



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZR 86/04

vom

27. September 2007

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Richter Dr. Ganter, Raebel, Dr. Kayser, Cierniak und Dr. Fischer

am 27. September 2007

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 28. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. März 2004 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 24.485,19 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 Die zulässige Beschwerde (§ 544 ZPO) ist unbegründet. Ein Grund zur Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) besteht nicht.

- 2 Soweit das Berufungsgericht annimmt, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages habe geltend gemacht werden müssen, um den Zahlungsverzug des Klägers auszuschließen, könnte eine Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 84, 42, 44) vorliegen. Diese Frage ist jedoch nicht entscheidungserheblich. Das OLG Hamm hat in seinem den Vorprozess des Klägers mit dem Vermieter abschließenden Urteil vom 28. Oktober 1998 ausgeführt, es sei "zumindest zweifelhaft, ob ... im Zeitraum vom Zugang des Schreibens des Sachverständigen vom 10.04.1997 an die Beklagtenseite bis

zum Zugang der fristlosen Kündigung vom 2.10.1997 vom Bestehen eines den Verzug ausschließenden Zurückbehaltungsrechts nach § 320 BGB ausgegangen werden konnte. Jedenfalls hätte dem Beklagten (nunmehrigen Kläger) die volle Beweislast dafür obliegen, dass trotz zwischenzeitlicher Mängelbeseitigungsarbeiten Mängel vorhanden waren." Dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrages anders als die Mietminderung keine Mängelanzeige entsprechend § 536c BGB n.F., § 545 BGB a.F. verlange (den Einredeausschluss ohne Mängelanzeige bejahend LG Berlin NZM 1998, 474; den Einredeausschluss verneinend LG Bremen WuM 1993, 605), hat die Nichtzulassungsbeschwerde nicht geltend gemacht.

3 Unabhängig davon wirft das Berufungsgericht dem Beklagten zu Recht auch vor, er habe es versäumt, den Kläger nach Mängelbeseitigung durch den Vermieter auf die Voraussetzungen fortgesetzter Minderung hinzuweisen, insbesondere deren Höhe den fortbestehenden oder erneut aufgetretenen Mängeln anzupassen. Nach diesen Mängeln hätte sich der Beklagte notfalls beim Kläger erkundigen müssen. Der Beklagte hätte das Kündigungsrisiko verdeutlichen und eine erneute Mängelanzeige vorschlagen müssen (vgl. hierzu OLG Düsseldorf ZMR 1987, 376; 1991, 24; Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. III A Rn. 970). Ohne diese Anzeige war eine Rechtsverteidigung gegen die Kündigung durch den Vermieter erheblich gefährdet.

4 Hinsichtlich der Kausalität der unterlassenen Beratung in Bezug auf die erneute Mängelanzeige für den Schaden zieht das Berufungsgericht neben der für diesen Fall behaupteten Vorgehensweise des Klägers mehrere Möglichkeiten seines Verhaltens in Betracht, ohne - wie die Beschwerde bemerkt - hierzu nähere Feststellungen zu treffen. Wie der Senat nach Einlegung der Beschwer-

de mehrfach entschieden hat, ist dies jedoch, auch bei Prüfung eines Feststellungsantrages, dann rechtlich nicht zu beanstanden, wenn alle Möglichkeiten des beratungsgerechten Verhaltens im Ergebnis gleich den geltend gemachten Schaden vermieden hätten (vgl. BGH, Urt. v. 29. September 2005 - IX ZR 104/01, BGHReport 2006, 164, 165; v. 19. Januar 2006 - IX ZR 232/01, WM 2006, 927, 930). So liegt es nach tatrichterlicher Feststellung des Berufungsgerichts auch hier für die wirksame Kündigung des Mietvertrages und die hieraus zugesprochenen Schäden und Ersatzpflichten.

5 Den angegriffenen Feststellungsausspruch des Berufungsurteils hat der Senat ebenso wie in zweiter Instanz mit 3.441,31 € bewertet.

Ganter

Raebel

Kayser

Cierniak

Fischer

Vorinstanzen:

LG Münster, Entscheidung vom 25.03.2003 - 16 O 233/02 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 25.03.2004 - 28 U 96/03 -