

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 123/65**URTEIL****Verkündet am**

15. Februar 1968

Horn,

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Architekten Gerhard D [REDACTED], B [REDACTED],
R [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma R [REDACTED]-B [REDACTED]AG, D [REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstand, Direktoren Willi B [REDACTED]
und Heinz N [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 22. Juni 1965 wird als unzulässig verworfen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte beauftragte die Klägerin, sein Grundstück in K aufzubauen. Nach Beginn der Arbeiten kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten. Sie schlossen am 24. August 1961 einen Vergleich, wonach die Klägerin ihre Arbeiten einstellen und die bisher erbrachten Leistungen abrechnen sollte. Der Beklagte verpflichtete sich, den sich daraus ergebenden Betrag nach Abzug der schon geleisteten Zahlungen "in voller Höhe ohne Einbehalte unverzüglich" zu begleichen.

Aus dieser Abrechnung verlangte die Klägerin mit der Klage die Zahlung von 46.619,79 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte machte Mängeleinreden geltend und rechnete außerdem mit einer Gegenforderung von 47.579,42 DM auf.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 45.085,73 DM verurteilt und die Klage in Höhe von 1.534,06 DM abgewiesen. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung der Klägerin wurde der Beklagte zur Zahlung auch der restlichen 1.534,06 DM verurteilt.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Revision eingelegt mit dem Antrag, das Urteil insoweit aufzuheben, als es in den Entscheidungsgründen die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung für unbegründet erklärt hat. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unzulässig, weil die Revisionssumme nicht erreicht ist (§ 546 Abs. 1 ZPO).

1. Das Berufungsgericht hält die Werklohnforderung der Klägerin in voller Höhe für begründet, die Mängelrügen des Beklagten für unbegründet. Die Aufrechnung des Beklagten hat es als unzulässig zurückgewiesen, da durch den Vergleich der Parteien eine Aufrechnung vertraglich ausgeschlossen worden sei. Es führt dann (Bl. 13 f BU) weiter aus, daß die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung des Beklagten auch sachlich nicht begründet sei.

2. Der Beklagte greift mit der Revision weder seine Verurteilung noch die Zurückweisung der Aufrech-



nung wegen Unzulässigkeit an. Er wendet sich lediglich dagegen, daß das Berufungsgericht über die Aufrechnungsforderung sachlich entschieden habe. Das rügt er als rechtsfehlerhaft, weil nicht klar sei, ob seine Gegenforderung mit der Rechtskraftwirkung des § 322 Abs. 2 ZPO endgültig abgewiesen worden sei oder ob er sie noch geltend machen könne.

3. Der Revisionsantrag rechtfertigt nicht die Annahme einer Beschwer, die über 15.000,-- DM liegt.

Die von dem Beklagten behauptete Unklarheit über die Rechtskraftwirkung des angefochtenen Urteils besteht nicht. Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung gegen die Werklohnforderung der Klägerin für unzulässig erklärt. Damit war einer mit der Rechtskraftwirkung des § 322 Abs. 2 ZPO ausgestatteten sachlichen Entscheidung über diese Forderung die Grundlage entzogen. Was "darüber hinaus" zur sachlichen Unbegründetheit der Aufrechnungsforderung gesagt wurde, ist unmißverständlich nur eine Hilfsbegründung, die nicht mehr zum Zuge kommt, weil die Hauptbegründung durchgreift.

Der Hinweis des Beklagten auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in RGZ 132, 305, 306 und des Bundesgerichtshofs in LM Nr. 5 zu § 33 ZPO geht fehl. Dort hatte das Berufungsgericht - anders als hier - die Entscheidung über die Zulässigkeit der Aufrechnung offen-gelassen mit der Begründung, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung jedenfalls sachlich nicht begründet sei. Damit war in der Tat eine Unklarheit über die Rechtskraftwirkung des Urteils hinsichtlich der Gegenforderung eingetreten (vgl. auch das Urteil des Senats

vom 25. Januar 1968 - VII ZR 102/65 -). Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht aber die Zulässigkeit der Aufrechnung abschließend verneint, so daß insoweit über den Umfang der Rechtskraft keine begründeten Zweifel bestehen.

Der Beklagte ist deshalb durch das Urteil, soweit er es angefochten hat, nur insoweit beschwert, als er durch die das Urteil nicht tragende Sachentscheidung nach seiner Meinung Gefahr laufen könnte, ihm werde später entgegengehalten werden, sie sei ihm schon rechtskräftig abgesprochen worden. Die Gefahr einer solchen rechtsirrtümlichen Auffassung des Gerichts, das sich mit der Entscheidung über diese Forderung zu befassen hätte, ist aber nur gering, zumal auch die Klägerin selbst auf dem Standpunkt steht, daß über die Aufrechnungsforderung noch nicht mit der Rechtskraftwirkung des § 322 Abs. 2 ZPO entschieden worden sei.

Unter diesen Umständen kann eine Beschwer des Beklagten nicht in voller Höhe der Urteilssumme angenommen werden. Sie kann nach Auffassung des Senats höchstens mit etwa 10 % der Urteilssumme = 5.000,-- DM geschätzt werden (§ 3 ZPO).

4. Die Revision des Beklagten ist deshalb gemäß §§ 546 Abs. 1 und 554 a Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Der Antrag des Beklagten, gem. § 7 Abs. 1 S. 1 GKG
keine Kosten zu erheben, ist schon deshalb unbegründet,
weil die Revision unzulässig ist.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke