BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 293/07

Verkündet am:
10. Juli 2008
F r e i t a g
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 2008 durch den Vorsitzenden Richter Schlick sowie die Richter Dr. Wurm, Dr. Herrmann, Wöstmann und Hucke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 15. November 2007 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Kläger und M. F. , der Bruder der Klägerin zu 1, schlossen mit der Firma HFV , Inhaber G. B. (im Folgenden: Fa. HFV), am 15. April 2002 gesonderte Verträge über die Errichtung zweier Doppelhaushälften. Nach Beginn der Bauarbeiten trafen die jeweiligen Bauvertragsparteien am 9. Juni 2002 eine weitere, von der Fa. HFV vorformulierte Vereinbarung über eine „Sicherheitsleistung nach § 648a BGB“. Als praktikabelste und von der Fa. HFV bevorzugte Form der Sicherheitsleistung war "die Abwicklung des gesamten Zahlungsverkehrs durch einen Notar (Notaranderkonto)" vorgesehen. Weiter heißt es in der Vereinbarung: "Für Ihr Bauvorhaben haben wir (= Fa. HFV) schon vorsorglich Herrn RA / Notar M.

F. (= der Beklagte) … vorgemerkt und benachrichtigt". Der Beklagte wurde von den Klägern und dem Bruder der Klägerin zu 1 in jeweils getrennten Schreiben ohne Datum angewiesen, einzelne Teilbeträge an die Fa. HFV auszukehren, "sobald die Durchführung der Gewerke durch entsprechenden Baustandsbericht unseres Bauleiters T. W. bestätigt ist". In seiner Anweisung hatte M. F. zunächst handschriftlich hinzugefügt: "Nach vorheriger Absprache". Auf diesen Zusatz verzichtete er später. Nachdem der Zeuge W. trotz bestehender Mängel die Fertigstellung der von ihm selbst als Subunternehmer der Fa. HFV hergestellten Fundamente angezeigt hatte, kehrte der Beklagte Anfang Juli 2002 die in den Verwahrungsanweisungen für diesen Bautenstand bestimmten Raten in Höhe von 8.589 € (Bauvorhaben der Kläger) und 8.225 € (Bauvorhaben des M. F.) aus. Zu einer Errichtung der Häuser kam es letztlich nicht, weil die Bauherren den Rücktritt von den jeweiligen Verträgen mit der Fa. HFV erklärten. Durch inzwischen rechtskräftige Urteile des Landgerichts Flensburg vom 29. Januar 2004 und 26. November 2004 wurden die Fa. HFV sowie ihre Rechtsnachfolgerin, die HFV GmbH , unter anderem zur Rückzahlung der von dem Beklagten ausgekehrten Beträge an die Kläger und den Bruder der Klägerin zu 1 verurteilt. Aufgrund dieser Prozesse und der anschließenden - jeweils erfolglosen - Zwangsvollstreckungsmaßnahmen entstanden insgesamt Kosten in Höhe von 5.296,15 €. Die Kläger werfen dem Beklagten eine Amtspflichtverletzung im Zusammenhang mit der von ihm angenommenen Verwahrungsanweisung vor und nehmen nunmehr ihn auf Erstattung des nach Bestätigung der Fertigstellung des Fundaments an die Fa. HFV für ihr Bauvorhaben ausgezahlten Betrags in Anspruch, während sie ihre Forderung auf Erstattung der ihnen entstandenen Prozesskosten an den Bruder der Klägerin zu 1 abgetreten haben.

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

2 Das Landgericht hat den Beklagten durch Urteil vom 31. Oktober 2006 bis auf einen Teil der Zinsen antragsgemäß verurteilt und auf seinen Antrag hin wegen des von ihm geltend gemachten, im Urteil aber unberücksichtigt gelassenen Zurückbehaltungsrechts bezüglich eines Anspruches auf anteilige Abtretung titulierter Forderungen der Kläger gegen die Fa. HFV und die HFV GmbH, eine entsprechende Tatbestandsberichtigung vorgenommen. Seinen Antrag, den Urteilsausspruch um eine Zug-um-Zug-Verurteilung zu ergänzen, hat es in einem weiteren Urteil vom 14. Dezember 2006 zurückgewiesen und ihm auch insoweit die Kosten auferlegt. Auf die Berufung des Beklagten gegen beide Entscheidungen hat das Berufungsgericht die geforderte Zug-um-Zug-Einschränkung in den Tenor aufgenommen, im Übrigen die Rechtsmittel jedoch zurückgewiesen.

