

Verkündet am 9. Januar 1963
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2229 042

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Maria B [REDACTED] geb. O [REDACTED] in G [REDACTED],
Se [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kreisobersekretär Hans H [REDACTED] in G [REDACTED],
Kreisbauamt,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 9. Januar 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln vom 19. April 1961 wird auf ihre
Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war im Jahre 1950 als Architekt beim Wiederaufbau des Hauses der Klägerin tätig. Nach Darstellung der Klägerin übte er die Bauleitung und Bauaufsicht aus. Die Verputzarbeiten hatte die Gewerkschaft W. [REDACTED] in K. [REDACTED]-S. [REDACTED] ausgeführt. Die Leistungen wiesen zum Teil Mängel auf. Die Rechnungen der Gewerkschaft beliefen sich auf 9 473,03 und 32,71 DM. Wegen der Höhe des verlangten Werklohnes und der Mängel der geleisteten Arbeit kam es zu Streitigkeiten zwischen der Klägerin und der Gewerkschaft. In einem Rechtsstreit verlangte die Gewerkschaft von der Klägerin Zahlung des Rechnungsbetrages von insgesamt 9 505,74 DM abzüglich gezahlter 3 000 DM. Die Klägerin erhob Widerklage auf Zahlung von 5 631,14 DM Schadensersatz. Dem Beklagten verkündete sie den Streit.

Am 24. August 1955 schlossen die Klägerin, die Gewerkschaft Windsheim und der Beklagte, der nicht durch einen Anwalt vertreten war, einen außergerichtlichen Vergleich folgenden Inhalts:

1. Die Prozeßparteien erklären wechselseitig ihre gegenseitigen Ansprüche für erledigt.
2. Die Kosten des Rechtsstreits übernimmt Herr Architekt H. [REDACTED]. (H. [REDACTED] ist der Beklagte)
3. Die Parteien erklären sich damit einverstanden, daß über die Zahlungsweise der Kosten noch eine Verständigung herbeizuführen ist.
4. Die Zahlungen sollen erfolgen zu Händen des Herrn Rechtsanwalts Dr. Ba. [REDACTED]. (Rechtsanwalt Dr. Ba. [REDACTED] war der Prozeßbevollmächtigte der damaligen Beklagten, jetzigen Klägerin).

Für den Fall der ordnungsgemäßen Zahlung der Kosten verzichten die beiden Prozeßparteien auf ihre Rückgriffsansprüche gegen den Architekten H. [REDACTED].

- 3 -

5. Bleibt Herr Architekt H. [REDACTED] mit einer Zahlungsrate länger als eine Woche im Rückstand, so soll der jeweilige Restbetrag sofort fällig werden.

6. ...

7. ..."

Am 13. September 1955 ließen die damaligen Prozeßparteien den Vergleich vor dem Landgericht in Köln protokollieren. Dabei wurde folgender Zusatz aufgenommen:

"8. Im Verhältnis der Parteien zueinander tragen die Prozeßparteien von den Gesamtkosten des Verfahrens je 1/2."

Nach den Angaben, die Rechtsanwalt Dr. Ba. [REDACTED] dem Beklagten machte, betrugen die Gesamtkosten des Verfahrens 3 520,17 DM, wobei auf die Klägerin 1 819,09 DM entfielen.

Der Beklagte vereinbarte mit Rechtsanwalt Dr. Ba. [REDACTED] Teilzahlungen von 100 DM monatlich ab 1. Dezember 1955. Die Rate für Dezember 1955 leistete er am 1. Dezember, die Rate für Januar 1956 am 6. Januar 1956, die Februar-Rate am 7. Februar 1956 und die März-Rate am 8. März 1956. Am 10. April 1956 bat er Rechtsanwalt Dr. Ba. [REDACTED] um Geduld, da er die April-Rate noch nicht aufbringen könne. Der Ehemann der Klägerin veranlaßte darauf, daß der Beklagte mit einem Schreiben vom 20. April 1956 aufgefordert wurde, den Restbetrag von angeblich 1 669,09 DM alsbald zu zahlen, weil die Voraussetzungen der Verfallklausel des Vergleiches vom 24. August 1955 vorlägen. 200 DM zahlte der Beklagte mit dem Vermerk "April und Mai 1956" am 27. April 1956 und weitere 50 DM Anfang Juni 1956. Die Klägerin erwirkte darauf einen Zahlungsbefehl über 1 669,09 DM, den sie später um gezahlte 150 DM



ermäßigte. Im Juli 1956 zahlte der Beklagte den von der Klägerin noch geforderten Betrag bis auf einen Rest von 400 DM. Der Beklagte hatte nämlich während des Rechtsstreites zwischen der Gewerkschaft W [REDACTED] und der Klägerin an die Klägerin und ihren Ehemann zur Finanzierung des Rechtsstreits bereits 400 DM gezahlt. Wegen dieses Betrages kam es nunmehr zu einem Rechtsstreit zwischen der Klägerin und dem Beklagten. Der Beklagte wurde von dem Amtsgericht zur Zahlung verurteilt, weil die gezahlten 400 DM auf außergerichtliche Auslagen der Klägerin und ihres Ehemannes zu verrechnen seien. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Der Beklagte hat den Urteilsbetrag nebst Kosten bezahlt.

Mit der Begründung, der Beklagte habe seine Verpflichtungen aus dem Vergleich vom 24. August 1955 nicht ordnungsgemäß erfüllt, macht die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit ihre Rückgriffsansprüche gegen den Beklagten geltend, auf die sie in Nr. 4 des Vergleiches verzichtet hatte. Sie verlangt Ersatz der ihr durch die mangelhaften Verputzarbeiten der Gewerkschaft W [REDACTED] entstandenen Schäden. Sie behauptet, der Beklagte habe die Arbeiten nicht genügend beaufsichtigt und ohne Rügen abgenommen. Hierdurch habe er sie, die Klägerin, zur Zahlung von 3 000 DM und Hingabe eines Wechsels über weitere 1 500 DM veranlaßt. Da die Gewerkschaft Windsheim zahlungsunfähig sei, seien Schadensersatzansprüche gegen sie nicht durchzusetzen. Die Klägerin gibt den ihr durch die Mängel der Verputzarbeiten entstandenen Schaden mit 10 162,01 DM an. Sie verlangt ferner 62 DM als den durch die Zahlung

des Finanzierungsbetrages von 400 DM nicht abgedeckten Teil ihrer außergerichtlichen Auslagen, die sie im Rechtsstreit gegen die Gewerkschaft Windsheim gehabt habe. Insgesamt begehrt die Klägerin Zahlung von 10 224,01 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht versagt der Klägerin Schadensersatzansprüche in erster Reihe mit der Begründung, daß der im Vergleich ausgesprochene Verzicht auf Rückgriffsansprüche endgültig wirksam geworden sei, weil der Beklagte seine Verpflichtungen aus dem Vergleich ordnungsgemäß erfüllt habe. Unter ordnungsgemäßer Zahlung im Sinne der Nr. 4 Absatz 2 des Vergleiches sei nämlich nach dem Willen der Beteiligten weniger zu verstehen als eine ganz pünktliche Entrichtung der Raten. Nur ein schwerer wiegender erheblicher Verstoß des Beklagten, wie er tatsächlich nicht vorgekommen sei, habe den Verzicht hinfällig machen sollen.

Ob diese Auffassung, die die Revision mit der Rüge, Auslegungs- und Verfahrensvorschriften seien verletzt, angreift, der rechtlichen Nachprüfung standhält, bedarf keiner Erörterung. Auf jeden Fall rechtfertigt sich nämlich die Entscheidung aus den weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts. Dieses führt aus, der Anspruch der

Klägerin sei selbst dann nicht begründet, wenn das Verhalten des Beklagten als nicht ordnungsgemäße Zahlung im Sinne der Nr. 4 Absatz 2 des Vergleiches zu werten wäre. Bei nicht ordnungsgemäßer Erfüllung habe der Klägerin ein Wahlrecht zugestanden. Sie habe wählen können, ob sie auf der Erfüllung des Vergleiches bestehen oder auf ihre früheren Ansprüche zurückgreifen wolle. Ein vertragswidriges Verhalten des Beklagten könne für die Klägerin nicht zu einem Verlust ihrer Ansprüche aus dem Vergleich führen. Ihr habe deshalb das Recht bleiben müssen, ihre Ansprüche aus dem Vergleich auch beizutreiben, wenn der Beklagte nicht ordnungsgemäß zahle. Sie sei zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet gewesen, auf ihre früheren Ansprüche zurückzugreifen, sondern habe selbst entscheiden können, was ihr günstiger erscheine. Keinesfalls sei es aber Sinn des Vergleiches gewesen, der Klägerin beides, sowohl den Ersatz der Verputzschäden wie Erstattung der Prozeßkosten zu gewähren, weil das zu einer nicht zu rechtfertigenden Bereicherung der Klägerin geführt hätte. Die Klägerin habe ihr Wahlrecht spätestens dadurch ausgeübt, daß sie im Vorprozeß den Beklagten auf Zahlung der Prozeßkosten in Anspruch genommen habe. Damit habe sich ihre Forderung wieder, so als ob ordnungsgemäß gezahlt worden sei, auf die Prozeßkosten gemäß dem Vergleich beschränkt.

2. a) Die Revision macht geltend, die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Kosten aus dem von der Gewerkschaft gegen sie geführten Rechtsstreit und der Anspruch auf Ersatz von Schäden wegen der mangelnden Bauaufsicht sich ausschließen, sei irrig. Daß es zu dem Rechtsstreit mit

der Gewerkschaft Windsheim gekommen sei, beruhe im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten ebenfalls auf dessen Verschulden. Es sei daher nicht anzunehmen, daß die Klägerin und ihr Ehemann von vornherein auf die Erstattung dieses Teiles ihres Schadens, nämlich der Prozeßkosten, endgültig hätten verzichten wollen.

Die Revision hat das Berufungsgericht mißverstanden. Das Berufungsgericht ist keineswegs der Auffassung, der Klägerin stehe schlechthin entweder nur ein Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten oder nur ein Anspruch auf Ersatz der Bauschäden zu. Die Wendungen des Berufungsgerichts beziehen sich ersichtlich nur auf die Verpflichtung des Beklagten aus dem Vergleich. Was das Berufungsgericht mit dem Ausspruch, es sei nicht der Sinn des Vergleiches, der Klägerin beide Ansprüche zu gewähren, meint, ergibt sich aus seinen Ausführungen an anderer Stelle und aus der Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts. Das Berufungsgericht will sagen, die Bestimmung der Nr. 5 des Vergleiches über die sofortige Fälligkeit des Anspruches auf Zahlung der Prozeßkosten und die Bestimmung der Nr. 4 Absatz 2 über das Wiederaufleben der alten Schadensersatzforderungen könnten nicht gleichzeitig, sondern nur alternativ wirksam werden. Das heißt: Die Klägerin durfte nach Ansicht des Berufungsgerichts bei nicht ordnungsmäßiger Zahlung entweder beim Vergleich stehen bleiben und nach dessen § 5 sofortige Zahlung des gesamten Prozeßkostenrestes verlangen oder aber sie durfte mit dem ihr nach § 4 Absatz 2 zustehenden Rücktritt vom Verzicht den Vergleich hinfällig machen mit der Folge, daß sie den Beklagten auf Schadensersatz

wegen Verletzung des Architektenvertrages in Anspruch nehmen kann, aber der Beklagte andererseits nicht mehr auf Grund des § 5 des Vergleiches die Erstattung der Prozeßkosten des mit der Gewerkschaft geführten Rechtsstreites schuldet. Das Berufungsgericht legt in Übereinstimmung mit dem Landgericht den Vergleich dahin aus, daß die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung von Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung und seine im Vergleich übernommene Verpflichtung zur Zahlung der Kosten miteinander verknüpft sind. Daraus folgert das Berufungsgericht, daß die Verpflichtung des Beklagten entfalle, Schadensersatz wegen der Verputzschäden zu leisten, sofern die Klägerin nach dem Vergleich Ersatz der Prozeßkosten verlange, wie umgekehrt ein etwaiger Anspruch der Klägerin auf Ersatz der durch mangelhafte Verputzung entstandenen Schäden nur wieder auflebe, wenn sie davon absehe, auf Grund des Vergleiches den Anspruch auf Kostenerstattung geltend zu machen.

Eine ganz andere, vom Berufungsgericht nicht behandelte Frage ist, ob die Klägerin, wenn sie sich vom Vergleich löst, Ersatz der Kosten des Prozesses mit der Gewerkschaft vom Beklagten unter dem Gesichtspunkt schuldhafter Verletzung des Architektenvertrages verlangen könne. Es unterliegt keinen Bedenken, daß vom Beklagten verursachte Kosten des Rechtsstreits mit der Gewerkschaft Teil des der Klägerin erwachsenen Schadens sind und, wenn der Beklagte Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung leisten müßte, von ihm ebenfalls zu ersetzen wären. Wenn es der Klägerin erfolgversprechend erschien, ihren gesamten Schaden, also sowohl die Verputzschäden als die Prozeßkosten, geltend

zu machen, so hätte sie vom Vergleich völlig Abstand nehmen können, wäre allerdings, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, Gefahr gelaufen, infolge Beweisschwierigkeiten mit ihren Ansprüchen ganz oder teilweise zu unterliegen. Das alles durfte das Berufungsgericht aber unerörtert lassen, weil es, wie noch auszuführen ist, ohne Rechtsirrtum annimmt, daß die Klägerin beim Vergleich stehen geblieben ist. Alle Rügen der Revision, daß die Auffassung des Berufungsgerichts darauf hinauslaufe, der Klägerin neben einem Schadensersatzanspruch wegen der Prozeßkosten den Anspruch auf Ersatz weiterer Schäden zu versagen, gehen daher fehl.

b) Die Auslegung des Berufungsgerichts, daß der Klägerin im Vergleich nur die Möglichkeit hat eingeräumt werden sollen, sich bei Säumnis des Beklagten entweder ganz vom Vergleich zu lösen oder aber bei ihm im vollen Umfange stehen zu bleiben, läßt auch im übrigen einen Rechtsirrtum nicht ersehen. Es stellt entgegen der Auffassung der Revision keinen Verfahrensfehler dar, wenn das Berufungsgericht bei der Erforschung des Willens der Parteien die von ihm getroffene Feststellung verwertet, die Klägerin habe damit gerechnet, daß ihre Schadensersatzansprüche gegen die Gewerkschaft nur in Höhe von etwa 3 000 DM oder wenig mehr anerkannt würden und folglich auch der Beklagte nur in dieser Höhe hafte, so daß die vom Beklagten übernommenen Prozeßkosten etwa in Höhe des Schadensersatzanspruches gelegen hätten. Das Berufungsgericht legt ersichtlich zugrunde, der Beklagte habe zu dem Vergleich mit etwas mehr als 3 000 DM beitragen sollen; zum Ersatz der gesamten Prozeßkosten mit über 3 000 DM sei er zwar an sich nicht verpflichtet gewesen, doch sei es von geringer

Bedeutung gewesen, ob der vom Beklagten zugestandene Betrag als Ersatz der Verputzschäden oder als Kostenersatz bezeichnet wurde. Das Berufungsgericht konnte ohne Rechtsverstoß hieraus schließen, es sei nicht der Wille der Parteien gewesen, daß der Beklagte, sofern die Klägerin trotz seiner Säumigkeit beim Vergleich stehen bleibe, außer den Prozeßkosten noch den weiteren Schaden trage. Nicht zu beanstanden ist auch, wenn das Berufungsgericht dabei in Erwägung zieht, eine solche Regelung hätte zu einer nicht zu rechtfertigenden Bereicherung der Klägerin, - richtiger, zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des Beklagten -, geführt. Nach der Darstellung der Klägerin sind die Kosten des von der Gewerkschaft gegen sie angestregten Rechtsstreites ein Teil des Schadens, der ihr dadurch entstanden sein soll, daß der Beklagte seine Verpflichtungen aus dem Architektenvertrage verletzt habe. In der Übernahme der gesamten Kosten durch den Beklagten und dem Verzicht der Klägerin auf weitere Schadensersatzansprüche liegt, wie das Berufungsgericht unbedenklich annimmt, das gegenseitige Nachgeben der Parteien beim Abschluß des Vergleiches. Denn ob und wieweit eine Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz der Prozeßkosten überhaupt bestand, hing eng mit der Frage zusammen, ob die Leistungen der Gewerkschaft mangelhaft gewesen waren und der Beklagte die Bauaufsicht nachlässig ausgeübt hatte. Keinesfalls stand, wie die Revision meint, bei Vergleichsschluß fest, daß der Beklagte die gesamten Kosten der beiden Parteien des Rechtsstreites der Gewerkschaft Windsheim mit der Klägerin zu tragen habe. Die von der Revision erstrebte Auslegung des Vergleiches hätte also zur Folge, daß zwar die Klägerin

ihre Ansprüche wegen Verputzschäden wieder geltend machen könnte, der Beklagte jedoch an seinen Verzicht auf Einwendungen gegen die Kostenforderung gebunden bliebe.

Mit den sonstigen Rügen wendet die Revision in unzulässiger Weise die Auslegung der Erklärungen der bei dem Vergleich beteiligten Parteien. Sie will mit ihrem Vorbringen lediglich eine der Klägerin günstige Auslegung anstelle der vom Tatrichter getroffenen setzen.

c) Die Revision greift schließlich auch die Auffassung des Berufungsgerichts an, die Klägerin habe dadurch, daß sie in dem zwischen den Parteien geführten Vorprozeß den Beklagten auf Zahlung der Prozeßkosten in Anspruch genommen habe, ihr Wahlrecht ausgeübt. Die Revision meint, die Klägerin habe nicht wählen wollen, denn sie sei davon ausgegangen, daß ihr sowohl der Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten nach dem Vergleich als auch ein Anspruch auf Ersatz allen weiteren Schadens zustehe. Dem sei im Vorprozeß auch der Beklagte nicht entgegen getreten.

Von einer eigentlichen Wahlschuld kann allerdings nicht gesprochen werden. Der Vergleich war nicht auf mehrere Einzelleistungen gerichtet. Über eine Verpflichtung des Beklagten zur Entschädigung wegen mangelhafter Verputzarbeiten besagte er nichts. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob bei einer Wahlschuld eine wirksame Wahlerklärung dann nicht vorliegt, wenn der Berechtigte in Unkenntnis des Wahlrechts eine Leistung fordert. Hier stand nach der Auslegung des Berufungsgerichts der Klägerin das Recht zu, entweder bei dem Vergleich stehen zu bleiben oder von ihm zurückzutreten. Die Klägerin hat nach der insoweit rechtsirrtumsfreien Ansicht des Berufungsgerichts

durch ihr Verhalten im Vorprozeß erklärt, daß sie die Erfüllung des Vergleiches verlange. Ob sie dabei von der falschen Vorstellung ausging, ihr Verzicht auf Ersatz der Verputzschäden sei trotz Aufrechterhaltung des Vergleiches hinfällig, ist für die Wirksamkeit ihrer Erklärung unerheblich. Es läge allenfalls ein Irrtum über die rechtlichen Auswirkungen ihrer Erklärung vor. Ob ein solcher Irrtum zur Anfechtung berechtigt hätte, bedarf keiner Erörterung. Die Klägerin hat eine Anfechtung nicht erklärt; sie beansprucht auch jetzt noch Erfüllung des Vergleiches. Insoweit hat die Revision auch keine Rügen erhoben.

II. Das Berufungsgericht hat der Klägerin ohne Rechtsverstoß auch den Betrag von 62 DM als Rest der nach dem Vergleich geschuldeten Kosten des von der Gewerkschaft W [REDACTED] gegen sie geführten Rechtsstreit versagt. Es handelt sich einmal um 60 DM Kosten für ein am 20. Dezember 1950 von der Klägerin eingeholtes Privatgutachten. Das Berufungsgericht führt aus, diese Kosten habe die Klägerin eindeutig nicht im Zusammenhang mit dem Prozeß aufgewandt, weil die Klage ihr erst am 1. Februar 1951 zugestellt worden sei. Die Revision macht geltend, auch Vorbereitungskosten zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung seien zu erstatten. Damit kann die Revision aber nicht gehört werden. Nach dem Schreiben des Ehemannes der Klägerin vom 14. Dezember 1950, auf das die Revision sich bezieht, ist das Gutachten nicht mit Rücksicht auf einen in Aussicht stehenden Rechtsstreit eingeholt worden. Der Ehemann der Klägerin wendet sich unter Berufung auf das Gutachten nur dagegen, daß die Gewerkschaft W [REDACTED] ein Akzept über 1 500 DM in Verkehr bringe. Wenn das Berufungsgericht das Verhalten des Ehemannes dahin würdigt, er habe das Gutachten nicht mit Rücksicht auf einen in Aussicht stehenden

Rechtsstreit eingeholt, so ist das nicht zu beanstanden. Hinsichtlich des Restes von 2,- DM führt das Berufungsgericht aus, in dem Urteil des zwischen den Parteien geführten Vorprozesses sei der Klägerin für eine von ihr unternommene Fahrt von G [REDACTED] nach K [REDACTED] ein Betrag von 12,- DM für Verdienstaussfall zugesprochen worden. Hierauf habe sie aber als Hausfrau keinen Anspruch. Die Revision entgegnet, auch einer Hausfrau stehe ein Anspruch auf Entschädigung für Zeitversäumnis zu. Eines Eingehens auf diese Frage bedarf es nicht. Da von den in den Gründen des Vorurteils behandelten 12,- DM ein Teil von 10,- DM in Rechtskraft erwachsen ist, hat die Klägerin für eine Fahrt den Betrag von 10,- DM erhalten. Wenn das Berufungsgericht der Ansicht ist, daß jedenfalls ein höherer Betrag als 10,- DM als Entschädigung für Zeitversäumnis einer Hausfrau nicht angemessen sei, so zeigt das keinen Rechtsirrtum.

III. Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Artl

Dr. Messner

Dr. Dorschel