

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 264 Nr. 2, 523, 536, 537

Soweit das erstinstanzliche Gericht eine Feststellungsklage als unbegründet abgewiesen hat, kann der Kläger im Berufungsverfahren nur dann mit Aussicht auf Erfolg von der Feststellungs- zur Leistungsklage übergehen, wenn er die ihm nachteilige Entscheidung über die Feststellungsklage durch eine zulässige Berufung oder Anschlußberufung anfecht.

BGH, Urt. v. 6. November 1986 - IX ZR 8/86 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

19

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 8/86

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
6. November 1986
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Rechtsanwalt Peter G. [REDACTED],
F. [REDACTED]-E. [REDACTED]-Straße [REDACTED], D. [REDACTED],

Beklagter, Widerkläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

g e g e n

1. Dr. med. Ahmed Da [REDACTED],
H. [REDACTED] Straße [REDACTED], O. [REDACTED],

2. Marie-Luise Da [REDACTED], ebenda,

Kläger, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

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

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1986 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Henkel, Gärtner und Winter

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 28. November 1985 wird
auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

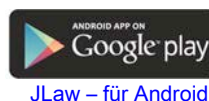
Tatbestand

Die Kläger verlangen von dem Beklagten Schadensersatz, weil er sie im Berufungsverfahren eines Rechtsstreits gegen den Architekten W. (künftig: Architekt) fehlerhaft beraten und vertreten habe. Dem Rechtsstreit lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Kläger ließen ein zweigeschossiges Haus mit einem zweischaligen belüfteten Flachdach errichten. Die Planung und die Überwachung der Bauausführung hatten sie dem Architekten übertragen. Nachdem sie das Haus bezogen hatten, stellten sie fest, daß durch die Decke des Obergeschosses



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Zugluft eindrang, Flugschnee in den Zwischenraum zwischen den Dachschalen gelangte und die Wärmedämmung der Obergeschoßdecke unzureichend war. Ein von ihnen durchgeführtes gerichtliches Beweissicherungsverfahren ergab, daß die Dachkonstruktion Planungs- und Ausführungsmängel aufwies; u.a. war die Durchlüftung des Daches nicht hinreichend gewährleistet. In einem ergänzenden Privatgutachten vertrat der Sachverständige Wi. die Ansicht, die Sanierung des Flachdaches erfordere entweder die Anhebung der oberen Dachschale, um für eine bessere Durchlüftung des Daches zu sorgen (geschätzte Kosten: 156.800 DM) oder die Umwandlung des Zweischalendaches in ein einschaliges unbelüftetes Dach (geschätzte Kosten: 104.780 DM). Nachdem die Kläger den Architekten vergeblich aufgefordert hatten, ihnen den für die kostengünstigere Lösung notwendigen Betrag sowie die Kosten des Privatgutachtens von 3.993,75 DM zu erstatten, verklagten sie ihn vor dem Landgericht auf Schadensersatz in Höhe von 108.773,75 DM nebst Zinsen und begehrten ferner die Feststellung, daß der Architekt verpflichtet sei,

"a) den über DM 108.773,75 für die Instandsetzung des Daches ... hinausgehenden Aufwand ... zu erstatten,

b) ihnen allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihnen durch die Ausführungsfehler an dem Dach ... erwachsen ist oder noch erwachsen wird, und zwar einschließlich eines etwaigen merkantilen und technischen Minderwerts."

Das Landgericht erhob über den notwendigen Sanierungsaufwand Beweis. Der von ihm bestellte Gutachter Sch. gelangte zu dem Ergebnis, daß weniger aufwendige Maßnahmen als die von dem Sachverständigen Wi. vorgeschlagenen zur Mängelbeseitigung ausreichen. Deren Kosten gab er mit 65.000 DM an; darin waren 4.600 DM für Planungs- und Bauleitungsarbeiten und 4.200 DM für Unvorhergesehenes (Beschädigung von Möbeln usw.) enthalten.

Das Landgericht verurteilte den Architekten zur Zahlung von 60.800 DM nebst Zinsen und stellte fest, daß der Architekt verpflichtet sei,

- "a) den Klägern den über 60.800 DM hinausgehenden Aufwand zu erstatten, soweit dieser zur Instandsetzung des Daches ... gemäß dem Gutachten des Dipl.Ing. Sch. vom 31. 3.1981 und 25.2.1982 erforderlich ist,
- b) den Klägern allen weiteren Schaden zu ersetzen, der diesen durch die Ausführungsfehler an dem Dach ... (erwachsen) ist oder noch erwachsen wird, und zwar einschließlich eines etwaigen merkantilen und technischen Minderwerts."

Im übrigen wies es die Klage mit der Begründung ab, Instandsetzungskosten könnten nur nach Maßgabe des Sanierungskonzeptes des Sachverständigen Sch. verlangt werden, danach sei zur Zeit nur ein Aufwand von 60.800 DM (65.000 DM abzüglich 4.200 DM für "Unvorhergesehenes") als mit Sicherheit nötig anzusehen. Eine Verpflichtung des Architekten zur Erstattung der Kosten des Privatgutachtens bestehe nicht.

Gegen dieses Urteil legte der Architekt fristgerecht Berufung ein. Am 29. September 1982 suchten die Kläger den Beklagten auf, um sich wegen der Berufung des Gegners und eines eigenen Rechtsmittels beraten zu lassen. Der Beklagte erklärte ihnen, er sehe jedenfalls in Höhe von 2.600 DM eine Angriffsmöglichkeit, weil der Sachverständige Sch. und ihm folgend das Landgericht die Kosten für Planung und Bauleitung der Dachsanierung zu niedrig angesetzt hätten. Der weitere Inhalt des Gespräches ist streitig. Die Kläger behaupten, den Beklagten schon bei dieser Gelegenheit darüber unterrichtet zu haben, daß das Sanierungskonzept des Sachverständigen Sch. hinsichtlich der Statik auf unrichtigen Voraussetzungen beruhe und sie deshalb bereits den Architekten B. beauftragt hätten, die Realisierbarkeit zu überprüfen.

Am 4. Oktober 1982 legte der Beklagte für die Kläger unbeschränkt Berufung ein. Die Begründungsfrist wurde auf seinen Antrag bis 18. Dezember 1982, einem Samstag, verlängert. Mit der am Montag, den 20. Dezember 1982 eingegangenen Berufungsbegründung beantragte er, das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und den Architekten zur Zahlung weiterer 2.600 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Zur Begründung trug er vor, die Durchführung der von dem Sachverständigen Sch. vorgeschlagenen Mängelbeseitigung erfordere einen um diesen Betrag höheren Aufwand für Planungs- und Bauleitungsarbeiten; hilfsweise machte er geltend, die Schadensberechnung berücksichtige nicht die Kosten notwendiger Elektroarbeiten (mindestens 800 DM) sowie die am 1. Juli 1983 eintretende Mehrwertsteuererhöhung, außerdem umfasse die Schadensersatzpflicht des Architekten auch die Kosten des von den Klägern eingeholten Privatgutachtens.

Im Januar 1983 teilte der Architekt B. unter Bezugnahme auf die Untersuchungen des von ihm hinzugezogenen Statikers den Klägern mit, das Sanierungskonzept des Sachverständigen Sch. begegne statischen Bedenken und gewährleiste nicht eine den technischen Richtlinien entsprechende Durchlüftung des Flachdaches; er schlug deshalb eine Anhebung der oberen Dachfläche vor, deren Kosten er mit 144.054,62 DM veranschlagte. Daraufhin kam es am 12. Januar 1983 zu einer weiteren Unterredung zwischen den Parteien, deren Einzelheiten ebenfalls streitig sind. Der Beklagte trägt vor, jetzt erstmals von der Undurchführbarkeit der Vorschläge des Sachverständigen Sch. unterrichtet worden zu sein. Er habe die Kläger über die verbliebenen prozessualen Möglichkeiten, den von dem Architekten B. geschätzten Instandsetzungsaufwand geltend zu machen, und über deren Risiken belehrt. Die Kläger behaupten dagegen, dem Beklagten in Ergänzung der bereits am 29. September 1982 erteilten Informationen die zwischenzeitlich von dem Architekten B. beschafften Unterlagen (Ausschreibungen, Kostenvoranschläge, Statikergutachten usw.) überbracht zu haben; davon, daß nun neue Anträge in das Verfahren eingeführt werden müßten, sei nicht die Rede gewesen.

Mit einem als "Anschlußberufung und Klageerweiterung" bezeichneten Schriftsatz vom 27. Januar 1983 kündigte der Beklagte dem Berufungsgericht den Antrag an, den Architekten zu verurteilen, an die Kläger unter Einschluß der ausgeteilten 60.800 DM insgesamt 144.054,62 DM nebst Zinsen zu zahlen, sowie festzustellen, daß der Architekt verpflichtet sei, den Klägern allen weiteren Herstellungsaufwand und Schaden zu ersetzen, der durch die Instandsetzung des Daches

entstehe, und zwar einschließlich eines etwaigen technischen oder merkantilen Minderwerts. Er führte dazu aus, das Sanierungskonzept des Sachverständigen Sch. habe sich als undurchführbar herausgestellt; nach den Feststellungen des Architekten B. kosteten die notwendigen Sanierungsmaßnahmen mindestens 144.054,62 DM. Wegen weiterer Sanierungskosten und der Folgeschäden sei auch der Feststellungsausspruch der neuen Sachlage anzupassen; die auf das Gutachten des Sachverständigen Sch. bezogene Einschränkung müsse entfallen.

Daraufhin nahm der Architekt am 22. März 1983 seine Berufung zurück. Im Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht am 19. April 1983 stellte der Beklagte nicht nur den ursprünglichen Berufungsantrag, sondern auch die in der "Anschlußberufung und Klageerweiterung" vom 27. Januar 1983 angekündigten Anträge und erhielt diese aufrecht, obwohl ein Mitglied des Berufungsgerichts darauf hinwies, daß gegen die Zulässigkeit der Anträge vom 27. Januar 1983 Bedenken bestehen könnten; ob dieser Hinweis vor oder nach der Antragstellung erfolgte, ist streitig. Das Oberlandesgericht gab dem ursprünglichen Berufungsantrag auf Zahlung weiterer 2.600 DM nebst Zinsen statt, verwarf jedoch die Anschlußberufung der Kläger unter Zurückweisung der Anträge vom 27. Januar 1983; von den Kosten des zweiten Rechtszuges erlegte es den Klägern 12/13 auf.

Mit der vorliegenden Klage fordern sie von dem Beklagten Schadensersatz in Höhe der ihnen im Berufungsrechtszuge des Vorprozesses entstandenen Kosten von 10.967,13 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht gab der Klage statt und wies die Widerklage des Beklagten auf Zahlung restlichen Honorars für die Vertretung im Vorprozeß in Höhe von 580,26 DM nebst Zinsen ab. Der Beklagte zahlte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil an die Kläger 12.002,91 DM an Hauptsumme, Zinsen und Kosten. Seine Berufung und seine weitere Widerklage aus § 717 Abs. 2 ZPO auf Rückzahlung dieses Betrages nebst Zinsen hatte keinen Erfolg.

Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte die Anträge aus dem Berufungsverfahren weiter. Die Kläger beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist sachlich nicht gerechtfertigt.

1. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, ob die Kläger den Beklagten bereits am 29. September 1982 oder jedenfalls noch vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist des Vorprozesses davon unterrichtet haben, daß das der Entscheidung des Landgerichts im Vorprozeß zugrunde gelegte Sanierungskonzept des Sachverständigen Sch. auf unrichtigen Voraussetzungen beruhe. Es läßt daher offen, ob dem Beklagten vorzuwerfen sei, daß er mit der Berufungsbegründung lediglich die Verurteilung des Architekten zur Zahlung weiterer 2.600 DM nebst Zinsen erstrebt habe, anstatt die Entschei-

dung des Landgerichts insgesamt anzufechten, soweit sie den Anspruch der Kläger auf Ersatz des Instandsetzungsaufwandes nach Maßgabe der Gutachten des Sachverständigen Sch. beschränkte. Demgemäß ist für das Revisionsverfahren vom Vortrag des Beklagten auszugehen, die Kläger hätten ihm zunächst erklärt, die Sanierung des Flachdaches entsprechend dem Konzept des Sachverständigen Sch. durchführen zu wollen; von der Undurchführbarkeit dieser Vorschläge habe er erstmals in der Besprechung vom 12. Januar 1983, also nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist, erfahren. Dann aber fällt dem Beklagten in diesem Stadium eine für den geltend gemachten Schaden ursächliche Pflichtverletzung nicht zur Last.

