

0401 022

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 58/67

URTEIL

Verkündet am

23. November 1970

Schorm,

Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Tischlermeisters Friedrich M [REDACTED],

[REDACTED] B [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

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

gegen

die W o h n u n g s b a u - K r e d i t a n s t a l t

B [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand,

[REDACTED] B [REDACTED], N [REDACTED] Straße [REDACTED]/[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Hubert Meyer sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Hußla und Keßler

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts vom 7. Februar 1967 aufgehoben, soweit über den Hauptantrag zu 1), den Hilfsantrag und die Kosten erkannt ist.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte gewährte dem Kläger 1959 zwei Darlehen von 291.900 DM und 30.700 DM aus öffentlichen Mitteln, die zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus bereitgestellt waren, um den Bau eines Mietshauses mit 23 Wohnungen auf einem Grundstück des Klägers in

Berlin teilweise zu finanzieren. In notariell beurkundeten Erklärungen - bezüglich des Darlehens von 291.900 DM vom 28. April 1959, bezüglich des Darlehens von 30.700 DM vom 4. Dezember 1959 - unterwarf sich der Kläger wegen "aller Ansprüche auf Kapital, Zinsen bis zu 8 vom Hundert jährlich ..." der sofortigen Zwangsvollstreckung (Ziffer 6 der Urkunden) mit der Bestimmung, daß der Beklagten vollstreckbare Ausfertigung der Urkunden ohne den Nachweis der Entstehung und der Fälligkeit der Forderung erteilt werden sollte (Ziffer 11). In beiden - insoweit gleichlautenden - Urkunden erklärte der Kläger zur Höhe der vereinbarten Zinsen, das jeweilige Darlehen sei mit 4 % jährlich zu verzinsen (Ziffer 2), auf Verlangen der Beklagten "bis zu 8 %" jährlich, und zwar rückwirkend vom Tage der Hypothekenbestellung an, unter bestimmten, in den notariellen Urkunden aufgeführten Umständen, u.a. falls er eine höhere als die preisrechtlich zulässige Miete verlange (Ziffer 4 d). In beiden Urkunden bewilligte und beantragte der Kläger die Eintragung einer brieflosen Hypothek zugunsten der Beklagten über die jeweilige Darlehenssumme "nebst 4 v.H. u.U. jedoch 8 v.H. jährlichen Zinsen". Ausfertigungen der Urkunden mit Vollstreckungsklauseln ohne Einschränkungen wurden der Beklagten erteilt.

Die Beklagte gewährte dem Kläger die Darlehen abweichend vom Inhalt der Urkunden vom 28. April und 4. Dezember 1959 unverzinslich. Die Durchschnittsmieten für die Wohnungen im Haus des Klägers setzte sie auf Grund seiner Wirtschaftlich-



keitsberechnung vom 29. Oktober 1959 durch Bewilligungsbescheid vom 19. November 1959 auf 1,64 DM je qm Wohnfläche fest. Auf Grund einer Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 11. November 1963 verlangte der Kläger rückwirkend für die Zeit seit dem 1. August 1963 von seinen Mietern eine Durchschnittsmiete von 2 DM je qm. Die Beklagte forderte den Kläger am 12. März 1964 vergeblich auf, den Mietzins mit Wirkung vom 1. August 1963 an auf eine Durchschnittsmiete von 1,78 DM je qm zurückzuführen, weil sie eine höhere Miete für preisrechtlich nicht zulässig hielt. Mit Schreiben vom 14. Mai 1964 verlangte sie unter Berufung auf Ziffer 4 der Urkunden vom 28. April und 4. Dezember 1959 für die Zeit ab 1. August 1963 4 % Zinsen der jeweiligen Restsumme der Darlehen, weil der Kläger von seinen Mietern eine höhere als die preisrechtlich zulässige Miete fordere. Für die Zeit bis zum 17. Januar 1967 hat sie ihre Zinsforderungen in mehreren Schreiben an den Kläger auf insgesamt 43.000 DM beziffert. Am 2. Januar 1967 hat der Kläger vorzeitig die Darlehensbeträge, soweit sie nicht schon vorher getilgt waren, an die Beklagte zurückgezahlt.

Der Kläger vertritt die Ansicht, die Urkunden vom 28. April und 4. Dezember 1959 seien zur Vollstreckung des Strafzinsanspruchs nicht geeignet, weil dieser Anspruch in den Urkunden nicht genau bestimmt sei. Er hält die von ihm geforderten Mieten nicht für preisrechtlich unzulässig.

In erster Instanz hat der Kläger beantragt, die Zwangsvollstreckung aus den Urkunden vom 28. April 1959 und vom 4. Dezember 1959 - Notarregister Nr. [REDACTED] und Nr. [REDACTED] des Notars H[REDACTED] in B[REDACTED] - wegen der verbrieften Zinsen - Zinsfuß bis zu 8 % jährlich - für unzulässig zu erklären, insbesondere wegen der Zinsbelastungen vom 3. Juni 1964 für die Zeit vom 1. August 1963 bis zum 31. März 1964 über 8.321,37 DM, hilfsweise, die jährlichen Strafzinsen von 12.904 DM (4 % des Darlehensbetrages) auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen.

Der Kläger hat das Urteil in vollem Umfang mit der Berufung angefochten und in der Berufungsverhandlung beantragt,

- 1.) die Zwangsvollstreckung wegen der Zinsbelastungen von seiten der Beklagten für die Zeit vom 1. August 1963 bis 17. Januar 1967 bis zu einem Gesamtbetrag von 43.000 DM für unzulässig zu erklären,
- 2.) die Vollstreckungsklausel vorbezeichneter Schuldurkunden aufzuheben, soweit sie die Nebenansprüche nach Ziffer 4 d der Urkunden umfaßt und als vollstreckbare Ansprüche zum Gegenstand hat,

hilfsweise, die jährlichen Strafzinsen von 12.904 DM (4 % des Darlehensbetrages) auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und in den Gründen ausgeführt, der Hauptantrag zu 2) sei unzulässig, der Hauptantrag zu 1) und der Hilfsantrag auf Herabsetzung der Strafzinsen seien unbegründet.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seine Anträge aus der Berufungsinstanz weiter.

Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Der Hauptantrag zu 1) ist als Antrag einer Zwangsvollstreckungsgegenklage nach §§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 ZPO nur zulässig, wenn sich der Kläger in den notariellen Urkunden vom 28. April und 4. Dezember 1959, soweit mit dieser Klage angegriffen, rechtswirksam der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, wenn insbesondere die Geldsumme "bestimmt" ist, auf die sich die Unterwerfung bezieht (BGHZ 15, 190, 191; 22, 54, 56 f). Das Berufungsgericht sieht den Zinsanspruch, gegen den die Klage gerichtet ist, als bestimmt an, weil nach dem Wortlaut "... bis zu 8 vom Hundert ..." jeder Zinssatz geschuldet sei, der 8 % nicht übersteigt. Die Revision hält die notariellen Urkunden als

Vollstreckungstitel für nicht wirksam, weil entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Zinssatz "bis zu 8 vom Hundert" nicht bestimmt genug, nämlich innerhalb des Höchstbetrages die Zinsforderung völlig unbestimmt sei.

Die Rüge ist unbegründet. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt der Revision: Bei der Vollstreckung aus Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bestimmt der Wille des Schuldners, wie er in der Urkunde erklärt ist, den Umfang der Vollstreckung. Aus der Unterwerfungserklärung muß sich klar ergeben, in welcher Höhe der Gläubiger vollstrecken darf. Als Vollstreckungstitel nicht wirksam ist deswegen die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in einer Urkunde, in der nur die obere Grenze einer Schuldsumme genannt und damit die Höhe der beizutreibenden Forderung nicht genau bestimmt ist; das ist für den Fall der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus einer Höchstbetragshypothek anerkannt (RGZ 132, 6, 8, auch insoweit in Bezug genommen in BGHZ 22, 54, 59; BayObLG in NJW 1954, 1808 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung; Stein-Jonas, ZPO 18. Aufl., § 794 Anm. VII 2; Wieczorek, ZPO, § 794 Anm. H IV a 1). Will sich ein Schuldner der Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wegen einer Forderung wirksam unterwerfen, deren Höhe zur Zeit der Unterwerfung noch nicht feststeht, so darf er folglich die höchstmögliche Forderungssumme nicht als Obergrenze des Schuldbetrages bezeichnen, sondern er muß in dieser Höhe eine Schuld schlechthin bekennen. Bleibt in diesem

letzteren Fall die wirklich geschuldete Summe hinter der Höhe des titulierten Betrags zurück und vollstreckt der Gläubiger wegen einer höheren als der ihm zustehenden Summe, so kann sich der Schuldner mit der Zwangsvollstreckungsklage aus §§ 767, 795 ZPO wehren.

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich aus den Worten "bis zu 8 v.H.", daß der Kläger eine bestimmte Zinsverpflichtung, nämlich eine solche in Höhe von 8 % anerkannt hat. Jeder nicht über 8 % hinausgehende Zinssatz ist, so führt das Berufungsgericht aus, vom Kläger nach dem Wortlaut der Urkunden geschuldet. Der Senat hat keine Bedenken, dieser Auffassung zu folgen, zumal sich der Kläger ohne Einschränkung bereit erklärt hat, die Strafzinsen auf Verlangen der Beklagten zu zahlen. An einem genügend bestimmten, zur Vollstreckung geeigneten Titel fehlt es somit nicht.

2. Das Berufungsgericht hat den Hauptantrag zu 1) abgewiesen, weil der Kläger mit einer Durchschnittsmiete von 2 DM pro qm Wohnfläche mehr als die preisrechtlich zulässige Miete gefordert habe und deswegen der Beklagten der für diesen Fall vereinbarte Strafzinsanspruch zustehe. Das Berufungsgericht hat für das Wohngebäude des Klägers eine Durchschnittsmiete je qm Wohnfläche von 1,86 DM für 1963, von 1,92 DM für 1964 und von 1,94 DM für 1965 errechnet, und es ist für die folgende Zeit bis zur Rückzahlung des Darlehens von einer Durchschnitts-

miete von 1,78 DM pro qm ausgegangen, weil bis zu dieser Höhe die Beklagte eine Anhebung der Durchschnittsmiete genehmigt hatte. Bei der Errechnung der zulässigen Durchschnittsmieten hat das Berufungsgericht bei der Anwendung des § 25 der Zweiten Berechnungsverordnung - II. BVO - niedrigere Abschreibungssätze für mehrere Bauteile zugrunde gelegt, als sie der Kläger für richtig hält. Dies rügt die Revision, bezüglich einiger Bauteile zu Unrecht, im übrigen mit Recht:

a) In der Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 29. Oktober 1959 hat der Kläger die Heizungsanlage zu 60 % der Anschaffungskosten mit 1 % abgeschrieben, zu 40 % der Kosten mit 5 %; Durchlauferhitzer hat er insgesamt mit 5 % der Herstellungskosten abgeschrieben. Der Kläger meint nun, die Gesamtkosten der Heizung seien mit 5 % abzuschreiben und die Kosten für Durchlauferhitzer mit 20 %. Das Berufungsgericht hat demgegenüber die in der Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 29. Oktober 1959 vom Kläger gewählten Abschreibungssätze zugrunde gelegt, weil der Kläger diesen Satz nach § 30 Abs. 2 II. BVO nicht mehr ändern könne.

Dies rügt die Revision mit folgender Begründung: Nach § 24 Abs. 2 Satz 1 II. BVO seien die Bewirtschaftungskosten entsprechend den Grundsätzen einer ordentlichen Bewirtschaftung anzusetzen, so daß der Kläger zur Ausschöpfung der wirtschaftlich richtigen Abschreibung berechtigt, wenn nicht

gar verpflichtet sei. Zudem sei nach § 30 Abs. 2 II. BVO der Abschreibungssatz gegenüber der Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 29. Oktober 1959 zu ändern, weil seit Aufstellung einer noch älteren Wirtschaftlichkeitsberechnung (vom 7. März 1959) die Gesamtbaukosten, deren Höhe überdies in der Wirtschaftlichkeitsberechnung erkennbar nur geschätzt worden sei, angestiegen seien.

Diese Rüge ist nicht begründet: Es kommt nicht darauf an, ob die vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Abschreibungssätze bezüglich der Heizung und der Durchlauferhitzer der Lebensdauer dieser Bauteile entsprechen. Wenn der Kläger in den Wirtschaftlichkeitsberechnungen, die der ursprünglichen Festsetzung der Durchschnittsmiete durch die Beklagte zugrunde liegen, nicht die für ihn günstigste Abschreibungsmöglichkeit gewählt hat - § 45 Abs. 1 II. BVO stellt ihm frei, einen ungünstigeren Abschreibungssatz als den durch § 25 Abs. 3 II. BVO gewährten zu wählen (Fischer-Dieskau-Pergande-Schwender, II. Wohnungsbaugesetz, Anm. 2 zu § 72, S. 823) -, so ist er an die gewählten Sätze gebunden, so daß er sie nicht nachträglich erhöhen kann (§§ 4 a, 30 Abs. 2 II. BVO, § 72 Abs. 5 II. Wohnungsbaugesetz; siehe dazu Fischer-Dieskau-Pergande-Schwender, aaO, S. 824; BVerwG in BBauBl. 1964, 262). Der Grundsatz des § 24 Abs. 2 S. 1 II. BVO ist durch diese besondere Regelung durchbrochen.

Entgegen der Ansicht der Revision ermöglicht auch § 30 Abs. 2 II. BVO dem Kläger nicht eine Änderung der Abschreibungssätze für die hier behandelten Bauteile; daß die Baukosten vor Aufstellung der Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 29. Oktober 1959 angestiegen waren, berechtigt nach § 30 Abs. 2 II. BVO zu einer Änderung der Abschreibungssätze gerade nicht.

Entgegen der Ansicht der Revision ist auch unmaßgeblich, ob der Kläger in der ersten Wirtschaftlichkeitsberechnung die Kosten der hier behandelten Bauteile nur ungefähr angegeben hat. §§ 4, 4 a, 11, 30 II. BVO ermöglichen zwar eine Korrektur der abschreibbaren Werte, wenn die Baukosten zunächst zu niedrig eingeschätzt worden sind, aber ebenfalls gerade nicht die vom Kläger angestrebte Erhöhung des Abschreibungssatzes (§ 30 Abs. 2 II. BVO). Zudem hat der Kläger in seinem Klagevortrag die Kosten der einzelnen hier behandelten Bauteile nicht höher angesetzt als in den beiden Wirtschaftlichkeitsberechnungen vom 7. März und 29. Oktober 1959.

b) Nach Ansicht des Klägers sind die I-Entlüftung und mehrere Herde seines Wohnhauses mit 20 % ihrer Herstellungskosten abzuschreiben und gewisse "Objekte" (Badewannen und Waschbecken) mit 10 %; die Herde und Objekte sind nach der Behauptung des Klägers erst nach Aufstellung der Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 29. Oktober 1959 geplant und eingebaut worden; für die Entlüftung ist dies unstreitig.

Das Berufungsgericht hat für die Herde und Objekte einen Abschreibungssatz von 1 % zugrunde gelegt; dabei ist es davon ausgegangen, daß entgegen dem Vortrag des Klägers die Kosten dieser Bauteile in der Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 29. Oktober 1959 enthalten waren, weil ein Kochherd, Waschbecken und Bad oder Dusche nach § 40 Abs. 1 II. Wohnungsbaugesetz und den Wohnungsbauförderungsbestimmungen zur Mindest- oder Normalausstattung einer Wohnung gehören, daß diese Bauteile aber nicht als solche mit ungewöhnlich hohem Verschleiß ausgewiesen, dementsprechend mit nur 1 % abgeschrieben waren und folglich der Kläger diesen Abschreibungssatz nach § 30 Abs. 2 II. BVO nicht mehr ändern könne. Für die Entlüftung hat das Berufungsgericht nur eine Abschreibung von 5 % angesetzt, weil eine höhere Abschreibung mit den Erläuterungen der Beklagten für die Aufstellung von Wirtschaftlichkeitsberechnungen nicht vereinbar sei.

Die Revision rügt diese Ausführungen des Berufungsgerichts mit Recht:

Zu der Feststellung, die Kosten für Herde und Objekte seien in der Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 29. Oktober 1959 entgegen dem Vortrag des Klägers schon enthalten gewesen, gelangt das Berufungsgericht auf Grund einer unzureichenden Erwägung. Daß diese Bauteile nach den einschlägigen Vorschriften vorhanden sein mußten, läßt nicht den Schluß zu, daß sie auch in der Tat von vornherein eingeplant waren; die Planung kann insoweit fehlerhaft gewesen sein.

Für diese Instanz ist also davon auszugehen, daß die "Herde und Objekte" erst nach Bewilligung der öffentlichen Mittel eingeplant worden sind. Ob sie alsdann bei der Mietpreisermittlung abgeschrieben werden können, hängt nach §§ 11 Abs. 4, 30 Abs. 4 II. BVO davon ab, ob sie Wertverbesserungen sind. Ist das der Fall, kann der Kläger den wirtschaftlich richtigen Abschreibungssatz wählen (§ 25 Abs. 3 II. BVO). § 30 Abs. 2 II. BVO hindert ihn daran nicht; diese Vorschrift gilt nach ihrem Wortlaut für nachträgliche Änderungen im Sinne des § 11 Abs. 4 II. BVO nicht.

Unter den Voraussetzungen der §§ 11 Abs. 4, 30 Abs. 4 II. BVO kann der Kläger entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nach § 25 Abs. 3 II. BVO auch die Entlüftung entsprechend ihrer Lebensdauer abschreiben, also mit 20 %, wenn sie, wie der Kläger behauptet, 5 Jahre nach ihrem Einbau nicht mehr wirtschaftlich verwendbar ist. Es ist unmaßgeblich, ob die Erläuterungen der Beklagten über die Aufstellung von Wirtschaftlichkeitsberechnungen für eine Entlüftung einen niedrigeren Abschreibungssatz als 20 % vorschreiben; diese Erläuterungen sind gegenüber § 25 II. BVO unverbindlich.

Auf diesen von der Revision gerügten Fehlern beruht das angefochtene Urteil. Falls der Vortrag des Klägers richtig ist - auch der Vortrag zur Lebensdauer der hier behandelten Einrichtungen -, erhöht sich die zulässige Durchschnittsmiete gegenüber der Berechnung des Berufungsgerichts um 0,10 DM

monatlich pro qm. Denn es sind in diesem Fall gegenüber der Berechnung des Berufungsgerichts abzuschreiben: Die Entlüftung mit weiteren 15 % ihrer Herstellungskosten von 1.426 DM, also mit weiteren 213,90 DM, die Herde mit weiteren 19 % ihrer Anschaffungskosten von 4.223 DM, also mit weiteren 802,37 DM, und die Objekte mit weiteren 9 % ihrer Anschaffungskosten von 6.683 DM, also mit weiteren 601,47 DM. Die somit um 1.617,74 DM erhöhte jährliche Abschreibung hätte, einschließlich des um 2,04 % von dieser Summe (33,01 DM) erhöhten Ansatzes eines Mietausfallwagnisses, eine Erhöhung der Bewirtschaftungskosten um jährlich 1.650,75 DM zur Folge, bei der insgesamt 1.364,37 qm großen Wohnfläche also eine Erhöhung der monatlichen Durchschnittsmiete um 0,10 DM pro qm Wohnfläche. Wenn der Vortrag des Klägers richtig ist, daß er die Entlüftung, die Herde und die Objekte erst nach der letzten Festsetzung einer Durchschnittsmiete durch die Beklagte eingeplant habe, und wenn diese Bauteile den Wert des Hauses erhöht und nur die vom Kläger behauptete Lebensdauer haben, hat der Kläger also in den Jahren 1964 und 1965, für die das Berufungsgericht eine Durchschnittsmiete von 1,92 DM und 1,94 DM pro qm errechnet hat, nicht überhöhte Mieten gefordert und in den Jahren 1963, 1966 und 1967 eine Miete, die um 0,10 DM pro qm weniger überhöht ist, als vom Berufungsgericht angenommen.

In diesem Fall hat das Berufungsgericht zu Unrecht eine Verwirkung der Vertragsstrafe durch überhöhte Mietforderungen in den Jahren 1964 und

1965 angenommen. Aber auch für die Jahre 1963, 1966 und 1967 müßte das Berufungsgericht überprüfen, ob der Beklagten Strafzinsen in der von ihr verlangten Höhe zustehen. Obwohl nämlich der Kläger Strafzinsen von 8 % anerkannt und sich insoweit wirksam der Vollstreckung unterworfen hat (oben unter 1), stellt sich die Frage, ob die Beklagte, unabhängig von dem Ausmaß, in dem die preisrechtlich zulässige Miete überschritten worden ist, den Höchstsatz an Strafzinsen verlangen kann. Diese Frage ist nicht notwendigerweise nur und erst im Rahmen des mit dem Hilfsantrag verfolgten Anspruchs auf Herabsetzung der verwirkten Vertragsstrafe nach § 343 BGB zu prüfen. Das Berufungsgericht wird vielmehr erwägen müssen, ob die Bestimmungen der Schuldurkunden über die Strafzinsen nicht dahin zu verstehen sind, daß je nach dem Maß der Mietüberschreitung der Kläger von vornherein nicht die höchsten Strafzinsen, sondern einen darunter liegenden Zinssatz "verwirkt" hat. Die Urkunden könnten dahin auszulegen sein, daß das "Verlangen" der Beklagten, auf das hin der Kläger Strafzinsen zu zahlen hat, nicht nach Belieben, sondern nach billigem Ermessen auszuüben ist, ausgerichtet insbesondere am Umfang der Überschreitung der zulässigen Miete. Trifft letzteres zu, so kommt für eine Bestimmung nach billigem Ermessen die Anwendung des § 315 BGB in Betracht (vgl. dazu Reichel, AcP 153, 169, 201; Soergel, BGB 10. Aufl., § 339 Rdn. 9; OLG Hamburg, JZ 1963, S. 172).

Da schon die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei der Errechnung der höchstzulässigen Miete zu niedrige Abschreibungssätze zugrunde gelegt, teilweise begründet ist und mithin die Entscheidung über den Hauptantrag zu 1) auf diese Rüge aufgehoben werden muß, kann dahingestellt bleiben, ob die weiteren Rügen der Revision begründet sind.

II.

Es ist fraglich, ob der auf Aufhebung der Vollstreckungsklauseln gerichtete Hauptantrag zu 2) nicht in Wirklichkeit einen Hilfsantrag darstellt. Dies kann jedoch offenbleiben, weil die Entscheidung des Berufungsgerichts, dieser Antrag sei unzulässig, jedenfalls im Ergebnis zutrifft:

Durch Klage gegen den Gläubiger kann sich der Schuldner nur unter den Voraussetzungen des § 768 ZPO gegen die Klauselerteilung wehren, also nur in denjenigen Fällen, die der Wortlaut dieser Vorschrift wiedergibt (BGHZ 22, 54, 64 f). Von ihnen käme hier nur der eine Fall in Frage, daß der Gläubiger nach dem Inhalt des Titels gewisse Voraussetzungen der Klauselerteilung zu beweisen hat (§ 726 Abs. 1 ZPO) und daß der Schuldner diese Voraussetzungen nach Ausstellung der Klausel bestreitet. Auch dieser Fall liegt aber hier nicht vor, denn nach Ziffer 11 der Urkunden vom 28. April und 4. Dezember 1959 sollte der Beklagten die Vollstreckungsklausel ausdrücklich ohne den Nachweis erteilt wer-

den, daß die titulierte Forderung entstanden und fällig geworden war.

III.

Ob der auf § 343 BGB gestützte, auf Herabsetzung verwirkter Strafzinsen zielende Hilfsantrag überhaupt noch zum Zuge kommt, wird sich erst nach erneuter Prüfung des 1. Hauptantrags unter den oben (I 2 b) erörterten Gesichtspunkten zeigen, und das Ergebnis dieser Prüfung kann auch eine etwa noch notwendig werdende Entscheidung im Rahmen des § 343 BGB maßgeblich beeinflussen. Schon deshalb kann auch die Abweisung des Hilfsantrags nicht bestehen bleiben. Auf die ihn betreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts und der Revision einzugehen, besteht derzeit kein Anlaß.

IV.

Nach alledem ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen, soweit sie sich gegen die Abweisung des "Hauptantrags" zu 2) auf Aufhebung der Vollstreckungsklauseln richtet. Im übrigen jedoch ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Meyer

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Keßler