Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 20. Dezember 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Hahne, Gerber und Prof. Dr. Wagenitz

beschlossen:

Die Kosten des Rechtsstreits werden gemäß §§ 92, 91 a ZPO der Klägerin zu 2/3 und dem Beklagten zu 1/3 auferlegt.

Gründe:

Die Klägerin hat dem Beklagten Räume zum Betrieb eines Musik-Cafes vermietet. Nach § 3 Nr. 5 vorletzter Absatz des Mietvertrags vom 27. Februar 1996 ist "eine Minderung ... nur dann zulässig, wenn der Minderungsanspruch anerkannt oder nach Grund und Höhe festgestellt ist".

Der Beklagte hat an die Klägerin seit Mai 1996 keinen Mietzins mehr gezahlt, weil die Mieträume funktionsuntauglich seien. Die Klägerin hat daraufhin das Mietverhältnis mit Schreiben vom 23. Oktober 1996 gekündigt und den Beklagten auf Zahlung rückständigen Mietzinses sowie auf Räumung und Herausgabe der Mietsache in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat der Klage stattgeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Der Senat hat die Revision der Klägerin nur insoweit angenommen, als das angefochtene Urteil die auf Räumung und Herausgabe gerichtete Klage abgewiesen hat.

Nachdem die Parteien den noch anhängigen Teil des Rechtsstreits in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist insoweit über die Kosten gemäß § 91 a ZPO nach billigem Ermessen zu entscheiden. Die Kostenlast trifft hinsichtlich dieses Teils den Beklagten; denn das Räumungs- und Herausgabeverlangen der Klägerin war begründet. Wie der Senat bereits in seinem Annahmebeschluß vom 16. August 2000 erkannt hat, hat die Klägerin den zwischen den Parteien bestehenden Mietvertrag mit ihrem Schreiben vom 23. Oktober 1996 gemäß § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB wirksam gekündigt, da der Beklagte seit dem 1. Mai 1996 mit dem Mietzins in Verzug war. Die vom Beklagten geltend gemachten Mängel der Mietsache schließen den Verzug nicht aus, da § 3 Nr. 5 vorletzter Absatz des Mietvertrags das Minderungsrecht auf anerkannte oder rechtskräftig festgestellte Ansprüche beschränkt und die spätere Entscheidungsreife des Minderungsrechts die Kündigung nicht wirkungslos werden läßt.

Blumenröhr Krohn Hahne

Gerber Wagenitz