

BUNDESGERICHTSHOF

064

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 222/68

URTEIL

Verkündet am
21. September 1970
Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Karl Ludwig S [REDACTED], Inhaber
Adolf S [REDACTED], F [REDACTED] E [REDACTED] Str. [REDACTED],
2. der Frau Katharina H [REDACTED] F [REDACTED] [REDACTED],
Fr [REDACTED] Anlage [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerinnen,
Anschlußberufungsbeklagten und
Revisionsklägerinnen,

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

gegen

den Kaufmann Herbert A [REDACTED], F [REDACTED] (Sc [REDACTED]/T [REDACTED]),
Il Paradiso,

Kläger, Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

- I. Die Revisionen der beiden Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 19. September 1968 werden zurückgewiesen.

Jedoch wird die Entscheidung über die Kosten des ersten Rechtszuges wie folgt geändert:

Von diesen Kosten tragen

der Kläger 27/40 der Gerichtskosten, 3/4 der außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1), 9/14 der außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) und 9/14 seiner eigenen außergerichtlichen Kosten;

die Beklagte zu 1) 9/40 der Gerichtskosten als Gesamtschuldnerin mit der Beklagten zu 2), 1/4 ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten, 3/4 der außergerichtlichen Kosten des Klägers als Gesamtschuldnerin mit der Beklagten zu 2);

- 3 -

die Beklagte zu 2) 9/40 der Gerichtskosten als Gesamtschuldnerin mit der Beklagten zu 1), 4/40 der Gerichtskosten allein, 5/14 ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten, 3/4 der außergerichtlichen Kosten des Klägers als Gesamtschuldnerin mit der Beklagten zu 1), 2/14 der außergerichtlichen Kosten des Klägers allein.

II. Die Beklagten tragen die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ließ in den Jahren 1951/1952 auf dem Grundstück in F██████(██████, T██████-Straße ████████, ein Geschäftshaus erbauen. Die Beklagte zu 1) hatte die Bauausführung, der Architekt Robert He██████ die Bauleitung übernommen. Die Beklagte zu 2) ist die Witwe und Alleinerbin des im Sommer 1965 verstorbenen Architekten.

In dem von dem Architekten entworfenen Plan waren Rückstausicherungen vorgesehen. Die Beklagte zu 1) hatte an der Entwässerungsanlage im Lagerkeller in den Reinigungsschacht der Grundleitung aber nur ein Putzrohr mit loser Klappe statt mit fest verschließbarem Deckel eingebaut. Da das Grundstück im Rückstaugebiet der Stadt



und die Kellersohle zwei Meter unter der Rückstauhöhe liegt, hatte das Wasser am 23. Juni 1953 die Klappe beiseite geschoben, den Schachtdeckel gehoben und war durch die Rohröffnung in den Keller gedrungen.

Das Wasser überschwemmte den Keller und durchnässte Teile des Warenbestandes, den der Kläger als Generalvertreter der Firma General E [REDACTED] und als Großhändler für elektrotechnische Gegenstände dort gelagert hatte.

Der Kläger hat wegen der Anbringung des unzulänglichen Verschlusses am Putzrohr gegen die Beklagte zu 1) und den Architekten He [REDACTED] als Gesamtschuldner zunächst nur einen Teil seines Schadens in Höhe von 60.000 DM nebst Zinsen eingeklagt. Weitere 119.493,07 DM nebst Zinsen hat er durch Zahlungsbefehl vom 27. Oktober 1953 (AG Frankfurt/Main 35 B 7034/53) geltend gemacht. Dieses Verfahren ist mit dem vorliegenden Rechtsstreit durch Beschluß des Landgerichts vom 20.1.1954 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden worden. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 1954 hat der Kläger indessen nur beantragt, die (damaligen) Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner 60.000 DM nebst Zinsen an ihn zu zahlen.

Durch Zwischenurteil hat das Landgericht diesen Anspruch für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt.

Die Berufungen der beiden (damaligen) Beklagten und die Revision des Architekten He[REDACTED] sind ohne Erfolg geblieben (Urt. des erkennenden Senats vom 22.11.1956 - VII ZR 12/56 - Schäfer-Finnern Z. 3 01 Bl. 50).

Im Betragsverfahren beim Landgericht hat der Architekt He[REDACTED] Widerklage mit dem Antrag erhoben, festzustellen, daß dem Kläger auch über den Klageantrag hinaus keinerlei Ansprüche zustehen. Er hat diese negative Feststellungswiderklage mit Schriftsatz vom 20.2.1957 erweitert. Am 14.11.1958 haben dann er und der Kläger in Bezug auf die Widerklage den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, nachdem der Kläger einen Klageantrag in Höhe von 179.483,07 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Juli 1953 angekündigt hatte, den er dann im ersten Rechtszug des Betragsverfahrens weiter verfolgt hat.

Er hat behauptet, sein Schaden an den gelagerten Sachen belaufe sich, wie durch die Sachverständigen der Haftpflichtversicherer der Beklagten zu 1) und des Architekten He[REDACTED] ermittelt, auf 173.696,27 DM. Dazu kämen 5.796,80 DM Kosten für Reinigung, Räumungs- und Bergungsarbeiten hinzu.

Die Beklagten haben die Höhe des Anspruchs bestritten und u.a. Überwiegendes Mitverschulden des Klägers eingewandt.

Das Landgericht hat dem Kläger einen Betrag von 30.000 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Juli 1953 als Schadensersatz zugesprochen und im übrigen die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufungen der Beklagten zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung des Klägers, mit der dieser nur noch begehrt hat, die Beklagten zur Zahlung von insgesamt 90.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen, hat es ihm einen Schadensersatzbetrag in Höhe von 44.205,40 DM nebst Zinsen zugesprochen und die weitergehende Anschlußberufung zurückgewiesen.

Bei der Entscheidung über die Kosten des ersten Rechtszuges, die es zu drei Vierteln dem Kläger und zu einem Viertel den Beklagten auferlegt hat, hat das Oberlandesgericht dahin erkannt, daß dies nicht für den Teil der Kosten gilt, der durch die mit Schriftsatz vom 20. Februar 1957 erhobene Widerklage (Streitwert 57.290,99 DM) entstanden ist. Diese Kosten hat es gesondert der Beklagten zu 2) auferlegt.

Mit ihren Revisionen verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revisionen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus, wegen der besonderen Eigenart des Schadensfalles sei eine exakte Feststellung der Schadenshöhe nicht möglich. Es müsse daher von der durch § 287 ZPO gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, den Schaden zu schätzen.

1. Die Revision rügt dieses Vorgehen des Berufungsgerichts zu Unrecht.

Nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, wenn die Höhe eines Schadens streitig ist. Die Vorschrift ist bei der Ermittlung der Schadenshöhe stets anzuwenden, es sei denn, daß es an allen Unterlagen fehlt und damit eine Schätzung mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft schweben würde. Die Bestimmung des § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO dient dem Zweck, dem Geschädigten den Nachweis seines Schadens zu erleichtern. An die Stelle der sonst erforderlichen Einzelbegründung tritt das freie Ermessen des Gerichts, das dieses unter Würdigung aller Umstände auszuüben hat (u.a. BGH LM Nr. 3 zu § 287 ZPO; VII ZR 58/60 vom 17.4.1961). Die Anwendbarkeit des § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist nicht davon abhängig, daß die Führung des vollen Beweises gemäß § 286 ZPO von vornherein nicht möglich ist. Der Geschädigte hat gegenüber dem Schädiger auch nicht etwa die Verpflichtung, die Voraussetzungen für einen Schadensnachweis

über § 286 ZPO zu erhalten. Wenn er den vollen Beweis für den Schaden nicht führen kann, kann das auch zu seinen Lasten gehen, denn dann unterliegt die Entscheidung über die Schadenshöhe dem freien gerichtlichen Ermessen.

Die Anwendbarkeit des § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist daher hier nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger die Buchhaltungs-Bilanz- und Lagerunterlagen nicht mehr vorlegen konnte, da er diese bereits vernichtet hatte, bevor sie im Betragsverfahren von ihm angefordert wurden. Wenn er sich dadurch in eine verschuldete Beweisnot gebracht hat, so kann sich das nur dahin auswirken, daß dadurch bedingte Unklarheiten zu seinen Lasten gehen (BGH VII ZR 32/60 vom 29. Juni 1961 in Betr. 1961, 1065). Das Fehlen dieser Unterlagen hat das Berufungsgericht denn auch im Rahmen der von ihm vorgenommenen Ermittlung des Schadens zu seinen Ungunsten gewertet (BU 19, 22).

Es ist zudem eine verfehlte Unterstellung der Revision, daß bei Vorhandensein dieser vom Kläger vernichteten Unterlagen der Schaden exakt hätte ermittelt werden können, denn die Parteien streiten gerade auch darüber, ob alle von dem Kläger in die Garage gebrachten Waren schon vom Wassereinbruch betroffen worden waren oder ob ein Teil der Waren trocken zu durchfeuchteten hinzugestellt oder vorsätzlich durchnäßt worden ist. Dazu könnte sich aber aus den Unterlagen nichts ergeben.

2. Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nach § 287 ZPO ist für das Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfbar, nämlich nur darauf, ob das Berufungsgericht grundsätzlich falsche oder offenbar unsachliche Erwägungen angestellt oder wesentliche Tatsachen außer acht gelassen hat (u.a. BGHZ 3, 162, 175-176; 6, 62, 53; 39, 198, 219).

Derartige Rechtsfehler liegen hier nicht vor. Die insoweit erhobenen Verfahrensrügen sind nicht begründet.

II.

1. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht darin kein Mitverschulden des Klägers gesehen, daß er Gegenstände direkt auf dem Kellerfußboden - und nicht in den Regalen - gelagert hatte, geht fehl.

a) Mit dem Vorbringen des Architekten He[REDACTED], er habe den Kläger schon früher anlässlich eines Heizungsrohrbruchs darauf aufmerksam gemacht, daß in Anbetracht der zahlreichen Wasserleitungs- und Heizungsrohre im Keller die Gefahr eines Wassereinbruchs bestehe und deshalb keine Waren auf dem Kellerfußboden gelagert werden sollten, hatte sich der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 22. November 1956 auseinandergesetzt. Zwar in erster Linie unter dem Gesichtspunkt, daß es dem Erlaß eines Grundurteils nicht entgegenstand. Er hatte aber auch die Auffassung des Berufungsgerichts gebilligt, daß die Ursache des nunmehr entstandenen Schadens eine ganz andere ist und daß der Kläger auf

Grund der damaligen Erfahrung nicht mit dem von dem Architekten He[REDACTED] zu vertretenden Wassereinbruch rechnen mußte.

b) Es kann dahinstehen, ob damit nicht bereits über die Frage des Mitverschuldens, soweit es die Lagerung der Waren auf dem Kellerfußboden betrifft, mit bindender Wirkung entschieden ist. Jedenfalls enthalten die Ausführungen des Berufungsgerichts (BU 28, 29) keinen Rechtsfehler. Es hat - entgegen der Meinung der Revision - den Begriff des Verschuldens nicht verkannt. Dazu gehört zwar nicht, daß ein Geschehensablauf in allen Einzelheiten voraussehbar ist. Das nimmt aber auch das Berufungsgericht nicht an. Für die Beurteilung der Voraussehbarkeit kommt es darauf an, was im Einzelfall tatsächlich eingetreten ist. Es ist nur der konkrete, nicht der abstrakte Erfolg, nicht das, was möglicherweise hätte eintreten können, sondern nur das, was wirklich eingetreten ist, der Beurteilung des Kausalitätsverlaufes und seiner Voraussehbarkeit zu Grunde zu legen. Diese Auffassung ergibt sich gerade auch aus den von der Revision angeführten strafrechtlichen Entscheidungen (RGSt 29, 218, 220; BGHSt 12, 75, 77). Das bedeutet, daß dem Kläger ein mitwirkendes Verschulden aus der Art der Lagerung nur dann vorgeworfen werden könnte, wenn er gewußt hätte oder hätte wissen müssen, daß die Öffnung im Kanalrohr nicht fehlerfrei verschlossen und deshalb bei Rückstau mit einem Wassereinbruch zu rechnen war. Das ist aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall. Bedeutungslos sind etwaige frühere Wasserschäden im Keller des Klägers, die andere Ursachen gehabt haben, als der Schaden vom 23. Juni 1953.

