darlehen (gemeint wohl i.S. des jeweiligen Rückzahlungszeitpunkts) vermißt, stellt dies die Schlüssigkeit der Forderung nicht in Frage. Ist für die Rückerstattung eines Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit gemäß § 609 Abs. 1 BGB davon ab, daß der Gläubiger oder der Schuldner kündigt. Hierzu hat der Beklagte in der Berufungsbegründung schlüssig geltend gemacht, die Darlehen seien spätestens mit der Aufrechnungserklärung in seinem Schriftsatz vom 29. November 1993 (Klagebeantwortung) gekündigt worden.

d) Die Höhe der Widerklageforderung unterliegt schließlich - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - ebenfalls keinen durchgreifenden Bedenken unter dem Gesichtspunkt ausreichender Substantiierung. Insoweit ist, wie dargelegt, nicht auf die ursprüngliche erstinstanzliche

Auflistung, sondern auf die mit der Berufungsbegründung vorgelegten aktualisierten Aufstellungen für die Jahre 1988 bis 1992 abzustellen. Diese ergeben (entgegen BU Bl. 12) eine Gesamtsumme von 137.000 DM und nicht nur 127.000 DM. Das Oberlandesgericht hat ersichtlich die behauptete Darlehenshingabe vom 18. Januar 1989 über 10.000 DM (Scheck Nummer 204 mit Abbuchungsbeleg der Stadtparkasse S [REDACTED] in H [REDACTED] für 1989) übersehen. Die Summe von 137.000 DM ermäßigt sich nach dem Vortrag des Beklagten um einen Betrag von 15.000 DM (vom 20. Mai 1991), der die Kautions für die Gaststätte "A [REDACTED]" betraf und versehentlich in die Darlehens-Aufstellungen aufgenommen wurde; außerdem um 19.000 DM, in welcher Höhe der Beklagte die Widerklage in der Verhandlung vom 27. September 1994 zurückgenommen hat, sowie schließlich um einen Betrag von 40.000 DM, um den die Forderung mit der Revision ermäßigt wurde.

Damit ist die Widerklageforderung insoweit auf der Grundlage der vorgelegten Aufstellungen in Höhe von (noch) 63.000 DM schlüssig geltend gemacht.

3. Falls die erneute Beweisaufnahme vor dem Berufungsgericht - zur Klageforderung - ergibt, daß der Kläger die Gartenwirtschaft bereits im September 1993 selbst übernommen hat, so daß ihm für diesen Monat kein Mietausfallanspruch mehr gegen den Beklagten zusteht, entfällt damit die Grundlage für die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 7.670 DM (8.000 DM Mietschuld des Beklagten zuzüglich einer durch Verrechnung ermittelten Restschuld von 570 DM, s.o., abzüglich der Forderung des Beklagten in der vom Oberlandesgericht angenommenen Höhe von 900 DM aus Verzin-

sung der Kautions für die Wohnung). Schuldete er dem Kläger den Betrag von 8.000 DM für September 1993 nicht mehr, so verbleibt nach Verrechnung seiner Restschuld von 570 DM mit den ihm vom Oberlandesgericht zugebilligten 900 DM aus Verzinsung der Wohnungskautions eine weitere Restforderung von 330 DM, um die sich in diesem Fall sein Widerklageanspruch von 63.000 DM auf insgesamt 63.330 DM erhöht. In dieser Höhe ist die Widerklageforderung nach alledem bei dem derzeitigen Sachstand hinreichend substantiiert dargetan.

Da die Darlehensgewährung vom Kläger bestritten worden ist, ist der Rechtsstreit auch insoweit zur weiteren Beweisaufnahme, zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen und zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Blumenröhr

Krohn

Bundesrichter Gerber ist
urlaubsbedingt gehindert
zu unterschreiben.

Blumenröhr

Sprick

Weber-Monecke