2. Das Berufungsgericht unterstellt ferner, daß der Beklagte die Kläger am 12. Januar 1983 über die Chancen und Risiken aufgeklärt habe, die mit der Geltendmachung des erhöhten Instandsetzungsaufwandes im Wege einer "Anschlußberufung und Klageerweiterung" verbunden seien, und daß die Kläger ihn daraufhin mit einem entsprechenden Vorgehen gegen den Architekten beauftragt hätten. Davon ist ebenfalls für das Revisionsverfahren auszugehen. Danach kann dem Beklagten auch nicht vorgeworfen werden, er habe den geltend gemachten Schaden durch auftragsloses Handeln verursacht.

3. Der Berufungsrichter sieht eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Beklagten aber in folgendem: Der Beklagte habe nach seiner eigenen Darstellung die Kläger nicht vollständig über das prozessuale Risiko aufgeklärt, das mit einer Weiterverfolgung der durch die "Anschlußberufung und Klageerweiterung" vom 27. Januar 1983 neu in das Verfahren

eingeführten Anträge verbunden sei, falls der Architekt seine Berufung zurücknehme. Er habe nach seinem Vortrag nur darauf hingewiesen, daß die Anträge in diesem Fall nur unter dem Gesichtspunkt der Klageerweiterung und auch nur dann zulässig seien, wenn das Berufungsgericht sie als sachdienlich zulasse, und insoweit auf das Kostenrisiko aufmerksam gemacht. Er habe jedoch hinzugefügt, daß die Klageerweiterung als sachdienlich zugelassen werden müsse, zumindest eine gute Chance bestehe, daß das Berufungsgericht hier nicht kleinlich sein werde. Er habe nicht erörtert, was geschehen solle, wenn das Berufungsgericht einer Zulassung ablehnend gegenüberstehen und dies kundgeben sollte. Diese Situation sei später tatsächlich eingetreten, weil der Beklagte, wie unstreitig sei, vor Antragstellung von einem Mitglied des Berufungsgerichts auf die Bedenken gegen die Zulässigkeit der Anträge hingewiesen worden sei. Zumindest für diesen Fall habe er den Klägern raten müssen, von der Weiterverfolgung der Anträge Abstand zu nehmen. Daß er dies nicht getan und die Anträge weiterverfolgt habe, stelle eine schuldhafte Verletzung seiner Anwaltpflichten dar, die zu der Belastung der Kläger mit Kosten des Berufungsverfahrens geführt habe.

Diese Erwägungen halten rechtlicher Nachprüfung schon deshalb nicht stand, weil das Berufungsgericht seiner Entscheidung als unstreitig zugrundelegt, daß der Beklagte in der Berufungsverhandlung des Vorprozesses vor Antragstellung auf die Bedenken gegen die Zulässigkeit der Anträge vom 27. Januar 1983 hingewiesen worden sei. Nach dem berichtigten Tatbestand des hier angefochtenen Berufungsurteils war die entsprechende Behauptung der Kläger jedoch bestritten

und bedurfte daher des Beweises, der nicht geführt ist. Für die Revisionsinstanz ist mithin zu Gunsten des Beklagten davon auszugehen, daß der Hinweis erst nach der Antragstellung gegeben wurde. Damit fehlt es an der tatsächlichen Grundlage für die vom Berufungsgericht angenommene Pflichtverletzung des Beklagten. Das Berufungsurteil ergibt nämlich nicht, ob das Berufungsgericht den Beklagten auch für verpflichtet angesehen hätte, die bereits gestellten Anträge nach einem späteren richterlichen Hinweis auf ihre Unzulässigkeit zurückzunehmen. Das Berufungsgericht erörtert auch nicht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig -, ob und inwieweit sich die den Klägern nachteilige Kostenentscheidung in diesem Verfahrensstadium noch dadurch hätte vermeiden lassen, daß der Beklagte die Anträge nicht weiterverfolgte.

4. Ungeachtet dieses Rechtsfehlers braucht die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht aufgehoben zu werden; sie stellt sich nämlich aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig dar (§ 563 ZPO). Der Beklagte ist den Klägern wegen schuldhafter Verletzung des Anwaltsvertrages zum Ersatz des mit der Klage geltend gemachten Schadens verpflichtet; die Schadensersatzverpflichtung kann dem mit der Widerklage verfolgten Honoraranspruch des Beklagten als Einwendung entgegengesetzt werden. Da mithin die Entscheidungen der Vorinstanzen nicht abgeändert werden, kann der Beklagte auch mit seiner Widerklage aus § 717 Abs. 2 ZPO nicht durchdringen.

a) Der Beklagte hätte den Klägern im Vorprozeß raten müssen, die mit Schriftsatz vom 27. Januar 1983 angekündigten Anträge nicht weiter zu verfolgen, nachdem der Architekt

seine Berufung zurückgenommen hatte, sondern es bei dem ursprünglichen Berufungsantrag bewenden zu lassen. Mit den weitergehenden Anträgen konnten die Kläger nicht mehr durchdringen.

aa) Als unselbständige Anschließung an das Rechtsmittel des Architekten waren sie nicht mehr zulässig, weil die Anschließung mit der Zurücknahme der Berufung des Gegners ihre Wirkung verloren hatte (§ 522 Abs. 1 ZPO).

bb) Richtig ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, die neuen Anträge seien als Erweiterung der eigenen Berufung der Kläger unzulässig gewesen. Soweit sie über die Forderung von weiteren 2.600 DM nebst Zinsen hinausgingen, war die Berufungsbegründungsfrist versäumt. Nach § 519 Abs. 3 ZPO muß die fristgebundene Berufungsbegründung die Berufungsanträge und die Angabe der Berufungsgründe enthalten. Diesem Erfordernis hatten die Kläger innerhalb der bis Samstag, den 18. Dezember 1982 verlängerten und somit gemäß § 222 Abs. 2 ZPO am Montag, dem 20. Dezember 1982 abgelaufenen Begründungsfrist nur hinsichtlich des Anspruchs auf Zahlung der weiteren 2.600 DM nebst Zinsen genügt. Für die weitergehenden Anträge vom 27. Januar 1983 fehlte eine fristgerecht eingereichte Berufungsbegründung.

Der Ablauf der Berufungsbegründungsfrist schließt allerdings die nachträgliche Erweiterung der Berufungsanträge nicht schlechthin aus. Wird die Berufung - wie hier im Vorprozeß - unbeschränkt eingelegt, so erstreckt sich die dadurch eintretende Hemmung der Rechtskraft (§ 705 Satz 2 ZPO) grundsätzlich auch dann auf das gesamte Urteil, wenn

die Berufungsbegründungsschrift nur einen auf einen Teil der Beschwer beschränkten Antrag enthält. Etwas anderes gilt nur, wenn hinsichtlich des nicht angefochtenen Teils ein Rechtsmittelverzicht vorliegt; dieser läßt sich aber in der Regel nicht schon dem Umstand entnehmen, daß der Rechtsmittelantrag hinter der Beschwer zurückbleibt (BGH, Urteile v. 30. März 1983 - IVb ZR 19/82, NJW 1983, 1561, 1562; v. 24. Oktober 1984 - VIII ZR 140/83, NJW 1985, 3079). Der Berufungskläger kann daher in der Regel das Rechtsmittel auch noch nach Ablauf der Begründungsfrist bis zum Schluß der Berufungsverhandlung erweitern, sofern die fristgerecht vorgetragenen Berufungsgründe auch die Antragserweiterung decken (vgl. BGHZ 12, 52, 68; BGH, Urteile v. 24. Oktober 1984 - VIII ZR 140/83, aaO; v. 16. September 1985 - II ZR 47/85, WM 1985, 1373; Beschl. v. 8. Oktober 1982 - V ZB 9/82, NJW 1983, 1063).

Diese Grundsätze rechtfertigen indessen die Antrags-
erweiterung vom 27. Januar 1983 nicht. Sie stützte sich
darauf, daß das Sanierungskonzept des Sachverständigen Sch.
undurchführbar sei und deshalb eine aufwendigere Mängelbe-
seitigung durchgeführt werden müsse. Davon war in der ur-
sprünglichen Berufungsbegründung keine Rede. Die abweichende
Ansicht der Revision teilt der Senat nicht. Die Revision
verweist darauf, daß die Kläger sich in der Berufungsbegrün-
dung des Vorprozesses gegen die Abweisung ihres Anspruchs
auf Kostenerstattung für das Privatgutachten mit folgenden
Ausführungen gewendet haben:

"Diese Kosten sind als adäquater Schaden
erstattungsfähig. Man kann den Klägern auch

nicht als Eigenverschulden vorwerfen, daß der Gutachter andere und zwar teure Vorschläge gemacht hat. Die Lösungsvorschläge sind technisch nicht verworfen worden.

Es läßt sich auch heute keineswegs schon abschließend feststellen, daß die Sanierung mit den Vorschlägen des Sachverständigen Sch. nachhaltig Erfolg haben wird. Vielleicht muß später doch auf die weitergehenden Lösungen zurückgegriffen werden. Das wird man erst sehen, wenn die Nachbesserung begonnen hat."

Diese Ausführungen begründen nicht die Antragserweiterung vom 27. Januar 1983. Die in § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO vorgeschriebene Angabe der Berufungsgründe erfordert die bestimmte Darlegung, in welcher Beziehung und aus welchen rechtlichen oder tatsächlichen Gründen das angefochtene Urteil unrichtig sein soll. Mit dem oben bezeichneten Berufungsvorbringen wird nicht dargetan, daß das Sanierungskonzept des Sachverständigen Sch., auf das sich das Landgericht bei seiner Entscheidung im Vorprozeß gestützt hatte, undurchführbar sei. Es wird lediglich ohne nähere Begründung auf die Möglichkeit verwiesen, daß es sich im Verlauf der Mängelbeseitigung als unzureichend erweisen könne. Das genügt als Berufungsbegründung für den mit der Antragserweiterung vom 27. Januar 1983 geltend gemachten Schaden nicht.

cc) Diese Antragserweiterung konnte schließlich auch nicht als Klageerweiterung Erfolg haben.

Hat der im ersten Rechtszug ganz oder teilweise unterlegene Kläger zulässigerweise Berufung eingelegt, kann er zwar das Rechtsmittelverfahren zur Erweiterung der Klage benutzen (§ 523 i.V.m. §§ 263, 264 Nr. 2 ZPO; vgl. BGH, Urt. v. 1. Dezember 1964 - VI ZR 170/63, VersR 1965, 141, 142; BGHZ 85, 140, 143). Dazu braucht er die Berufungsbegründungsfrist nicht einzuhalten. Auch der Übergang von einer im ersten Rechtszug erfolgreichen Feststellungs- zur Leistungsklage kann eine danach zulässige Klageerweiterung sein (BGH, Urt. v. 4. Oktober 1984 - VII ZR 162/83, NJW 1985, 1784). Die Antragserweiterung vom 27. Januar 1983 erschöpfte sich jedoch nicht in einer bloßen Klageerweiterung. Das kann das Revisionsgericht anhand der zum Gegenstand des Rechtsstreits gemachten Vorprozeßakten durch Auslegung der maßgeblichen Prozeßhandlungen und Entscheidungen selbst feststellen (vgl. Thomas/Putzo, ZPO 14. Aufl. § 550 Anm. 2 a aa und bb m.w.N.).

Die Kläger hatten im ersten Rechtszug des Vorprozesses die Mängelbeseitigungskosten teils im Rahmen des bezifferten Zahlungsantrages (der auch die Kosten des Privatgutachtens umfaßte), teils durch den Feststellungsantrag zu a) geltend gemacht. Wegen des weiteren Schadens hatten sie den Feststellungsantrag zu b) gestellt. Dieser umfaßte also nicht den gesondert geltend gemachten Instandsetzungsaufwand. Das ergibt der Schriftsatz der Kläger vom 24. Oktober 1980, mit dem sie die im ersten Rechtszug des Vorprozesses gestellten Anträge neu formulierten. Das Landgericht hielt den Anspruch auf Ersatz des Instandsetzungsaufwands nur teilweise - nämlich nur im Rahmen der von dem Sachverständigen Sch. für erforderlich gehaltenen Sanierungsmaßnahmen - für begründet,

