BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 93/08

Verkündet am:
19. Juni 2009
Lesniak
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 280, 281, 437 Nr. 3

Den infolge der Lieferung einer mangelbehafteten Sache entstandenen Nutzungsausfallschaden kann der am Vertrag festhaltende Käufer nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen.

BGH, Urteil vom 19. Juni 2009 - V ZR 93/08 - OLG München
LG München I

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juni 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger und die Richter Dr. Klein, Dr. Lemke, Dr. Schmidt-Räntsch und Dr. Roth

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 31. März 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Mit notariellem Vertrag vom 2. Juli 2002 kaufte der Kläger von der Beklagten ein bebautes Grundstück. In Nr. 5.1. des Vertrages heißt es u.a.:

> "Des weiteren garantiert der Verkäufer, daß weder der gegenwärtigen Grundstücksnutzung noch dem Bestand der mitverkauften Bauwerke öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen, daß insbesondere also der gegenwärtige Baustand formell und materiell bauordnungsgemäß ist."

2 Nachdem der bisherige Mieter im Herbst 2003 ausgezogen war, bemühte sich der Kläger um eine erneute Vermietung. Er fand in F. A. einen Interessenten, der am 26. Juli 2004 einen Mietvertrag unterzeichnete. Nr. 3.2. dieses Vertrages lautet:

"Das Mietobjekt ist bisher als Bürohaus und Lager (Verlagshaus) genutzt worden; diese Nutzungsart garantiert der Vermieter."

3 Die Mietzeit sollte am 1. August 2004 beginnen und 10 Jahre (mit Verlängerungsoption) betragen. Ab dem 1. Januar 2005 sollte ein monatlicher Mietzins von 9.000 € entrichtet werden.

4 Bereits Anfang Juli 2004 hatte sich der Kläger um eine Bescheinigung über das Nichtvorliegen einer Zweckentfremdung von Wohnraum (sog. Negativattest) bemüht, deren Erteilung jedoch auf Schwierigkeiten stieß. Zudem stellte sich heraus, dass für die Nutzung des Rückgebäudes als Büroräume keine Baugenehmigung vorlag. Der Kläger sah von der Unterzeichnung des Mietvertrages mit A. ab und forderte die Beklagte zur Übersendung von Unterlagen zur Erlangung des Negativattestes sowie zur Beschaffung einer Baugenehmigung auf. Die Beklagte kam beiden Aufforderungen fristgerecht nach. Das Negativattest lag am 29. September 2004 vor, die Baugenehmigung einen Monat später. Da ein Mietvertrag mit F. A. nicht mehr zustande kam, vermietete der Kläger das Gebäude ab dem 1. Januar 2005 anderweit. Der vereinbarte Nettomietzins beträgt monatlich 7.000 €.

5 Der Kläger verlangt Schadensersatz u.a. in Höhe des Mietmindererlöses sowie die Feststellung, dass die Beklagte zum Ersatz weiterer Schäden verpflichtet ist, die aus dem Nichtzustandekommen des Vertrages mit F. A. resultieren. Hierzu behauptet er, A. habe jedenfalls ab Mitte Oktober 2004 kein Interesse mehr an einer Anmietung gehabt, so dass er, der Kläger, gehalten gewesen sei, das Objekt anderweit zu vermieten. Die Vorinstanzen haben der Klage nur in geringem Umfang stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Zahlungsantrag in Höhe von 67.987,72 € sowie den Feststellungsantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

I.

6 Das Berufungsgericht meint, dem Kläger stehe kein Anspruch auf Ersatz der Schäden zu, die ihm durch das Nichtzustandekommen des Mietvertrages mit A. entstanden seien. Zwar sei die Garantieerklärung im Zeitpunkt ihrer Abgabe "falsch" gewesen. Weitere Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch sei jedoch, dass die zur Nacherfüllung gesetzte Frist erfolglos verstrichen sei. Daran fehle es, weil die Beklagte den Aufforderungen des Klägers fristgerecht nachgekommen sei. Zudem fehle es an der Kausalität. Zum einen könne die Beklagte nicht dafür haftbar gemacht werden, dass der Kläger den Mietvertrag mit A. aus freier Entscheidung nicht unterzeichnet habe. Zum anderen hätte A. für die Nutzung des Gebäudes als Wohnheim ohnehin eine gesonderte Genehmigung benötigt. Die beantragte Schriftsatzfrist sei dem Kläger nicht zu gewähren, weil der in der Berufungsverhandlung gegebene Hinweis auf das Erfordernis einer erfolglosen Nachfristsetzung lediglich die geltende Rechtslage bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen betreffe.

II.

7 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 1. Die Verneinung der geltend gemachten Schadensersatzansprüche hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

9 a) Das gilt zunächst für die - nicht durch Rechtsnormen belegte - Annahme des Berufungsgerichts, der geltend gemachte Schadensersatzanspruch hänge davon ab, dass die zur Nacherfüllung gesetzte Frist erfolglos verstrichen sei. Zwar hängt ein Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280

Abs. 3, 281 BGB grundsätzlich von diesem Erfordernis ab. Auch können bei der schadensersatzrechtlichen Abwicklung nach § 281 BGB Nutzungsausfallschäden als Rechnungsposten in die Schadensbilanz einzubeziehen sein. Dies setzt jedoch voraus, dass der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt (vgl. BGHZ 174, 290, 293; Staudinger/Otto, BGB [2004], § 280 Rdn. E 34; ferner OLG Celle NJW-RR 2008, 1635, 1637; weitergehend P. Huber in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Rdn. 13/105 f., 108). Geht es hingegen - wie hier - nur um Schadensersatz neben der Leistung, stellt sich eine ganz andere Problematik, nämlich die bislang nicht höchstrichterlich geklärte Frage (dazu BGHZ aaO), ob der am Vertrag festhaltende Käufer Ersatz wegen Nutzungsausfalls nach § 280 Abs. 1 BGB verlangen kann oder ob § 280 Abs. 2 BGB mit seiner Verweisung auf die Verzugsvoraussetzungen einschlägig ist. Die Beantwortung dieser Frage ist umstritten.

10 aa) Teilweise wird vertreten, in der Lieferung einer mangelhaften Sache liege eine Verzögerung der nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB geschuldeten mangelfreien Leistung. Schäden, die der Käufer erleide, weil er infolge des Mangels die Kaufsache nicht wie geplant nutzen könne, seien daher erst mit Eintritt des Verzuges ersatzfähig (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB). Der Verkäufer, der nicht leiste und erst ab Verzugseintritt schadensersatzpflichtig sei, dürfe nicht besser stehen als derjenige, der immerhin eine mangelhafte Leistung erbringe (AnwK-BGB/Dauner-Lieb [2005], § 280 Rdn. 60 ff.; AnwK-BGB/Büdenbender, § 437 Rdn. 74; Jauernig/Stadler, BGB, 12. Aufl., § 280 Rdn. 4; Jauernig/Berger, aaO, § 437 Rdn. 17; PWW/Schmidt-Kessel, BGB, 4. Aufl., § 280 Rdn. 58; PWW/D. Schmidt, aaO, § 437 Rdn. 32; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 33. Aufl., § 4 Rdn. 106; Faust in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Rdn. 3/223; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., § 2 Rdn. 267 ff.; Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., § 3 Rdn. 90; Schultz in Westermann [Hrsg.], Das Schuldrecht 2002, S. 17, 83 f.; Arnold/Dötsch, BB 2003, 2250, 2253; Dauner-Lieb, FS Konzen, 63, 64 ff.;

Fliegner, JR 2002, 314, 322; Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727, 754; dies., JuS 2004, 745, 747; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1828; Petersen, Jura 2002, 461, 462 f.; Schur, ZGS 2002, 243, 244; Teichmann/Weidmann, FS Hadding, 287, 300 f.; Wieser, JR 2002, 269, 270; vgl. Buck in Westermann [Hrsg.], Das Schuldrecht 2002, S. 105, 156 f.). Allerdings halten einige Vertreter dieser Ansicht eine Mahnung in Konstellationen der vorliegenden Art nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB generell für entbehrlich (Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727, 755; dies., JuS 2004, 745, 747 f.; Teichmann/Weidmann, aaO; vgl. Dauner-Lieb, FS Konzen, 63, 81 f.). Zu demselben Ergebnis gelangen auch diejenigen, die bei Vorliegen einer Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft davon ausgehen, in der Garantieerklärung liege das Versprechen, für alle Folgen des Fehlens der Eigenschaft ohne weiteres einzustehen (so AnwK-BGB/Dauner-Lieb, aaO, § 281 Rdn. 41 m.w.N.; dagegen MünchKomm-BGB/Ernst, 5. Aufl., § 281 Rdn. 60).

11 bb) Die herrschende Meinung geht demgegenüber davon aus, dass der Käufer Ersatz des mangelbedingten Nutzungsausfalls nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB und damit unabhängig von einem Verzug des Verkäufers verlangen kann (OLG Hamm, Urt. v. 23. Februar 2006, 28 U 164/05, juris, Rdn. 22; LG Krefeld DAR 2008, 90 f.; Bamberger/Roth/Unberath, BGB, 2. Aufl., § 280 Rdn. 30; Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 437 Rdn. 67; Erman/Westermann, BGB, 12. Aufl., § 280 Rdn. 11a, 12; Erman/Grunewald, aaO, vor § 437 Rdn. 9, § 437 Rdn. 19; Hk-BGB/Schulze, 4. Aufl., § 280 Rdn. 6; Hk-BGB/Saenger, aaO, § 437 Rdn. 11; MünchKomm-BGB/Ernst, 5. Aufl., § 280 Rdn. 53 ff.; MünchKomm-BGB/Emmerich, aaO, vor § 281 Rdn. 25; MünchKomm-BGB/Westermann, 5. Aufl., § 437 Rdn. 33; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 280 Rdn. 18, 20; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 437 Rdn. 35 f.; Staudinger/Otto, BGB [2004], § 280 Rdn. E 34; Grunewald in Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt [Hrsg.], Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 313, 316; Vollkommer, ebenda, S. 123, 124; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., § 17

Rdn. 5; Haas in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, Rdn. 5/246; Hellwege, Die §§ 280 ff. BGB, S. 86 ff.; Canaris in E. Lorenz [Hrsg.], Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, S. 5, 37; St. Lorenz in E. Lorenz [Hrsg.], Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, S. 5, 44 f.; ders., ZIP 2003, 321, 323, 326; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdn. 546; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., Rdn. 520; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2001, 2535, 2537; Ebert, NJW 2004, 1761 f.; Gruber, ZGS 2003, 130, 133 f.; Hirsch, Jura 2003, 289, 294; U. Huber, FS Ulmer, 1165, 1181 f.; ders., FS Schlechtriem, 521, 525; Katzenstein, Jura 2004, 584, 592, 596; Lorenz, NJW 2002, 2497, 2501 Fn. 32, 2503; ders., NJW 2005, 1889, 1891; ders., NJW 2007, 1, 2; Medicus, JuS 2003, 521, 528; ders., Bürgerliches Recht, 20. Aufl., Rdn. 299; Münch, Jura 2002, 361, 368; Reischl, JuS 2003, 250, 251; Schroeter, AcP 207 [2007], 28, 54 f.; Schubel, JuS 2002, 313, 319; Schulze/Ebers, JuS 2004, 462, 465 f.; Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 615, 617, 619; v. Westphalen, BB 2008, 2, 4; wohl auch Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB [2004], § 437 Rdn. 11 f., vgl. aber Rdn. 54).

12 cc) Der Senat entscheidet die Rechtsfrage dahin, dass mangelbedingter Nutzungsausfall des am Vertrag festhaltenden Käufers nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig ist, so dass offen bleiben kann, ob mit Blick auf sämtliche der noch geltend gemachten Schäden die Verzugsvoraussetzungen vorgelegen haben.

13 (1) Einer am sprachlichen Sinngehalt des § 280 BGB orientierten Auslegung lassen sich keine entscheidende Hinweise für die Entscheidung des Meinungsstreits entnehmen. Sicher ist zunächst nur, dass unter den Begriff der Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) auch die Lieferung einer mit einem - hier behebbaren - Sachmangel behafteten Sache fällt, weil der Verkäufer nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet ist, dem Käufer eine mangelfreie Sache zu

verschaffen (vgl. BGHZ 163, 381, 385). Andererseits ist der Gegenauffassung zuzugeben, dass eine zwar rechtzeitige, aber mangelbehaftete Lieferung bei differenzierender Betrachtung im Hinblick auf die fehlende Mangelfreiheit begrifflich durchaus als verzögerte Leistung im Sinne von § 280 Abs. 2 BGB verstanden werden kann (vgl. dazu auch Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 437 Rdn. 67). Nur ist das nicht das Verständnis des Gesetzgebers.

14 (2) Aus den Materialien ergibt sich mit aller Klarheit, dass der Ersatz von Schäden der hier in Rede stehenden Art nicht von dem Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen abhängig sein sollte. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf heißt es unzweideutig (BT-Drs 14/6040 S. 225): "§ 437 Nr. 3 RE verweist auch auf § 280 Abs. 2 RE, der den Ersatz von Verzögerungsschäden von den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 RE abhängig macht. Das entfaltet insoweit keine Wirkung, als die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 RE darin liegt, dass der Verkäufer entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung aus § 433 Abs. 1 Satz 2 RE eine mangelhafte Sache geliefert hat. Eine Anwendung des § 286 RE ist insoweit in § 280 Abs. 1 RE nicht vorgesehen. Liefert der Verkäufer also beispielsweise schuldhaft eine mangelhafte Maschine und verzögert sich deswegen deren Inbetriebnahme, so ist der Betriebsausfallschaden unabhängig von den weiteren Voraussetzungen des Verzugs unmittelbar nach § 280 Abs. 1 RE zu ersetzen."

15 (3) Das gesetzgeberische Anliegen hat darüber hinaus seinen Niederschlag auch in der Systematik des Gesetzes gefunden. § 437 BGB regelt, welche Rechte der Käufer bei Lieferung einer mangelbehafteten Sache hat, und bestimmt in Nr. 3 im Wege der Verweisung die Voraussetzungen, unter denen der Käufer Schadensersatz und den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen kann. Hierzu verweist das Gesetz auf die Vorschriften der §§ 440, 280, 281, 283, 284 und 311a BGB. Gerade nicht Bezug genommen wird dagegen auf die Regelung des § 286 BGB. Zwar ergibt sich über § 280 Abs. 2 BGB eine

mittelbare Verweisung auch auf § 286 BGB. Das gilt indessen - über § 280 Abs. 3 BGB - auch für die §§ 281 und 283 BGB, auf die § 437 Nr. 3 BGB jedoch unmittelbar Bezug nimmt. Auch das belegt, dass mangelbedingter Nutzungsausfallschaden unabhängig von den Verzugsvoraussetzungen ersatzfähig sein soll.

16 (4) Untermauert wird das Normkonzept des Gesetzgebers schließlich durch teleologische Erwägungen.

