

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**

Versäumnis-

VII ZR 293/64**URTEIL**

Verkündet am

15. Dezember 1966
Jodas,
Justizangestellterals Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rentners Max B [REDACTED], K[REDACTED]-R[REDACTED],
K[REDACTED] Straße [REDACTED],Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Ernst T [REDACTED] jun.,
K[REDACTED]-V[REDACTED], A [REDACTED] Straße [REDACTED],Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten. -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 15. Oktober 1964 aufgehoben.

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

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat an dem in den Jahren 1959/60 errichteten Wohnhaus des Rechtsanwalts Dr. P. [REDACTED] in Ro. [REDACTED] -H. [REDACTED] die Maurer- und Verputzarbeiten ausgeführt. Mit dem Verfügen der von ihm an den Giebelseiten angebrachten Klinker beauftragte der Kläger den Beklagten.

Als später Feuchtigkeit in die Giebelwände drang, ergab ein von Dr. P. [REDACTED] eingeholtes Gutachten als Ursache, daß sowohl der vom Kläger verarbeitete Maurermörtel als auch der vom Beklagten verwendete Fugemörtel von minderer Qualität waren.

- 3 -

In der schriftlichen Erklärung vom 10. Mai 1961 verpflichtete sich der Kläger gegenüber Dr. P. [REDACTED], die Giebelseiten nochmals zu verfugen und von den Kosten des Gutachtens 150 DM zu erstatten. Der Beklagte seinerseits übernahm dem Kläger gegenüber die Verpflichtung, ihn aus vorgenannter Haftung freizustellen. Demgemäß verfügte der Beklagte nochmals die Klinker.

Da weiterhin Wasser in die Giebelwand eindrang, verklagte Dr. P. [REDACTED] den Kläger auf Schadensersatz wegen Minderwerts des Hauses, Gutachterkosten, Isolierung der Giebelwände, Schäden an den Klinkern, Reinigung der Regenrinne und notwendig gewordener Anstreicherarbeiten. Der Kläger erhob Widerklage auf Zahlung seines Werklohns.

Der Kläger verkündete in jenem Rechtsstreit dem Beklagten und dem Architekten E. [REDACTED] den Streit; keiner von ihnen trat dem Rechtsstreit bei.

Das Landgericht erließ am 14. Mai 1963 ein Teilurteil, in dem es für erwiesen hielt, daß der vom Beklagten zum Verfugen der Klinker verwandte Mörtel ungeeignet war. Es gab der Klage des Dr. P. [REDACTED] teilweise statt. Am 11. Juli 1963 legte der Kläger gegen das Teilurteil Berufung ein. Gleichzeitig wurde das Verfahren beim Landgericht wegen des Restes der Klage und der Widerklage fortgeführt. Am 25. Juli 1963 schlossen Dr. P. [REDACTED] und der Kläger vor dem Landgericht einen Vergleich, in dem sich der Kläger verpflichtete, zum Ausgleich sämtlicher gegenseitiger Ansprüche, die Gegenstand des Rechtsstreits waren, an Dr. P. [REDACTED] 4.000 DM nebst Zinsen zu zahlen. Zugleich verpflichtete sich der Kläger darin, seine Berufung gegen das Teilurteil zurückzunehmen. Dem ist er auch nachgekommen.

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



44

Im jetzt anhängigen Rechtsstreit hat der Kläger vom Beklagten und dem Architekten B. [REDACTED] Erstattung der durch das Teilurteil vom 14. Mai 1963 Dr. P. [REDACTED] zuerkannten Beträge verlangt. Das Landgericht hat die Klage gegen den Architekten B. [REDACTED] abgewiesen und den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 7.187,30 DM nebst Zinsen verurteilt. Es hat sich auf Grund der Streitverkündung des Klägers an den Beklagten an die im Teilurteil des Vorprozesses getroffene Feststellung, daß ausschließlich der Beklagte für die der Schadensersatzforderung des Dr. P. [REDACTED] zugrunde liegenden Schäden verantwortlich sei, gebunden gehalten. Das Oberlandesgericht hat mit gleicher Begründung die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger war zur mündlichen Verhandlung form- und fristgerecht geladen, darin aber nicht vertreten. Der Beklagte hat beantragt, seiner Revision durch Versäumnisurteil stattzugeben.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Dem Antrag des Revisionsklägers auf Erlass eines Versäumnisurteils ist daher zu entsprechen (§§ 557, 331 Abs. 1 u. 2 ZPO).

Die sich aus § 74 Abs. 3 in Verbindung mit § 68 ZPO ergebende Wirkung der Streitverkündung - gleichviel ob der Streitverkündungsgegner dem Rechtsstreit beitrifft oder nicht - setzt voraus, daß der Rechtsstreit durch Urteil entschieden worden ist. Das ergibt der Wortlaut des § 68 ZPO.

Danach wird derjenige, dem der Streit verkündet worden ist, im Verhältnis zu dem, der ihm den Streit verkündet hat, nicht mit der Behauptung gehört, der Rechtsstreit sei, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig "entschieden" worden. Wird über den Klaganspruch nicht sachlich entschieden, sondern der Rechtsstreit verglichen, so können demnach gegen den Streitverkündungsgegner die Vorschriften des § 68 ZPO nicht angewendet werden. Es liegt dann keine "Entscheidung" vor. Mangels einer solchen sind auch keine tatsächlichen oder rechtlichen Feststellungen getroffen (BGHZ 8, 72, 82; 36, 212, 215), die der Streitverkündungsgegner gegen sich gelten lassen müßte.

Der Rechtsstreit des Dr. P. [REDACTED] gegen den Kläger ist nicht durch Urteil entschieden, sondern durch den Vergleich vom 25. Juli 1963 erledigt worden. Das am 12. Juni 1963 zugestellte Teilurteil vom 14. Mai 1963 war noch nicht rechtskräftig geworden, sondern der Kläger hatte es am 11. Juli 1963 mit der Berufung angefochten. Es ist auch nicht etwa rechtskräftig geworden, weil der Kläger die Berufung zurückgenommen hat. Es ist vielmehr, ohne rechtskräftig geworden zu sein, vorher im Prozeßvergleich vom 25. Juli 1963 aufgegangen. Für den vorliegenden Rechtsstreit der Parteien bestehen somit keine gemäß der erweiterten Rechtskraftwirkung des § 68 ZPO im Vorprozeß wirksam und bindend festgestellte Tatsachen und Entscheidungsgründe (RGZ 159, 86, 88; BGH VI ZR 86/57 vom 22. April 1958 in VersR 1958, 762). Da das Urteil des Berufungsgerichts, dem landgerichtlichen Urteil folgend, sich ausschließlich auf § 68 ZPO stützt, muß es aufgehoben und die Sache zur neuen

Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke