

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 51/94

vom

17. November 1994

in dem Rechtsstreit

Herbert K [REDACTED], C [REDACTED]-Z [REDACTED]-Straße [REDACTED], M [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

gegen

Firma E [REDACTED] K [REDACTED]gesellschaft für E [REDACTED]- und W [REDACTED],
Dr. Hanns M [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch den Geschäfts-
führer Dr. Hanns M [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
am 17. November 1994
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter
Bliesener, Prof. Quack, Prof. Dr. Thode und Dr. Wiebel
beschlossen:

Der Wert der Beschwer des Klägers wird auf über
60.000 DM festgesetzt.

- 3 -

Gründe:

I.

Der klagende Eigentümer zweier Wohnungen hat vor dem Landgericht beantragt, die beklagte Wohnungsbaufirma zu verurteilen, zwei näher bezeichnete größere Fenster anstelle vorhandener kleinerer in seine Wohnungen einzubauen. Hilfsweise hierzu hat er Zahlung von 60.000 DM unter dem Gesichtspunkt "des Schadensersatzes beziehungsweise der Minderung" begehrt. Darüber hinaus hat der Kläger unter anderem beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 4.960 DM für entgangene Mieten zu verurteilen.

Das Landgericht hat dem ersten Hauptantrag (Fenstereinbau) stattgegeben und dementsprechend über den Hilfsantrag nicht entschieden. Außerdem hat es die 4.960 DM als Verzugsschaden zugesprochen.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen. In den Gründen ist ausgeführt, Verzug sei nicht gegeben, so daß ein Verzugsschaden nicht geltend gemacht werden könne. Für die beiden umstrittenen Fenster könne Nachbesserung gemäß § 633 Abs. 2 BGB nicht verlangt werden, weil die Fenster den vertraglichen Vereinbarungen entsprächen. Den Wert der Beschwer des Klägers hat das Oberlandesgericht auf unter 60.000 DM festgesetzt.



Der Kläger beantragt zunächst, den Wert der Beschwer auf mehr als 60.000 DM festzusetzen.

II.

Der Wert der Beschwer des Klägers übersteigt 60.000 DM.

Das Berufungsgericht hatte auch über den Hilfsantrag des Klägers zu befinden. Die Berufung eines Beklagten läßt den Hilfsantrag eines Klägers ohne weiteres, auch ohne Anschlußberufung des Klägers, beim Berufungsrechtszug anfallen, wenn der Kläger in der Vorinstanz einen Hauptantrag und einen Hilfsantrag gestellt hat und dem Hauptantrag stattgegeben worden ist (BGH Urteil vom 29. Januar 1964 - V ZR 23/63 = BGHZ 41, 38, 39; st. Rspr.). So war es im vorliegenden Fall.

Das Berufungsgericht hat den Hilfsantrag nicht ausdrücklich erwähnt. Seinem Urteil ist jedoch zu entnehmen, daß auch über den Hilfsantrag entschieden worden ist. Das Berufungsgericht hat kein Teilurteil erlassen, sondern die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Das konnte nur unter Abweisung auch des Hilfsantrags geschehen. In der Sache ist mit der Feststellung, die vorhandenen kleineren Fenster entsprächen den vertraglichen Vereinbarungen, zugleich auch entschieden, daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Minderung nicht in Betracht kommen, so daß dem hierauf gestützten hilfsweise angebrachten Zahlungsantrag der Erfolg versagt bleiben mußte.

- 5 -

Die Ablehnung des Zahlungsantrages über 4.960 DM sowie auch des Hilfsantrages über 60.000 DM ergeben eine die Revisionssumme übersteigende Beschwer.

Lang

Bliesener

Quack

Thode

Wiebel