17 (a) Von der Interessenlage ist zu unterscheiden, ob der Schuldner lediglich untätig bleibt oder ob er zwar leistet, die Leistung aber fehlerhaft erbringt. Vor den Folgen einer Säumnis kann sich der Käufer regelmäßig dadurch schützen, dass er einen kalendermäßig bestimmten Termin für die Lieferung vereinbart oder den Verkäufer bei Ausbleiben der Leistung mahnt. Diese Möglichkeiten bestehen bei einer mangelhaften Lieferung regelmäßig nicht, weil der Mangel vielfach erst bemerkt werden wird, wenn die Kaufsache ihrer Verwendung zugeführt wird. Ein mangelbedingter Nutzungsausfall lässt sich dann häufig nicht mehr abwenden (Canaris, ZIP 2003, 321, 323, 326; Emmerich, aaO, § 17 Rdn. 5; Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727, 755 f.; Gruber, ZGS 2003, 130, 133; Medicus, JuS 2003, 521, 528). Bei der Lieferung einer mangelbehafteten Sache dringt der Schuldner damit in gefährlicherer Weise in die Gütersphäre des Gläubigers ein, weil die Verzögerung als solche für den Gläubiger leichter beherrschbar ist (zutreffend Canaris, aaO, 323). Dieser Interessenbewertung entspricht es, dass der Bundesgerichtshof bereits zum früheren Werkvertragsrecht entschieden hat, dass durch ein Werk verursachte (entfernte) Mangelfolgeschäden unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 325, 326 und 635 BGB a.F. nach den Regeln der positiven Forderungsverletzung zu ersetzen sind (Urt. v. 12. Dezember 2001, X ZR 39/00, NJW 2002, 816, 817). Tragende Erwägung war auch dort, dass das Vorliegen des Mangels vielfach erst nach Auftreten des Schadens bemerkt werden wird.

18 (b) Diese Sicht entspricht auch den unterschiedlichen Konzepten, die der Gesetzgeber für den Ausgleich der Interessen des Gläubigers und des Schuldners bei der Verzögerung der Leistung einerseits und bei der Schlechtleistung andererseits gewählt hat. Schadensersatzansprüche wegen Verzögerung der Leistung stellt der Gesetzgeber nach § 280 Abs. 2 BGB deshalb unter die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzuges, weil die Leistung bei Fehlen einer vertraglich festgelegten Leistungszeit nicht sofort erbracht werden muss, sondern erst dann, wenn der Gläubiger dies verlangt (§ 271 Abs. 1 BGB). Mit Blick auf die Verpflichtung zur Lieferung der Sache in mangelfreiem Zustand bedarf es einer solchen Konkretisierung in zeitlicher Hinsicht dagegen nicht (Grigoleit/ Riehm, AcP 203 [2003], 727, 756; dies., JuS 2004, 745, 747). Sie ist nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB von vornherein geschuldet, wobei sich die Sollbeschaffenheit der Kaufsache ohne weiteres entweder aus dem Vertrag oder aber - bei Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung - aus dem Anforderungsprofil der §§ 434 Abs. 1 Sätze 2 u. 3, 435 BGB ergibt.

19 Eine haftungsrechtliche Überforderung des Verkäufers tritt dadurch nicht ein. Zwar hat der Gesetzgeber bei den nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Schäden - anders als bei § 280 Abs. 2 BGB - keine zusätzlichen Anforderungen an die Pflichtwidrigkeit gestellt. Die im Interesse eines angemessenen Interessenausgleichs gebotene Haftungsbegrenzung wird jedoch durch das Erfordernis des Vertretenmüssens (§ 280 Abs.1 Satz 2 BGB) sichergestellt. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) verlangt von dem Verkäufer regelmäßig keine Untersuchung der Kaufsache; der Verkäufer muss sich auch nicht das Verschulden seiner Lieferanten nach § 278 BGB zurechnen lassen (BGH, Urt. v.15. Juli 2008, VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837, 2840 zur Veröff. in BGHZ 177, 224 ff. vorgesehen). Höhere Anforderungen ergeben sich nur, wenn der Verkäufer - wie hier - eine Garantie übernommen hat (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB), wenn er Anhaltspunkte für die Mangelhaftigkeit der Sache hat oder wenn sonst besondere Umstände vorliegen, die eine höhere Sorgfalt ge-

bieten. Davon abgesehen wird ein sachgerechter Interessenausgleich auch dadurch gewährleistet, dass einem Mitverschulden des Käufers, der etwa die Mangelhaftigkeit der Sache erkannt, den Verkäufer darüber aber nicht informiert hat, über § 254 BGB Rechnung getragen wird (vgl. MünchKomm-BGB/Ernst, aaO, § 280 Rdn. 58; St. Lorenz in E. Lorenz [Hrsg.], Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, 5, 45; Canaris, ZIP 2003, 321, 326 Fn. 30; Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727, 758; dies., JuS 2004, 745, 748; Gruber, ZGS 2003, 130, 133 f.).

20 b) Durchgreifenden Bedenken begegnet auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Schlechterfüllung des Kaufvertrages sei nicht ursächlich für die geltend gemachten Schäden.

21 aa) Der Kläger hat zwar den von A. unterzeichneten Mietvertrag nicht unterschrieben. Den rechtlichen Zurechnungszusammenhang hat er dadurch jedoch nicht unterbrochen. Dieser bleibt nämlich nach ständiger Rechtsprechung gewahrt, wenn für das Verhalten des Geschädigten ein rechtfertigender Anlass bestand oder dieses durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und sich die Reaktion des Geschädigten auch nicht als ungewöhnlich oder gänzlich unangemessen erweist (dazu etwa BGHZ 103, 113, 119; BGH, Urt. v. 20. Oktober 1994, IX ZR 116/93, NJW 1995, 449, 451; Urt. v. 9. Januar 2003, III ZR 46/02, NJW-RR 2003, 563, 565). So verhält es sich hier. Der Kläger war nicht gehalten, durch die Unterzeichnung des Mietvertrages Haftungsrisiken zu übernehmen, solange nicht klar war, ob er die Garantie werde erfüllen können. Dabei ist es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unerheblich, dass der Kläger nicht von einer Gefährdung evtl. Rückgriffsansprüche gegen die Beklagte habe ausgehen können. Schon das Risiko einer Inanspruchnahme durch den Mieter A. bei Nichterfüllung der Garantie führt dazu, dass die Nichtunterzeichnung des Mietvertrages durch den Kläger verständlich war und nicht als ungewöhnliche oder unangemessene

Reaktion bewertet werden kann. Etwas anderes gälte allerdings dann, wenn A. nicht nur weiterhin interessiert, sondern im Zeitpunkt des Eingangs der Baugenehmigung am 29. Oktober 2004 noch bereit gewesen wäre, einen Mietvertrag mit im Wesentlichen gleichen Bedingungen abzuschließen, oder er schon vorher die Bereitschaft gezeigt hätte, einen Vertrag abzuschließen, der den Kläger nicht den hier in Rede stehenden Haftungsrisiken ausgesetzt hätte. Ob das der Fall war, hat das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht festgestellt.

22 bb) Auch der Umstand, dass die von A. beabsichtigte Nutzung des Mietobjekts als Wohnheim einer besonderen öffentlichrechtlichen Genehmigung bedurft hätte, steht der Bejahung der Kausalität nicht entgegen. Diese Genehmigung sollte nach Nr. 3.3 des von A. einseitig unterzeichneten Mietvertrages der Mieter auf eigenes Risiko beschaffen. Der Kläger sollte lediglich die Nutzbarkeit als Bürohaus und Lager garantieren. An der Frage der Genehmigungsfähigkeit der Nutzung als Wohnheim sollte der Abschluss des Mietvertrages ersichtlich nicht scheitern.

23 cc) Soweit schließlich in der Revisionserwiderung argumentiert wird, die Ursächlichkeit scheitere daran, dass der Kläger im Juli 2004 von dem Abschluss des Mietvertrages ausschließlich wegen der "zweckentfremdungsrechtlichen Situation" abgesehen habe, verweist die Beklagte schon auf kein diesbezügliches Vorbringen in den Tatsacheninstanzen, sondern würdigt lediglich Korrespondenz, in der der Gesichtspunkt der formellen Baurechtswidrigkeit nicht ausdrücklich benannt worden ist. Davon abgesehen hat das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen, so dass auch deshalb für das Revisionsverfahren das Vorbringen des Klägers zugrunde zu legen ist, wonach er von einer Unterzeichung des Mietvertrages wegen der "behördlichen Genehmigungslage" Abstand genommen und hierzu auf Schreiben der Landeshaupt-

stadt München vom 16. und 19. Juli 2004 Bezug genommen hat, aus denen sich u.a. auch die damals bestehende formelle Baurechtswidrigkeit ergibt.

24 2. Kann das Berufungsurteil nach allem schon aus materiellrechtlichen Gründen keinen Bestand haben (§ 562 Abs. 1 ZPO), kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, dass auch die Rüge der Revision durchgreift, das Berufungsgericht habe den in der mündlichen Verhandlung beantragten Schriftsatznachlass verfahrensfehlerhaft abgelehnt. Nach § 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO muss das Gericht gebotene Hinweise grundsätzlich so frühzeitig vor der mündlichen Verhandlung erteilen, dass die Partei Gelegenheit hat, ihre Prozessführung darauf einzurichten und schon für die anstehende mündliche Verhandlung ihren Vortrag zu ergänzen. Erteilt es einen Hinweis erst in der mündlichen Verhandlung, muss es der betroffenen Partei ausreichend Gelegenheit zur Reaktion hierauf geben. Das gilt auch dann, wenn der Hinweis die rechtliche Beurteilung betrifft (vgl. nur BVerfG NJW 1996, 3202 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 15. März 2006, IV ZR 32/05, NJW-RR 2006, 937, 938; Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 139 Rdn. 5 u. 18). Kann eine sofortige Äußerung nach den konkreten Umständen und den Anforderungen des § 282 Abs. 1 ZPO nicht erwartet werden, darf die mündliche Verhandlung nicht ohne weiteres geschlossen und schon gar nicht - wie hier geschehen - bereits am Schluss der Sitzung ein Urteil erlassen werden. Vielmehr muss das Gericht die mündliche Verhandlung vertagen, unter den Voraussetzungen des § 128 Abs. 2 ZPO in das schriftliche Verfahren übergehen oder - auf Antrag der betroffenen Partei - einen Schriftsatznachlass gemäß § 139 Abs. 5 i.V.m. § 296a ZPO gewähren (BGH, Beschl. v. 18. September 2006, II ZR 10/05, NJW-RR 2007, 412 m.w.N.). Diesen Vorgaben ist das Berufungsgericht nicht gerecht geworden. Sein Hinweis betraf eine umstrittene und höchstrichterlich nicht geklärte Frage, die in dem Verfahren vor der Hinweiserteilung keine Rolle gespielt hat und bei der auch von einer anwaltlich vertretenen Partei nicht aus dem Stand heraus eine fundierte und Interessen wahrende Stellungnahme erwartet werden konnte.

25 3. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil die für eine abschließende Entscheidung erforderlichen Feststellungen fehlen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das gilt auch mit Blick auf die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede, zu der das Berufungsgericht - auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung folgerichtig - ebenfalls noch keine Feststellungen getroffen hat.

Krüger Klein Lemke

Schmidt-Räntsch Roth

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 09.10.2007 - 3 O 2307/06 -
OLG München, Entscheidung vom 31.03.2008 - 21 U 5231/07 -