2. Auch soweit das Berufungsgericht im Übrigen ein dem Kläger anrechenbares mitwirkendes Verschulden verneint hat (BU 29-34), ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das wird auch von der Revision nicht angegriffen.

III.

Das angefochtene Urteil bedarf jedoch der Abänderung, soweit es über die Kosten des ersten Rechtszuges entschieden hat.

1. Die am 20. Februar 1957 erhobene erweiterte negative Feststellungswiderklage (Streitwert 57.290,99 DM) war im Termin vom 14. November 1958 übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt worden. Die durch diese Widerklage entstandenen Kosten hat das Berufungsgericht im Rahmen seiner Entscheidung über die Kosten des ersten Rechtszuges in entsprechender Anwendung der Bestimmung des § 91a ZPO der Beklagten zu 2) auferlegt.

Die Kostenentscheidung mußte auch insoweit - wie geschehen - durch Urteil ergehen (vgl. Stein-Jonas, 19. Aufl. § 91 a ZPO, Anm. II 3 d). Sie unterliegt auch der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Die Revision ist - entgegen der Meinung des Klägers - insoweit nicht als unzulässig anzusehen.

Das Revisionsgericht hat die Kostenentscheidung auf ihre Zulässigkeit von Amts wegen (§ 308 Abs. 2 ZPO) zu überprüfen und gegebenenfalls abzuändern. Das gilt hier

auch für den Teil der Kostenentscheidung, der auf § 91 a ZPO beruht. Sie mußte nämlich untrennbar mit der über die gesamten Kosten des ersten Rechtszuges verbunden sein. Das Berufungsgericht durfte die durch die erweiterte negative Feststellungswiderklage erwachsenen Kosten der Beklagten zu 2) nicht gesondert auferlegen, da sich bei einer solchen Kostenentscheidung die rechnerische Verteilung der Kosten auf die Beteiligten (Kläger und die beiden Beklagten) nicht ergibt (Stein-Jonas, aaO § 92 ZPO, Anm. II 1; BGHZ 19, 173, 176).

Es liegt demnach eine besondere Fallgestaltung vor. Daher steht die Entscheidung des BGH in LM Nr. 9 zu § 567 ZPO, die einen anders gelagerten Sachverhalt betrifft, der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen.

2. Das Berufungsgericht hat für die erweiterte negative Feststellungswiderklage das Vorliegen eines Feststellungsinteresses verneint. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der Kläger hatte in dem Schriftsatz vom 20.10.1953 (HA I 49, 50) sich lediglich vorbehalten gehabt, sein bedingtes Zugeständnis (Reduzierung des errechneten Schadensbetrages von 230.987,86 DM auf den von den Zeugen M[] und Sch[] festgestellten Schadensbetrag von 173.696,27 DM) zu widerrufen. Er hatte das aber nicht getan und war auf diesen höheren Schadensbetrag auch nicht wieder zurückgekommen. Bei dieser Sachlage kann die vom Berufungsgericht nach billigem Ermessen zu treffende und nur beschränkt nachprüfbare Kostenentscheidung (BGH LM Nr. 1 zu § 91 a ZPO; WM 1959, 432, 434; VII ZR 28/61 vom

12. Juli 1962 insoweit in BGHZ 37, 363 nicht abgedruckt), daß die Beklagte zu 2) diese Kosten treffen müsse, nicht beanstandet werden.

3. Die Kosten dieser erweiterten negativen Feststellungswiderklage sind jedoch quotenmäßig unter Berücksichtigung der Beteiligung der Parteien an dem Streitwert des ersten Rechtszuges und der durch diese Widerklage angefallenen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten bei den Kosten des ersten Rechtszuges zu berücksichtigen. Daraus ergibt sich die aus diesem Urteil des Senats ersichtliche Kostenentscheidung für den ersten Rechtszug.

Im übrigen ist die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden.

V.

Die Revisionen der Beklagten sind nach alledem mit der sich aus dem Tenor ergebenden Abänderung der Entscheidung über Kosten des ersten Rechtszuges zurückzuweisen.

Die Beklagten haben die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen (§ 97 ZPO).

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Finke

Schmidt