

# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZR 81/91

in dem Rechtsstreit

Dr. Eberhard F [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED], E [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]  
und v. [REDACTED] -

gegen

Gabriele B [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],  
E [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den  
Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann,  
Dr. Blumenröhr, Dr. Zysk und Dr. Knauber

am 9. Oktober 1991

beschlossen:

Der Antrag des Beklagten, den Wert seiner Beschwerde durch das Urteil des 30. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 27. Februar 1991 auf über 40.000 DM festzusetzen, wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Die Klägerin, von der der Beklagte Räume für seine Rechtsanwaltspraxis zu einem monatlichen Mietzins von 1.620 DM gemietet hatte, machte mit der Klage Nutzungsschädigung für die Zeit von November 1988 bis Februar 1990 in einer Gesamthöhe von 25.740 DM geltend; ferner erhob sie Zwischenfeststellungsklage, daß das Mietverhältnis aufgrund fristloser Kündigung seit dem 15. November 1989 nicht mehr bestehe. Im zweiten Rechtszug hat das Oberlandesgericht ihr 20.502,92 DM nebst Zinsen zugesprochen sowie festgestellt, daß das Mietverhältnis über die Praxisräume seit dem 15. November 1989 nicht mehr besteht. Gemäß § 546 Abs. 2 Satz 1 ZPO hat es ausgesprochen, daß das Urteil beide Parteien um weniger als 40.000 DM beschwert.

- 3 -

Der Beklagte hat Revision eingelegt. Er beantragt, seine Beschwer durch das Berufungsurteil auf mehr als 40.000 DM festzusetzen. Die Klägerin verteidigt die Festsetzung des Berufungsgerichts.

## II.

Der Antrag des Beklagten hat keinen Erfolg.

1. Für den Wert der Beschwer im Sinne von § 546 ZPO gelten nach § 2 ZPO die §§ 3 ff ZPO. Die Verurteilung zur Zahlung beschwert den Beklagten um 20.505,92 DM, da Zinsen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht zu berücksichtigen sind.

2. Der Feststellungsausspruch betrifft die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung des zwischen den Parteien bestehenden Mietverhältnisses. Insoweit bemißt sich der Streitwert einer selbständigen Feststellungsklage nach § 8 ZPO (vgl. BGH, Beschluß vom 13. Mai 1958 - VIII ZR 16/58 - NJW 1958, 1291). Danach ist der Betrag des auf die gesamte streitige Zeit entfallenden Mietzinses maßgebend, höchstens der 25-fache Betrag des einjährigen Zinses. Was als streitige Zeit in diesem Sinne anzusehen ist, ist für die Bemessung der Beschwer i.S. von § 546 ZPO nur aus der Sicht der im Berufungsverfahren unterlegenen Partei zu beurteilen (vgl. Stein/Jonas/Grunsky ZPO 20. Aufl. § 546 Rdn. 27). Da das Oberlandesgericht den Bestand des Mietverhältnisses im Tenor seines Urteils nur für die Zeit seit dem 15. November 1989 verneint hat, liegt für die Zeit davor eine den Beklagten beschwerende Entscheidung nicht vor und beginnt die "streitige Zeit" nicht vor diesem Tage. Ausführungen in den

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



Gründen des Berufungsurteils, wonach schon eine frühere fristlose Kündigung wirksam war, nehmen als bloße Urteilelemente an der Rechtskraft nicht teil und schneiden dem Beklagten in einem künftigen Prozeß nicht den Einwand ab, daß frühere Kündigungen unwirksam gewesen seien. Das Ende der "streitigen Zeit" ist auf den Ablauf des Monats November 1990 anzusetzen; denn der Beklagte ist im Laufe dieses Monats ausgezogen und hat mit Schreiben vom 10. Januar 1991 an die Klägerin erklärt, daß das Mietverhältnis zwischen den Parteien "Ende November" beendet worden ist. Insgesamt sind somit 12 1/2 Monate zu je 1.620 DM zu berücksichtigen, was 20.250 DM ergibt.

3. Bei einer Häufung von Leistungsklage und Feststellungsklage ist die in beider Hinsicht gegebene Beschwerde nicht stets gemäß § 5 ZPO zusammenzurechnen, sondern es bedarf der Prüfung, inwieweit der Feststellungsausspruch neben der Verurteilung zur Leistung selbständige Bedeutung hat (vgl. Baumbach/Hartmann ZPO 49. Aufl. Anh. § 3 Stichwort "Feststellungsklage" unter c). Das gilt verstärkt, wenn, wie hier, lediglich eine Zwischenfeststellungsklage (§ 256 Abs. 2 ZPO) erhoben worden ist (vgl. dazu ausführlich Meyer JR 1955, 253). Es wird vertreten, in solchen Fällen sei lediglich der höchste Wert maßgebend (vgl. Stein/Jonas/Schumann aaO § 5 Rdn. 6, 7) oder eine Zusammenrechnung habe jedenfalls insoweit zu unterbleiben, als von einer wirtschaftlichen Identität der Verurteilungen auszugehen sei (vgl. Thomas/Putzo ZPO 17. Aufl. § 5 Anm. 3 c aa). Welcher Ansicht zu folgen ist, kann dahinstehen, da in jedem Falle die Gesamtbeschwerde unter 40.000 DM liegt.

Bei einer ungeschmälernten Zusammenrechnung von Leistungs- und Feststellungsbeschwer ergibt sich der die Grenze von 40.000 DM nur knapp übersteigende Betrag von 40.755,92 DM. Für die Zeit nach dem 15. November 1989 ist der Beklagte auf die Leistungsklage zur Zahlung von insgesamt 3.746,50 DM verurteilt worden, so daß insoweit über die beiderseits durch Klage und Aufrechnung erhobenen Ansprüche bereits entschieden ist. Dem Feststellungsausspruch kommt für die gleiche Zeit nur geringe Bedeutung zu. In einem künftigen Prozeß ist im Falle der Rechtskraft des Berufungsurteils zwar die Ausgangsstellung der Klägerin, die sich noch weitergehender Ansprüche auf Nutzungsentgelt berührt, insoweit verbessert, als der Beklagte ein Fortbestehen des Mietverhältnisses über den 15. November 1989 hinaus nicht mehr einwenden kann. Ihm ist deswegen insbesondere die Berufung auf Mietminderung (§ 537 BGB) oder auf ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) wegen Verletzung von Vermieterpflichten durch die Klägerin abgeschnitten. Die sonstigen Voraussetzungen weiterer Ansprüche auf Nutzungsentgelt müßte die Klägerin aber voll beweisen (vgl. Meyer aaO S. 254). Auf der anderen Seite kann die aus der Feststellung folgende Beschwer des Beklagten nur nach der Berechnungsweise des § 8 ZPO, nicht in einem höheren Ausmaß, eingesetzt werden. Würden neben den bereits ausgeurteilten 3.746,50 DM die im Rahmen des § 8 ZPO auf die gleiche Zeit entfallende Nutzungsentschädigung von 5.670 DM (15. November 1989 bis 28. Februar 1990) voll berücksichtigt, würde ein Teil des Streitgegenstandes mehrfach bewertet, was dem Sinn des § 5 ZPO widerspräche (vgl. BGH, Beschluß vom 25. Juni 1969 - IV ZR 787/68 - JurBüro 1969, 833). In welcher genauen Höhe die Überschneidung der Beschwer durch Leistungs- und Feststellungsausspruch dazu führen muß, daß

eine Zusammenrechnung nach § 5 ZPO entfällt, braucht nicht entschieden zu werden. Es muß jedenfalls für einen Betrag gelten, der es hindert, die Gesamtbeschwer mit mehr als 40.000 DM anzunehmen.

Lohmann

Zysk