wies deshalb neben den Kosten des Privatgutachtens die Klage auf Zahlung des 60.800 DM übersteigenden Instandsetzungsaufwands als "zur Zeit" unbegründet ab und beschränkte die Feststellung der weitergehenden Ersatzpflicht hinsichtlich des Instandsetzungsaufwands auf die vom Sachverständigen Sch. vorgeschlagenen Maßnahmen. Nur wegen des weiteren Schadens entsprach es dem Feststellungsantrag zu b) voll. Mit der zunächst auf Zahlung weiterer 2.600 DM nebst Zinsen beschränkten Berufungsbegründung machten die Kläger lediglich einen Teil des vom Landgericht abgewiesenen Instandsetzungsaufwands, hilfsweise die Privatgutachterkosten, geltend, fochten aber im übrigen die Teilabweisung der den Instandsetzungsaufwand betreffenden Anträge nicht an. Erst mit der Antragserweiterung vom 27. Januar 1983 machten die Kläger sowohl im Rahmen des Zahlungs- wie des Feststellungsbegehrens einen über das erstinstanzliche Urteil und die Berufungsbegründung hinausgehenden Instandsetzungsaufwand geltend, indem sie das Zahlungsbegehren auf insgesamt 144.054,62 DM nebst Zinsen erhöhten und bezüglich des Feststellungsanspruchs den Wegfall der Beschränkung auf das Sanierungskonzept des Sachverständigen Sch. erstrebten. Wegen des weiteren Schadens forderten sie dagegen keine über das Urteil des Landgerichts hinausgehende Feststellung.

Daraus folgt, daß die Antragserweiterung vom 27. Januar 1983 nicht als Übergang von der den weiteren Schaden betreffenden Feststellungsklage (Feststellungsantrag zu b) zur Leistungsklage angesehen werden kann. Denn die Antragserweiterung betrifft den Instandsetzungsaufwand, der von diesem Feststellungsantrag nicht umfaßt wurde. Hinsichtlich der den Instandsetzungsaufwand betreffenden Klageanträge

erster Instanz lag eine bloße Klageerweiterung, die die Entscheidung des Landgerichts nicht berührt hätte, nicht vor. In Höhe des Betrages, den das Landgericht im Rahmen seiner Entscheidung über den Zahlungsantrag erster Instanz abgewiesen hatte, sowie hinsichtlich des über die Feststellung des Landgerichts hinausgehenden Feststellungsbegehrens (Wegfall der Beschränkung auf das Sanierungskonzept des Sachverständigen Sch. im Feststellungsausspruch zu a) handelt es sich vielmehr um einen auf neues Vorbringen gestützten Angriff auf den klageabweisenden Teil des erstinstanzlichen Urteils, der nur im Rahmen einer zulässigen Berufung oder Anschlußberufung möglich war. Soweit das erweiterte Zahlungsbegehren den Zahlungsantrag erster Instanz überstieg, handelte es sich zwar um einen teilweisen Übergang von der den Instandsetzungsaufwand betreffenden Feststellungsklage (Feststellungsantrag zu a) zur Leistungsklage und damit (auch) um eine Klageerweiterung. Dennoch verbot es sich auch insoweit, die Erfolgsaussichten ausschließlich nach den Vorschriften über die Klageerweiterung zu beurteilen. Denn das Landgericht hatte die Feststellung, daß der Architekt den noch nicht bezifferten Instandsetzungsaufwand zu ersetzen habe, auf den nach dem Sanierungskonzept des Sachverständigen Sch. erforderlichen Aufwand beschränkt und damit das weitergehende Feststellungsbegehren der Kläger abgewiesen. Der Klageerweiterung, die sich auf die Behauptung gründete, daß andere, kostspieligere Sanierungsmaßnahmen notwendig seien, konnte das Berufungsgericht nur stattgeben, wenn die vom Landgericht vorgenommene Beschränkung des Feststellungsausspruchs zu a) entfiel. Das Berufungsgericht ist nämlich an die Entscheidung der ersten

Instanz gebunden, soweit diese nicht angefochten wird (vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 44. Aufl. § 318 Anm. 1 C; Zöller/Vollkommer, ZPO 14. Aufl. § 318 Rdn. 13). Das ergibt sich aus den §§ 536, 537 ZPO, wonach das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil nur abändern darf, soweit es angefochten worden ist. Die Bindung des Berufungsgerichts besteht auch, soweit das erstinstanzliche Gericht unangefochten über eine Vorfrage entschieden hat, die für einen im Berufungsverfahren erhobenen Anspruch erheblich ist. Hat also das Gericht erster Instanz im Rahmen einer Feststellungsklage entschieden, daß bestimmte Schadensposten dem Grunde nach nicht zu ersetzen seien, so kann der Kläger diese ihm nachteilige Feststellung nur im Wege einer zulässigen Berufung oder Anschlußberufung angreifen. Er kann die dafür vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht dadurch umgehen, daß er im Verlaufe eines anderweitig durchgeführten Berufungsverfahrens den nach der Entscheidung der ersten Instanz nicht ersatzfähigen Schaden beziffert und durch Leistungsklage geltend macht, ohne die dem entgegenstehende Feststellung erster Instanz mit einem zulässigen Rechtsbehelf angefochten zu haben.