3 Gegen dieses, beide Berufungen bescheidende Urteil richtet sich die darin zugelassene Revision, mit der der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag sowie seinen Antrag auf Abänderung der Kostenentscheidung im Urteil vom 14. Dezember 2006 weiter verfolgt.

Entscheidungsgründe

4 Die zulässige Revision ist nicht begründet.

I.

5 Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, der Beklagte habe amtspflichtwidrig und schuldhaft einen Schaden der Kläger verursacht, weil er

es unterlassen habe, die Neutralität und Eignung der ihm genannten, mit der Bestätigung der jeweiligen Bautenstände beauftragten Person zu überprüfen. Damit habe er seine Pflicht, nur eine dem Sicherungsinteresse aller am Verwahrungsgeschäft Beteiligten genügende Treuhandanweisung anzunehmen, verletzt. Diese Amtspflichtverletzung bei Übernahme und Abwicklung der Treuhandaufträge sei für den geltend gemachten Schaden der Kläger ursächlich gewesen. Zu deren Gunsten gelte die Vermutung des aufklärungs- und beratungsgerechten Verhaltens, die der Beklagte nicht widerlegt habe; es sei deshalb anzunehmen, dass bei pflichtgemäßer Vorgehensweise ein Schaden nicht eingetreten wäre. Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens der Kläger komme nicht in Betracht, der Beklagte habe keinen Beweis für seine Behauptung erbracht, bei dem Gespräch am 24. Juni 2006 mit ihnen und dem Bruder der Klägerin zu 1 nicht über bestehende Mängel informiert worden zu sein. Seine Berufung gegen das Urteil des Landgerichts vom 14. Dezember 2002 sei unzulässig, weil lediglich die darin enthaltene Kostenentscheidung, nicht aber die Entscheidung in der Hauptsache angegriffen worden sei.

II.

6 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand. Den Klägern steht gegen den Beklagten nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO ein Schadenersatzanspruch zu, der nicht durch ein Mitverschulden gemindert ist.

7 1. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, der Beklagte habe zumindest gegen die aus § 54a Abs. 3 BeurkG folgende Amtspflicht verstoßen, nur eine dem Sicherungsinteresse aller am Verwahrungsgeschäft beteiligten

Personen gerecht werdende Treuhandanweisung anzunehmen. Er hat es versäumt, die Kläger im Zusammenhang mit der von ihnen zu erteilenden Verwahrungsanweisung auf die Risiken der Einschaltung eines möglicherweise nicht neutralen Dritten für die Bestätigung des jeweiligen Bautenstandes und damit der Auszahlungsvoraussetzungen hinzuweisen und nachzufragen, ob die Kläger sich ausreichend Gewissheit über die benannte Person, deren Stellung und Neutralität verschafft haben.

8 a) Hat der Notar eine Verwahrungsanweisung - wie hier - ausnahmsweise nicht selbst entworfen, muss er prüfen, ob das von den Beteiligten Gewünschte den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Anderenfalls muss er zuvor auf die in einer unsachgemäßen Anweisung liegenden Gefahren aufmerksam machen und gegebenenfalls eine sichere Gestaltung vorschlagen (vgl. Hertel, in: Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 54a BeurkG, Rn. 41). Er hat vor allem zu untersuchen, ob der Inhalt des Treuhandauftrages sowohl den Bedürfnissen einer korrekten Geschäftsabwicklung als auch dem Sicherungsinteresse der an dem Verwahrungsgeschäft Beteiligten genügt (vgl. Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 6. Aufl. 2008, § 23 Rn. 57), gegebenenfalls muss er aktiv auf den Inhalt Einfluss nehmen (vgl. Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 54a, Rn. 83). Den Notar treffen bei der Verwahrung dieselben Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO wie bei der Beurkundung; § 54a Abs. 3 BeurkG stellt für das Verwahrungsverfahren eine Konkretisierung beziehungsweise Parallelnorm zu § 17 BeurkG und den darin normierten Prüfungs- und Belehrungspflichten dar (vgl. Hertel, aaO, Rn. 39, 42). Zudem ist gerade im Hinblick auf die Sicherungsinteressen der an dem Verwahrungsgeschäft Beteiligten zu bedenken, dass sie möglicherweise entscheidende Gesichtspunkte nicht erkennen oder falsch verstehen. Lässt sich ein mangelndes oder unzutreffendes Verständnis und eine unzutreffende Erfas-

sung des Sachverhalts oder des Willens der Beteiligten nicht ausschließen, muss der Notar entsprechende Fragen stellen (BGH, Urteil vom 16. November 1995 - IX ZR 14/95 - NJW 1995, 524, 525; vgl. auch Senatsbeschluss vom 2. Oktober 2007 - III ZR 13/07 - NJW 2007, 3566, 3567 und Senatsurteil vom 24. April 2008 - III ZR 223/06 - DB 2008, 1316, 1317; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rn. 466, 468). Bei Bauträgerverträgen, die dem Anwendungsbereich der Makler- und Bauträgerverordnung unterliegen, ist unbeschadet der Frage, ob hier eine Abwicklung der einzelnen Raten über ein Notaranderkonto überhaupt sachgerecht ist (vgl. dazu: Bischoff, in: Grziwotz, MaBV, § 3 Rn. 20; Brambring DNotZ 1990, 615, 620), darauf hinzuwirken, dass der Baufortschritt nicht nur von dem bauleitenden Architekten, sondern von einer unabhängigen Vertrauensperson, die kein eigenes Interesse an der Auszahlung haben kann, zu bestätigen ist oder Auszahlungen von der Zustimmung der Erwerber abhängig gemacht werden (vgl. Sandkühler, aaO, § 23, Rn. 71; Hertel, aaO, Rn. 25; Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2004, § 54a BeurkG, Rn. 87). Auch bei der vorliegenden Zahlungsanweisung, die in Anlehnung an § 3 MaBV Ratenzahlungen nach Baufortschritt vorsieht, hatte sich der Beklagte zu vergewissern, dass sich die Beteiligten über die Person des die Auszahlungsvoraussetzungen Bestätigenden ausreichend im Klaren sind. Zwar musste er nicht von sich aus eine eigene Neutralitätsprüfung vornehmen. Jedoch war eine Befragung der Beteiligten erforderlich, um ihnen etwaige Risiken aufzuzeigen.

9 b) Diesen Anforderungen hat der Beklagte nicht genügt. Nach dem Maßstab eines erfahrenen, pflichtbewussten und gewissenhaften Durchschnittsnotars (Sandkühler, aaO, § 19 Rn. 108) hätte er die Frage der Neutralität der benannten Person ansprechen müssen. Auch wenn ihm der Zeuge W. und der Umstand, dass dieser von der Fa. HFV vorgeschlagen worden ist, nicht be-

kannt gewesen sind, ändert dies nichts an seiner Verpflichtung zu einer Thematisierung dieses für die Kläger maßgeblichen Gesichtspunktes. Insbesondere kann sich der Beklagte entgegen der Auffassung der Revision nicht darauf berufen, er habe davon ausgehen dürfen und sich darauf verlassen können, die Kläger hätten selbst geprüft, ob die benannte Person ihren Interessen entspreche. Zwar darf sich der Notar regelmäßig auf tatsächliche Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung verlassen (BGH, Urteile vom 19. Oktober 1995 - IX ZR 104/94 - WM 1996, 30, 31 und vom 11. März 1999 - IX ZR 260/97 - WM 1999, 1324, 1326; vgl. auch Senatsurteil vom 24. April 2008 aaO, S. 1317). Eine erkennbar regelungsbedürftige Frage - wie hier die Benennung einer neutralen Person für die Bestätigung des Bautenstandes - muss er aber ansprechen und darf nicht erwarten, dass die Beteiligten dies selbst erkennen und zur Erörterung stellen (vgl. auch BGH, Urteile vom 19. Oktober 1995, aaO, und vom 27. Oktober 1994 - IX ZR 12/94 - WM 1995, 118, 120; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 4. Aufl. 2003, § 17 Rn. 22). Soweit die Revision meint, es habe für den Beklagten kein Grund bestanden, an der Qualifikation des Zeugen W. als Bauleiter und seiner Neutralität zu zweifeln, ist dies unbeachtlich. Jedenfalls bei der vorliegenden Fallgestaltung konnte sich der Beklagte nicht sicher sein, dass eine Vertrauensperson aller Beteiligten benannt worden ist.

10 aa) Zunächst hatte der Bruder der Klägerin zu 1 in der von ihm erstellten Auszahlungsanweisung die Bestätigung durch diesen Zeugen erkennbar nicht ausreichen lassen wollen, sondern ausdrücklich handschriftlich hinzugefügt: "Nach vorheriger Absprache". Dies hätte den Beklagten dazu führen müssen nachzufragen, aus welchen Gründen eine derartige Einschränkung vorgenommen worden ist, um so sicher zustellen, dass auch die Kläger die mit der Beauftragung des Zeugen W. verbundenen Risiken zutreffend einschätzen konnten.

11 bb) Zudem musste der Beklagte damit rechnen, dass die Kläger lediglich einen Vorschlag der Fa. HFV übernommen hatten. Ist - wie im Streitfall - als maßgebliche Person für die Bestätigung des Eintritts einer Auszahlungsvoraussetzung der Bauleiter benannt, liegt bei einem Bauvorhaben der vorliegenden Art die Annahme nicht fern, dass dieser "dem Lager" des Bauunternehmens zuzurechnen ist. Das Berufungsgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, dass Bauherren nicht selten einen Mitarbeiter des beauftragten Bauunternehmens als Bauleiter akzeptieren und ihnen dabei das Bewusstsein für die damit verbundenen Risiken fehlt. Gerade deshalb wäre es Aufgabe des Beklagten gewesen, dies zu erörtern und sich nicht schlicht auf seine Sicht sowie darauf zu verlassen, die Beteiligten hätten ihre Sicherungsinteressen ausreichend überprüft. Entgegen der Auffassung der Revision durfte der Beklagte allein aus dem Umstand, dass in der - standardisierten - Verwahrungsanweisung von "unserem Bauleiter" die Rede ist, nicht ohne weiteres schließen, die Kläger hätten sich auf eigene Initiative hin unter Inkaufnahme zusätzlicher Kosten einen "unabhängigen" Bauleiter ausgesucht.

12 cc) Letztlich kann der Beklagte seine Sichtweise, auch die Interessen der Kläger seien ausreichend gewahrt und deshalb seien eine Erörterung und Nachfrage entbehrlich gewesen, nicht damit rechtfertigen, dass die finanzierende Bank hinsichtlich der Auszahlung des Darlehns die Bescheinigung des benannten verantwortlichen Bauleiters für ausreichend erachtet hatte.

13 2. Die damit vorliegende Amtspflichtverletzung des Beklagten ist auch ursächlich geworden für den von den Klägern nunmehr geltend gemachten Schaden. Die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu sind rechtlich unbedenklich.

14 a) Zur Beantwortung der Frage, welchen Schaden eine Amtspflichtverletzung zur Folge hat, ist in den Blick zu nehmen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der Notar die Pflichtverletzung nicht begangen hätte (BGHZ 96, 157, 171; BGH, Urteile vom 4. Juni 1992 - IX ZR 58/91 - WM 1992, 1497, 1500 und vom 2. Juli 1996 - IX ZR 299/95 - NJW 1996, 3009, 3010 sowie vom 22. Mai 2003 - IX ZR 159/01 - NJW-RR 2003, 1569, 1570). Die erforderliche Feststellung dieses Ursachenzusammenhanges gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität, so dass dem Geschädigten die Beweiserleichterung des § 287 Abs. 1 ZPO zugute kommt (BGH, Urteile vom 14. Mai 1992 - IX ZR 262/91 - WM 1992, 1533, 1538; vom 7. März 1996 - IX ZR 169/95 - NJW-RR 1996, 781 sowie vom 2. Juli 1996, aaO). Schuldet der Notar, wie hier, einen bestimmten Rat, Hinweis oder eine bestimmte Warnung, so spricht der erste Anschein dafür, dass die Beteiligten dem gefolgt wären (BGH, Urteile vom 19. Dezember 1991 - IX ZR 8/91 - WM 1992, 527, 528; vom 27. Oktober 1994 - IX ZR 12/94 - NJW 1995, 330, 332; vom 9. November 1995 - IX ZR 161/94 - WM 1996, 71, 73; vom 2. Juli 1996, aaO, sowie vom 4. Mai 2000 - IX ZR 142/99 - NJW-RR 2001, 201, 203 - vgl. für Verträge mit rechtlichen Beratern: BGH, Urteil vom 20. März 2008 - IX ZR 104/05 - WM 2008, 1042, 1043; Schramm, in: Schippel/Bracker, BNotO, 8. Aufl. 2006, § 19 Rn. 172). Voraussetzung dafür ist allerdings, dass bei ordnungsgemäßem Vorgehen nach der Lebenserfahrung lediglich ein bestimmtes Verhalten nahe gelegen hätte oder sämtliche vernünftigen Verhaltensmöglichkeiten identische Schadensbilder ergeben hätten (BGH, Urteil vom 29. September 2005 - IX ZR 104/01 - BGHReport 2006, 164, 165). Besteht dagegen nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht und bergen sämtliche gewisse Risiken in sich, ist für einen

Anscheinsbeweis kein Raum (vgl. BGHZ 123, 311, 315 ff; BGH, Urteil vom 4. Mai 2000, aaO, S. 204, und vom 29. November 2001 - IX ZR 278/00 - NJW 2002, 1117, 1120).

15 b) Eine derartige Fallgestaltung liegt jedoch nicht vor. Entgegen der Auffassung der Revision streitet vorliegend die Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens für die Kläger, die der Beklagte, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, nicht widerlegt hat. Es ist davon auszugehen, dass die Kläger bei pflichtgemäßem Hinweis auf die Neutralität des die Auszahlungsvoraussetzungen Bestätigenden und bei Aufwerfen der Frage nach der beauftragten Person vernünftigerweise die Verwahrungsanweisung nur mit einer entsprechenden Einschränkung, wie von dem Bruder der Klägerin zu 1 ursprünglich vorgesehen, erteilt oder auf der Benennung einer neutralen Person bestanden hätten. Zudem hätte der Beklagte auf entsprechende Nachfrage Kenntnis von der Stellung und der Tätigkeit des Zeugen W. für die Fa. HFV erhalten und auf eine andere Regelung hinwirken können und müssen. Dabei ist anzunehmen, dass sich die Fa. HFV der Benennung einer neutralen Person oder der von M. F. vorgesehenen Einschränkung redlicherweise nicht verschlossen hätte. Sie war an der Abwicklung des Zahlungsverkehrs über den Notar interessiert, und es ist nicht ersichtlich, dass sie etwa beabsichtigte, im Zusammenwirken mit dem Zeugen W. die ausgezahlten Beträge zu erschleichen.

16 c) Auch der Hinweis in der Revisionsbegründung, wonach im Hinblick auf die Vereinbarung zwischen den Klägern und der Fa. HFV für eine abweichende Bautenstandsbestätigung kein Raum gewesen sei, ist nicht zutreffend. Ein Verstoß gegen die Verwahrungsvereinbarung vom 9. Juni 2002 hätte mit der von dem Bruder der Klägerin zu 1 vorgesehenen Einschränkung oder der Benen-

nung einer anderen Person nicht vorgelegen, weil eine Festlegung auf den Zeugen W. darin nicht enthalten war. Dieser war lediglich in den (einseitigen) Zahlungsanweisungen der Kläger als verantwortlicher Bauleiter angegeben. Dagegen ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Vorschlag der Fa. HFV, den Zeugen W. zu benennen, dem die Kläger schlicht gefolgt sind, unabänderlich gewesen wäre. Somit wäre es bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten zu einer Verwahrungsanweisung gekommen, die dem Sicherungsinteresse auch der Kläger gerecht geworden und mit der eine Auszahlung nur bei ordnungsgemäßer Fertigstellung des Fundaments gewährleistet gewesen wäre. Davon, dass die Kläger auch bei gehöriger Erörterung der maßgeblichen Frage an der Person des Zeugen W. festgehalten hätten, kann, auch wenn dieser damals noch nicht in dem Ruf stand, unredlich zu sein, nicht ausgegangen werden. Weder im Berufungsverfahren noch mit der Revision hat der Beklagte Anhaltspunkte aufgezeigt, die eine derartige Annahme rechtfertigten. Insbesondere spricht nichts für die Ansicht der Revision nicht gefolgt werden, eine Ursächlichkeit sei schon deshalb zu verneinen, weil die Kläger und M. F. die Treuhandaufträge mit gleichem Inhalt nicht dem Beklagten, sondern einem Dritten erteilt hätten, der Zeuge W. stets eine unzutreffende Bestätigung vorgenommen hätte und so derselbe Schaden eingetreten wäre.

17 3. Das Berufungsgericht hat auch den Mitverschuldenseinwand des Beklagten mit Recht als nicht durchgreifend erachtet.

18 a) Der Beklagte hat sich darauf berufen, der geltend gemachte Schaden sei vorwerfbar dadurch mitverursacht worden, dass die Kläger sowie M. F. es versäumt hätten, den Beklagten auf Mängel des Fundaments hinzuweisen und den Zeugen W. anzuweisen, die Bestätigung nicht zu er-

teilen. Demgegenüber haben die Kläger behauptet, sie und der Bruder der Klägerin zu 1 hätten den Beklagten anlässlich der Besprechung am 24. Juni 2002 ausdrücklich auf diese Mängel aufmerksam gemacht. Bei dieser Sachlage ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht den Beklagten insoweit als beweisfällig angesehen hat.

19 Die von dem Beklagten, der ein Mitverschulden zu beweisen hat (vgl. BGH, Urteile vom 26. Mai 1994 - IX ZR 39/93 - NJW 1994, 3102, 3105 und vom 11. Januar 2007 - III ZR 116/06 - NJW 2007, 1063, 1064, Rn. 14), angebotene eigene Vernehmung als Partei kam nur nach Maßgabe des § 448 ZPO in Betracht.

20 a) Die Entscheidung über die Frage einer Parteivernehmung von Amts wegen ist in der Revisionsinstanz nur darauf überprüfbar, ob der Tatrichter die rechtlichen Voraussetzungen des § 448 ZPO verkannt oder das ihm eingeräumte Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat (BGH, Urteile vom 22. Mai 2001 - VI ZR 268/00 - NJW-RR 2001, 1431, 1432 und vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 176/02 - NJW-RR 2003, 1002, 1003). Erforderlich für die Anordnung einer Parteivernehmung von Amts wegen ist, dass (1) nach der tatrichterlichen Gesamtwürdigung eine gewisse, nicht notwendig hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung besteht, und (2) andere Erkenntnisquellen nicht zur Verfügung stehen, d.h., es muss mehr für als gegen sie sprechen, so dass bereits einiger Beweis erbracht ist (BGH, Urteile vom 5. Juli 1989 - VIII ZR 334/88 - NJW 1989, 3222, 3223; vom 25. März 1992 - IV ZR 54/91 - NJW-RR 1992, 920, 921; vom 2. Dezember 1997 - VI ZR 386/96 - NJW 1998, 814, 815, und vom 19. April 2002 - V ZR 90/01 - NJW 2002, 2247, 2249). Einzubeziehen ist dabei auch die Würdigung aller Beweisanzeichen (BGHZ 110,

363, 366) und die allgemeine Lebenserfahrung (BGH, Urteil vom 24. April 1991 - IV ZR 172/90 - NJW-RR 1991, 983, 984).

21 b) Gemessen daran hat das Berufungsgericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise auf der Grundlage des ihm vorliegenden Prozessstoffes von einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO abgesehen. Es hat dabei im Einzelnen dargelegt, dass weder dem Vortrag des Beklagten noch den vorgelegten Unterlagen die erforderliche Anfangswahrscheinlichkeit zu entnehmen ist. Die von der Revision dagegen vorgebrachten Gründe hat das Berufungsgericht eingehend berücksichtigt und gewürdigt. Insbesondere sind die Anforderungen an das Erfordernis "einigen Beweises" nicht überspannt worden. Vielmehr ist revisionsrechtlich unbedenklich angenommen worden, der von dem Beklagten gefertigte Aktenvermerk, der ohnehin lediglich als Parteivortrag zu werten ist, enthalte besonders im Hinblick auf seinen Eingangssatz, nach dem die Bauherrn von dem Stand des Bauvorhabens berichtet haben, und der eine Information über bestehende Mängel gerade nicht ausschließe, keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Behauptung des Beklagten. Darüber hinaus hat es auch dem Umstand, dass die fraglichen Mängel in der anwaltlichen Korrespondenz bis zum 29. August 2006 nicht explizit angesprochen worden sind, zu Recht keine maßgebliche Bedeutung beigemessen. Auch die weitere Überlegung des Berufungsgerichts, dass die Kläger den Zeugen W. nicht angewiesen haben, eine Bestätigung zu unterlassen, begründe keinen Mitverschuldenseinwand, weil sie die Information des Beklagten für ausreichend halten durften, erweist sich als rechtsfehlerfrei.

22 4. Letztlich ist die Revision auch insoweit unbegründet, als sie die Verwerfung der Berufung gegen das Urteil des Landgerichts vom 14. Dezember 2006 angreift. Zwar hatte das Landgericht das vom Beklagten geltend gemachte Zu-

rückbehaltungsrecht in seinem ersten Urteil vom 31. Oktober 2006 unberücksichtigt gelassen. Gleichwohl hat es mit Recht angenommen, dass dies nicht mit einem Ergänzungsurteil richtig gestellt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 2003 - IV ZR 149/02 - NJW 2003, 1463, 1464). Dies greift die Revision auch nicht an. Soweit sie jedoch der Auffassung ist, die Kostenentscheidung dieses Urteils isoliert anfechten zu können, ist dies unzutreffend.

23 a) Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil vom 14. Dezember 2006 war gemäß § 99 Abs. 1 ZPO unzulässig, weil der Beklagte die Entscheidung in der Hauptsache (Zurückweisung des Antrags auf Urteilsergänzung) nicht angegriffen, sondern lediglich eine Änderung der Kostenentscheidung begehrt hat.

24 b) Entgegen der Auffassung der Revision ist die isolierte Anfechtung der Kostenentscheidung in einem Ergänzungsurteil wie bei einem Schlussurteil nur dann zulässig, wenn es lediglich eine Entscheidung zu den Kosten des vorausgegangenen Urteils enthält (Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 321 Rn. 38 m.w.N. zur Rspr. des Reichsgerichts; Rensen, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 321 Rn. 40; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl. 2007, § 321 Rn. 6; Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 321 Rn. 11; Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 321 Rn. 13). So befasst sich auch die von der Revision angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 4. April 1984 (VIII ZR 313/82 - ZIP 1984, 1107, 1113) lediglich mit der Fallgestaltung, dass nur die Kostenentscheidung Gegenstand des Ergänzungsurteils ist. Dagegen ist die isolierte Anfechtung der Kostenentscheidung gerade nicht allgemein als zulässig angesehen worden. Das Ergänzungsurteil entsprechend den für das Verhältnis zwischen Teil- und Schlussurteil geltenden Regeln zu behandeln und eine Anfechtung lediglich der Kostenentscheidung ohne Rücksicht auf § 99 ZPO zuzulassen, wenn zugleich das vorausgegangene Urteil angegriffen wird,

ist deshalb nur dann gerechtfertigt, wenn ausschließlich die Entscheidung über die Kosten aus dem ersten Urteil betroffen ist. Denn das Schlussurteil enthält insoweit eine notwendige Ergänzung des ohne Kostenausspruch ergangenen Teilurteils und bildet infolgedessen in diesem Umfang mit dem Teilurteil ein einheitliches, untrennbares Ganzes (vgl. für dieses Verhältnis BGH, Urteil vom 28. April 1987 - VI ZR 1/86, VI ZR 43/86 - NJW 1987, 2997). In einem solchen Verhältnis steht aber das Urteil vom 14. Dezember 2006 zu dem vorhergehenden gerade nicht.

Schlick Wurm Herrmann

Wöstmann Hucke

Vorinstanzen:
LG Flensburg, Entscheidung vom 31.10.2006 - 4 O 388/05 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 15.11.2007 - 11 U 144/06 -