



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XII ZR 182/98

vom

24. Oktober 2001

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. Oktober 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Hahne, Weber-Monecke, Prof. Dr. Wagenitz und Dr. Ahlt

beschlossen:

Das Urteil des 11. Zivilsenats und Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 10. Februar 1998 beschwert die Beklagten mit mehr als 60.000 DM.

Gründe:

Die Beschwer der Beklagten durch das angefochtene Urteil übersteigt 60.000 DM.

1. Die Beklagten sind zum einen durch Verurteilung zur Zahlung von 6.000 DM und die vergeblich zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen mit einem Gesamtbetrag in Höhe von 24.000 DM beschwert.

Hat die beklagte Partei hilfsweise die Aufrechnung gegen die (streitige) Klageforderung erklärt, umfaßt die Beschwer aus einer Verurteilung außer der Klageforderung auch die (vergeblich) zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung in Höhe der Verurteilung, weil bei Rechtskraft des Berufungsurteils das vom Berufungsgericht angenommene Nichtbestehen der Gegenforderung nach § 322 Abs. 2 ZPO rechtskräftig festgestellt wäre und die Gegenforderung in dieser Höhe nicht mehr geltend gemacht werden könnte. Klageforderung und vorsorglich zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung sind daher in Höhe des

zuerkannten Betrages zusammenzurechnen (st.Rspr. des BGH, vgl. nur BGHZ 48, 212, 213 m.w.N.; BGH, Beschluß vom 16. April 1996 - XI ZR 302/95 - NJW-RR 1996, 828, 829).

a) Das Berufungsgericht hat die in erster Linie von den Beklagten zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung wegen unterlassener Reinigungs- bzw. Ausbesserungsarbeiten in Gesamthöhe von 7.625 DM (1.300 DM für Reinigungsarbeiten an den Fliesen; 6.325 DM für das Ausbessern der Fliesenfugen; siehe Schriftsatz der Beklagten vom 10. Dezember 1996) für nicht bestehend erachtet. Dabei ist es insoweit unzutreffend von einer Primäraufrechnung ausgegangen, wie sich aus der Zusammenstellung des festgesetzten Streitwerts ergibt. Die Beklagten haben aber das Bestehen der Klageforderung in Abrede gestellt, indem sie die Aktivlegitimation des Klägers zu 1 bestritten haben. Mit hin handelt es sich auch insoweit um eine Hilfsaufrechnung (in Höhe von 7.625 DM), die die Beschwer zusätzlich zur Verurteilungssumme (um weitere 6.000 DM) erhöht.

b) Die Beklagten haben ferner die Hilfsaufrechnung mit einem Mietzinsausfallschaden für die Zeit vom 1. Juli 1996 bis 31. Dezember 1996 (6 x 3.000 DM) in Gesamthöhe von 18.000 DM erklärt. Das Berufungsgericht hat das Bestehen dieser Forderung verneint. Somit sind die Beklagten mit weiteren 6.000 DM beschwert.

c) Schließlich haben die Beklagten eine Schadensersatzforderung wegen Nichtdurchführung geschuldeter Umbauarbeiten in Höhe von 30.000 DM geltend gemacht und hiermit höchst vorsorglich die Aufrechnung gegen die Klageforderung erklärt. Das Berufungsgericht hat auch diesen Anspruch verneint, was die Beschwer der Beklagten um weitere 6.000 DM erhöht.

2. Durch die Abweisung ihrer Widerklage (Feststellungsklage) im angefochtenen Berufungsurteil sind die Beklagten zum anderen in Höhe von 63.900 DM beschwert.

Das Berufungsgericht hat die Festsetzung der Beschwer nicht begründet. Bei der insoweit vorgenommenen Bewertung hat es ersichtlich nicht hinreichend berücksichtigt, daß die Beklagten die ihrem Feststellungsbegehren zugrunde liegenden Forderungen in der Widerklagebegründung beziffert haben. Die von den Beklagten genannten Beträge waren - wie auch bei einer entsprechenden Leistungsklage - der Wertberechnung zugrunde zu legen (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 22. Aufl., § 3 Rdn. 16 "Schadensersatz").

Die Beschwer der Feststellungswiderklage errechnet sich danach wie folgt (jeweils unter Berücksichtigung der Aufrechnung gegen die Klageforderung):

- unterlassenes Reinigen der Fliesen und Ausbessern der Fliesenfugen	1.625 DM	(7.625 DM - 6.000 DM)
- Mietausfallschaden	54.250 DM	(60.250 DM - 6.000 DM)
- nichtdurchgeführte Umbauarbeiten	24.000 DM	(30.000 DM - 6.000 DM)
- Zwischensumme	79.875 DM	
- abzüglich eines Abschlags von 20 % (vgl. BGH, Beschluß vom 15. Januar 1997 - VIII ZR 303/96 - BGHR ZPO § 546 Abs. 1, Beschwer 7)	<u>- 15.975 DM</u>	
- gesamt	63.900 DM	

3. Die Beschwer der Beklagten durch das angefochtene Urteil beträgt somit insgesamt (24.000 DM, siehe oben zu 1., + 63.900 DM, siehe oben zu 2. =) 87.900 DM.

Blumenröhr

Hahne

Weber-Monecke

Wagenitz

Ahlt