So lag der Fall hier. Die Kläger hatten die Entscheidung des Landgerichts über den Instandsetzungsaufwand, soweit sie ihnen nachteilig war, nur in Höhe von 2.600 DM fristgerecht mit ihrer eigenen Berufung angefochten. Ihre weitergehenden Anträge vom 27. Januar 1983 hätten nur noch aufgrund einer zulässigen Anschließung an die Berufung des Gegners Erfolg haben können. Diese zunächst gegebene Möglichkeit entfiel jedoch, als der Gegner sein Rechtsmittel zurücknahm.

b) Einen dieser Rechtslage entsprechenden Rat hat der Beklagte nach seinem eigenen Vortrag den Klägern nicht erteilt, ihnen vielmehr die Vorstellung vermittelt, die Antragserweiterung vom 27. Januar 1983 besitze auch nach der Rücknahme der Berufung des Gegners noch Erfolgchancen. Diese fehlerhafte Beratung stellt objektiv eine Verletzung des Anwaltsvertrages dar. Der Beklagte hat diese Pflichtverletzung fahrlässig begangen. Bei Anwendung der für einen Rechtsanwalt erforderlichen Sorgfalt hätte er erkennen können und müssen, daß nach Rücknahme der Berufung des Gegners die weitere Geltendmachung der mit Schriftsatz vom 27. Januar 1983 erweiterten Anträge keinen Erfolg mehr versprach und die Kläger einem vermeidbaren Kostenrisiko aussetzte. Die Wirkungslosigkeit der Anschlußberufung ergab sich aus dem Gesetz. Daß eine Erweiterung der eigenen Berufung ausschied, war unschwer der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu entnehmen. Weniger auf der Hand lagen die Bedenken, die gegen eine Behandlung der Antragserweiterung als bloße Klageerweiterung sprachen. Indessen mußte der Beklagte bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung der Anträge erster Instanz und der dazu ergangenen Entscheidung des Landgerichts auch erkennen, daß die Antragserweiterung vom 27. Januar 1983 einen Angriff auf die den Klägern nachteilige Entscheidung des Landgerichts über den Instandsetzungsaufwand darstellte, der nur im Rahmen einer zulässigen Berufung oder Anschlußberufung gegen das Urteil des Landgerichts Aussicht auf Erfolg bot.

c) Hätte der Beklagte die Kläger zutreffend beraten, hätten diese ihn entsprechend seinem Rat angewiesen, die erweiterten Anträge vom 27. Januar 1983 nach Rücknahme der

Berufung des Gegners nicht weiterzuverfolgen, und er wäre dieser Weisung gefolgt. Das Gegenteil hat der dafür darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht dargetan. Bei pflichtmäßigem Verhalten des Beklagten wären mithin die Kläger mit Kosten des Berufungsverfahrens nicht belastet worden. Denn in Höhe des mit der eigenen Berufung verfolgten Zahlungsanspruchs von 2.600 DM nebst Zinsen haben die Kläger obsiegt; insoweit sind dem Architekten gemäß § 91 ZPO die Kosten auferlegt worden. Der Architekt hatte ferner gemäß § 515 Abs. 3 ZPO die Kosten seiner zurückgenommenen Berufung zu tragen. Ihm hätten auch die durch die Antragserweiterung vom 27. Januar 1983 entstandenen Kosten als Kosten der Anschlußberufung auferlegt werden müssen, weil er seine zulässige Berufung vor Beginn der mündlichen Verhandlung zurückgenommen hatte (BGHZ 4, 229 ff). Die abweichende Kostenentscheidung des Oberlandesgerichts im Vorprozeß beruht darauf, daß der Beklagte die unzulässig gewordenen Anträge auch nach der Berufungsrücknahme des Gegners weiterverfolgt

hat. Der von den Klägern geltend gemachte Schaden, der der Höhe nach unstreitig ist, ist mithin durch die Pflichtverletzung des Beklagten verursacht worden.

Die Revision wird deshalb zurückgewiesen.

Merz

Zorn

Henkel

Gärtner

Winter