

VII ZR 205/61

Verkündet

am 29. November 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2198 096

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Eheleute Dachdeckermeister Willi und Frau Elfriede
H., D., K.straße,

Beklagten, Widerkläger, Berufungskläger,
Anschlußberufungsbeklagten und Revisionskläger,

- prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma Bauunternehmung Hermann Ku Gesellschaft mit
beschränkter Haftung in D., vertreten durch ihre
Geschäftsführer Hermann und Willi Ku in D.,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. November 1962 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Ur-
teil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 30. Juni 1961 im Kostenpunkt
und insoweit aufgehoben, als die auf Zahlung und
Feststellung gerichtete Widerklage abgewiesen
worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen
Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat das der beklagten Ehefrau gehörige kriegszerstörte Haus L. [REDACTED]straße [REDACTED] in D. [REDACTED] wieder aufgebaut. Vereinbart war ein Pauschalpreis von zuletzt 37.875 DM, von dem die Beklagten 31.000 DM bezahlt und weitere 3.000 DM mit einer Gegenforderung verrechnet haben.

Mit der Klage verlangt die Klägerin, die Beklagten zur Zahlung der restlichen 3.875 DM zu verurteilen.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt.

Sie haben u.a. zwei Gegenforderungen in Höhe von insgesamt 1.189,24 DM zur Aufrechnung gestellt. Ferner haben sie aufgerechnet mit einer Schadensersatzforderung gegen die Klägerin, weil diese es schuldhaft versäumt habe, das alte Mauerwerk im Kellergeschoß waagerecht zu isolieren; hierdurch entstünden höhere Kosten für eine nachträgliche Isolierung; außerdem seien erhebliche Schäden durch die infolge der fehlenden Isolierung eingedrungene Feuchtigkeit eingetreten.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagten zur Zahlung von 2.685,76 DM (3.875,00 weniger 1.189,24 DM) nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht durch rechtskräftiges Urteil vom 15. November 1957 die Klage in dieser Höhe abgewiesen.

Im weiteren Verfahren hat die Klägerin beantragt, die Beklagten zur Zahlung der restlichen 1.189,24 DM zu verurteilen.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt und Widerklage erhoben mit dem Antrag,

- a) die Klägerin zur Zahlung von 10.228,50 DM nebst Zinsen zu verurteilen, sowie
- b) festzustellen, daß die Klägerin verpflichtet sei, den Beklagten alle Schäden zu ersetzen, die bei Durchführung der Isolierung in dem Gebäude Ludgeristraße 23 entstehen.

(Ein weiterer unter c) gestellter Widerklageantrag hat sich inzwischen erledigt.)

Das Landgericht hat durch Schlußurteil die Beklagten verurteilt, an die Klägerin 273,44 DM nebst Zinsen zu bezahlen. Die weitergehende Klage und die Widerklage hat es abgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagten zur Zahlung von 1.055,42 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit der Revision wenden sich die Beklagten gegen die Abweisung der Widerklage zu a) und b). Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

Im Streit stehen in der Revisionsinstanz nur noch der mit der Widerklage geltend gemachte Zahlungs- und Feststellungsanspruch.

I.

Die Beklagten beziffern ihren Zahlungsanspruch wie folgt:

1. Gesamtkosten der Isolierung 7.000,- DM abzüglich des Betrags von 2.600 DM, den die Klägerin bei sofortiger Isolierung mehr gefordert hätte, und der durch das erste Urteil des Oberlandesgerichts in- folge Aufrechnung verbrauchten 2.685,76 DM	1.714,24 DM
2. falsche Berechnung der Mehrkosten durch den Sachverständigen	814,26 DM
3. merkantiler Minderwert des Hauses durch Feuchtigkeitsschäden	7.000,-- DM
4. Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden im Keller (Verrostungen)	<u>700,-- DM</u>
zusammen	10.228,50 DM

(vergl. Schriftsatz der Beklagten vom 18. Februar 1958).

II.

Das Berufungsgericht hat die Frage, ob die Klägerin überhaupt schadensersatzpflichtig ist und gegebenenfalls aus welchem Grunde, offen gelassen, da die Beklagten auch im Falle der Bejahung einer Schadensersatzpflicht der

Klägerin nicht mehr verlangen könnten, als die ihnen durch das erste Urteil des Oberlandesgerichts vom 15. November 1957 zugesprochenen 2.685,76 DM.

Dazu hat das Berufungsgericht festgestellt, die Beklagten hätten, wie sich aus dem Schreiben ihres Vertreters vom 20. Januar 1954 ergebe, spätestens im Januar 1954 gewußt, daß die notwendige Isolierung des alten Mauerwerks nicht erfolgt sei und deshalb nachgeholt werden müsse. Da die Klägerin den Standpunkt eingenommen habe, die Isolierung des alten Mauerwerks sei nicht ihre Sache gewesen und sie brauche sie deshalb nicht nachzuholen, seien die Beklagten schon damals zur Vermeidung eines drohenden Schadens gehalten gewesen, für eine anderweitige Durchführung dieser Isolierung zu sorgen (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB). Die Beklagten könnten deshalb nur den Schaden ersetzt verlangen, der durch die Mehrkosten der Nachholung der Isolierung im Jahre 1954 und durch die bis 1954 entstandenen Feuchtigkeitsschäden entstanden sei.

Die Mehrkosten der späteren Isolierung beziffert das Berufungsgericht auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Linder mit 1.082,43 DM. Die zur Behebung der bis 1954 entstandenen Feuchtigkeitsschäden erforderlichen Kosten schätzt es auf höchstens 1.600 DM, so daß der Gesamtschaden der Beklagten keinesfalls den ihnen durch das Urteil vom 15. November 1957 im Wege der Aufrechnung zugesprochenen Betrag von 2.685,76 DM überschreite.

III.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Beklagten sind begründet.

- 1) Mit Recht rügen die Beklagten die Verletzung des § 322 ZPO.

Das Oberlandesgericht hatte in seinem ersten Urteil die Mehrkosten einer nachträglichen Isolierung mit 2.900 DM errechnet. Dieser Betrag genügte, um die Klage in Höhe des damals im Streit stehenden Teilbetrags von 2.685,76 DM abzuweisen, weil die Beklagten insoweit ihre Forderung mit der der Klägerin verrechnen konnten. Das Oberlandesgericht hatte sich daher folgerichtig mit dem wegen der Feuchtigkeitsschäden geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Beklagten überhaupt nicht befaßt. Dann kann aber über diesen Ersatzanspruch auch nicht durch das erste Urteil entschieden worden sein. Sollte das Oberlandesgericht in seinem ersten Urteil für die Mehrkosten der Isolierung den Beklagten mehr zugesprochen haben, als sich nach der Berechnung in dem angefochtenen Urteil ergibt, so kann das den Beklagten angesichts der Rechtskraft des früheren Urteils nicht mehr genommen werden. Es ist daher nicht angängig, die von den Beklagten geltend gemachten Feuchtigkeitsschäden nachträglich in die damals durch Abrechnung verbrauchte Schadensersatzforderung einzurechnen (vgl. RGZ 120, 317, 318; BGH III ZR 102/52 vom 15. Dezember 1952 = LM Nr. 7 zu § 253 ZPO).

Das Berufungsgericht hätte daher über die Feuchtigkeitsschäden ohne Rücksicht auf sein erstes Urteil nach Grund und Höhe befinden müssen und durfte die Frage, ob und aus welchem Grunde die Klägerin schadensersatzpflichtig ist, nicht offen lassen.

2) Es war noch aus einem anderen Grunde gehalten, über den Grund der Ersatzpflicht der Klägerin zu entscheiden.

a) Nach den Ausführungen des Berufungsurteils (S. 14) ist für die Revisionsinstanz von der Möglichkeit auszugehen, daß die Klägerin sich im Vertrag auch verpflichtet hatte, das alte Mauerwerk zu isolieren. Dann müßte sie den Beklagten den aus der Nichterfüllung des Vertrags entstandenen Schaden ersetzen. Für die Berechnung dieses Schadens wäre dann auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung abzustellen.

Das hat das Berufungsgericht auch nicht verkannt. Es meint jedoch, daß die Beklagte den nach 1954 weiter entstandenen Schaden selbst tragen müsse, weil sie es unterlassen habe, zur Abwendung eines größeren Schadens die Isolierung alsbald durch einen anderen Unternehmer ausführen zu lassen (§ 254 Abs. 2 BGB).

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Beklagten sind begründet.

Es ist zwar richtig, daß der Geschädigte bei Vermeidung der Rechtsfolgen des § 254 Abs. 2 BGB möglicherweise (gegen sich selbst) verpflichtet ist, dazu beizutragen, daß der entstandene Schaden sich nicht vergrößert. Das gilt jedoch nur insoweit, als das vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann (RGZ 52, 349; 71, 212, 216; 105, 115, 119; 159, 236; BGHZ 4, 170, 174; 10, 18, 20; BGH in NJW 1951, 797). Aus diesem Grunde setzt die Anwendung des § 254 Abs. 2 BGB die Feststellung von Tatsachen voraus, die die Annahme einer solchen Pflicht des Geschädigten rechtfertigen.

In dem zur Entscheidung stehenden Fall würde es also darauf ankommen, ob den Beklagten unter den gegebenen Umständen billigerweise zuzumuten war, die für die Nachholung der Isolierung erforderlichen Aufwendungen, zu denen an sich die Klägerin verpflichtet gewesen wäre, vorläufig selbst zu erbringen. Das hängt von den Tatumständen ab, so z.B. von dem Verhältnis der Höhe der Aufwendungen zur Höhe des weiter drohenden Schadens und nicht zuletzt auch von der Zahlungsfähigkeit der Beklagten.

Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen, so daß der von ihm gezogenen Rechtsfolge die tatsächliche Grundlage fehlt.

Im übrigen erscheint es, selbst wenn man zu einer Bejahung einer solchen Pflicht der Beklagten kommen sollte, nicht angängig, den Beklagten den ganzen nach 1954 entstandenen Schaden anzulasten; denn es müßte stets im Auge behalten werden, daß - die Erfüllungs- und damit die Schadensersatzpflicht der Klägerin unterstellt - nicht die Beklagten, sondern in erster Linie die Klägerin verpflichtet war, das alte Mauerwerk zu isolieren.

b) Geht man von der für die Revisionsinstanz ebenfalls zu unterstellenden Möglichkeit aus, daß die Isolierung des alten Mauerwerks nicht Vertragsinhalt war, so wäre noch zu prüfen, ob die Klägerin nicht ihre Aufklärungspflicht verletzt hat. Bejahendenfalls wäre dann die Widerklage jedenfalls insoweit begründet, als die Beklagten Ersatz des bis 1954 entstandenen Feuchtigkeitsschadens verlangen, den das Berufungsgericht allerdings mit nicht mehr als 1.600,-- DM beziffert. Über diesen Schadensersatzanspruch der Beklagten ist, wie zu

III 1 dargelegt, durch das erste Urteil des Oberlandesgerichts nicht entschieden worden. Dabei würde dann allerdings auch ein etwaiges ursächliches Mitverschulden der Beklagten zu berücksichtigen sein.

3) Das angefochtene Urteil kann deshalb, soweit der mit der Widerklage geltend gemachte Zahlungsanspruch abgewiesen worden ist, nicht bestehen bleiben.

4) Auch soweit der Feststellungsanspruch der Beklagten abgewiesen worden ist, kann das Urteil nicht aufrechterhalten werden; denn es ist nicht ausgeschlossen, daß die hier aufgezeigte andere rechtliche Beurteilung des Zahlungsanspruchs auch für die Entscheidung über die Feststellungsklage von Bedeutung ist.

IV.

Das angefochtene Urteil ist deshalb im Kostenpunkt und insoweit, als der mit der Widerklage geltend gemachte Zahlungs- und Feststellungsanspruch abgewiesen worden ist, aufzuheben. In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück-

zuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten der Revision zu befinden haben.

Dr. Winkelmann Rietschel Heilmann-Trosien Erbel Meyer