

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 111/66**URTEIL****Verkündet am**

30. November 1967
Horn,
Justizhauptssekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Handelsvertreters Heinrich D [REDACTED],
2. der Ehefrau Lina D [REDACTED] geb. M [REDACTED],
beide wohnhaft in E [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Beru-
fungskläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Witwe Anna S [REDACTED] geb. G [REDACTED], E [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Beru-
fungsbeklagte und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. November 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichts in Saarbrücken vom 22. Februar 1966 wird, soweit ihre Schadensersatzforderung wegen eines Betrages von 4.346,04 DM abgewiesen worden ist, als unzulässig verworfen. Im übrigen wird die Revision als unbegründet zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten beauftragten im Jahre 1952 den während des Rechtsstreits verstorbenen Ehemann der Klägerin, in Elversberg ein Haus im Rohbau zu errichten. Dieser hat an Werklohn und für Baumaterial einen Betrag von 402.193 ffrs nebst Zinsen gegen die Beklagten als Gesamtschuldner eingeklagt.

Die Beklagten haben die Klageforderung zum Teil bestritten, sich ferner auf eine höhere Schadensersatzforderung wegen wesentlicher Mängel des Rohbaus berufen und widerklagend einen Schadensbetrag von 887.857 ffrs geltend gemacht.

- 3 -

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 326.514 ffrs (= 2.777,65 DM) nebst Zinsen stattgegeben. Im Berufungsverfahren haben die Beklagten weitere 10.465,13 DM nebst Zinsen verlangt. Das die Berufung der Beklagten zurückweisende Urteil des Oberlandesgerichts wurde auf deren Revision hin aufgehoben. Im zweiten Berufungsverfahren haben die Beklagten über die ihnen vom Landgericht zuerkannten 2.777,65 DM hinaus weitere 68.526 DM mit Zinsen - darunter 46.200 DM nebst Zinsen als Ersatz für Mietausfall - eingeklagt. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil den Beklagten weitere 5.914,45 DM nebst Zinsen zugesprochen. Wegen des Mietausfalls von 46.200 DM sowie weiterer 4.346,64 DM jeweils nebst Zinsen hat es die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Anspruch in Höhe der beiden ihnen aberkannten Beträge weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das wegen der erheblichen Mängel notwendige Abreißen und vertragsgemäße Wiederaufbauen des Rohbaus erfordert nach Ansicht des Berufungsgerichts insgesamt einen Betrag von 16.355,87 DM. Über die Kosten der Erneuerung der Zwischenwände hat es im angefochtenen Urteil noch nicht entschieden. Von dem nach Abzug des der Klägerin noch zustehenden Werklohns von 3.317,73 DM verbleibenden Betrag von 13.038,14 DM hat es den Beklagten, weil sie die Entstehung des Schadens zu 1/3



mitverursacht hätten, über die vom Landgericht zuerkannten 2.777,65 DM hinaus noch 5.914,45 DM nebst Zinsen zugesprochen und die weiteren 4.346,04 DM nebst Zinsen aberkannt.

Die Beklagten haben zwar das Berufungsurteil auch insoweit angefochten, die Revision jedoch nicht begründet. Die hierzu eingelegte Revision ist daher gemäß §§ 554 a, 554 ZPO als unzulässig zu verwerfen.

II.

Gegenüber dem von den Beklagten geltend gemachten Anspruch auf Ersatz von 46.200 DM Mietausfall nebst Zinsen greift nach Ansicht des Berufungsgerichts die von der Klägerin geltend gemachte Einrede der Verjährung durch.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Der Mietausfall, den die Beklagten von der Klägerin ersetzt verlangen, gehört als entgangener Gewinn (§ 252 BGB) zu dem Schaden, der dem Werk unmittelbar anhaftet (BGHZ 35, 130, 138). Als Anspruchsgrundlage kommt daher § 635 BGB in Betracht. Eine Schadensersatzpflicht des Ehemanns der Klägerin wegen positiver Vertragsverletzung ist insoweit nicht gegeben. Die somit aus § 638 BGB folgende 5-jährige Verjährungsfrist begann mit der endgültigen Ablehnung der Abnahme durch die Beklagten am 1. März 1953 (BU S. 17) zu laufen (RGZ 165, 41, 54; BGH VII ZR 233/61 vom 2. Mai 1963 = JZ 63, 596). Zwar beginnt nach § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB die Verjährung mit der Abnahme des Werkes. Käme es aber hierauf allein an, so würde, falls der Besteller die Abnahme verweigert,

die Verjährung überhaupt nicht zu laufen beginnen. Mit der Ablehnung der Abnahme konnten die Beklagten den Zustand des Rohbaus abschließend beurteilen. Ein Anspruch auf Ersatz von Mietausfall war somit zum 28. Februar 1958 verjährt. Die Beklagten haben aber erst mit Schriftsatz vom 25. November 1963 den Mietausfall in ihren Widerklageantrag einbezogen.

Das gilt auch für die erst nach diesem Zeitpunkt bis zur Erhebung der Widerklage entstandenen Ausfälle. Denn bei jedem Schadensersatzanspruch beginnt die Verjährung einheitlich auch für erst später entstehende Folgen, soweit diese voraussehbar sind (vgl. RGZ 106, 283; Staudinger BGB, 11. Aufl. Anm. 2, 8 zu § 198).

2. Die Klägerin verstößt nach Ansicht des Berufungsgerichts dadurch, daß sie sich auf Verjährung beruft, nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Beklagten waren nicht gehindert, mit ihrer bereits im Schriftsatz vom 28. August 1953 enthaltenen Widerklage auch die Feststellung zu begehren, daß die Gegenseite ihr einen durch eine Verzögerung der Fertigstellung des Rohbaus entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Ob sie, wie die Revision meint, nicht mit einer langen Dauer des Rechtsstreits rechnen mußten, ist unerheblich. Übrigens war der Rechtsstreit beim Eintritt der Verjährung Ende Februar 1958 schon 5 Jahre anhängig. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß die Beklagten durch das Verhalten der Klägerin oder ihres Ehemannes veranlaßt worden waren, keine Feststellungswiderklage zu erheben (BGH VII ZR 88/62 vom 30. Dezember 1963; VII ZR 236/61 vom 30. Mai 1963). Auch wenn sie, wie die Revision vorträgt, aus Gründen der

Beweisführung glaubten, den Rohbau in seinem mangelhaften Zustand belassen zu sollen, so wurde die Möglichkeit einer Feststellungsklage nicht berührt.

III.

Nach § 97 ZPO haben die Beklagten die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke