

BUNDESGERICHTSHOF

097

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 151/69

URTEIL

Verkündet am

3. Dezember 1970

Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der P[REDACTED] Aufbau- und Grundstücks-Verwaltungs-
Gesellschaft mbH, vertreten durch ihre Geschäfts-
führerin Irmgard H[REDACTED], P[REDACTED]-E[REDACTED], D[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin, Beru-
fungsklägerin und Revisionsklä-
gerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Georg A [REDACTED] - A c [REDACTED] ,
P[REDACTED]-W[REDACTED], R[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Beru-
fungsbeklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

1. Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden die Urteile des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 25. März 1969 und der 2. Zivilkammer des Landgerichts in Köln vom 20. Juni 1968 insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 9.067,76 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.
2. In Höhe von 200 DM nebst Zinsen wird die Klage abgewiesen.
3. Im übrigen wird die Revision mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Widerklage unbegründet ist.
4. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat die Abbrucharbeiten für eine Reihe von Grundstücken der Beklagten durchgeführt und macht hierfür eine Restforderung von 8.000 DM geltend, ferner

- 3 -

noch weitere 1.276,76 DM für den Abbruch der Fundamente auf dem Grundstück G[REDACTED]gasse in K[REDACTED]. In letzterem Betrag sind 400 DM enthalten, die der Kläger über den vereinbarten Pauschalpreis hinaus verlangt, weil er bei dem Abbruch wider Erwarten auf besonders hartes Mauerwerk gestoßen sei, was den Einsatz eines Kompressors erfordert habe.

Er hat mit der Klage insgesamt 9.267,76 DM geltend gemacht.

Die Beklagte wendet ein, der Kläger habe die Abbrucharbeiten mangelhaft durchgeführt, denn es sei noch in erheblichem Umfang Mauerwerk stehen geblieben, dessen Entfernung etwa 26.000 DM erfordere, so daß ihr in dieser Höhe ein Gegenanspruch zustehe. Den Anspruch von 1.276,76 DM bestreitet sie in Höhe der zusätzlich verlangten 400 DM. Ferner macht die Beklagte noch einen Anspruch auf Vertragsstrafe von 100 DM täglich geltend, weil der Kläger mit dem Abbruch des Gebäudes Sp[REDACTED]gasse [REDACTED] etwa 130 Tage in Verzug geraten sei. Mit ihren Gegenforderungen rechnet die Beklagte auf.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 5.867,76 DM verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt, der Kläger jedoch "abzüglich eines Betrages von 200 DM" im Hinblick darauf, daß noch kleine Trümmerreste übriggeblieben seien. Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts nebst dem ihm zugrundeliegenden Verfahren in vollem Umfang aufgehoben und die Sache gem. § 539 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen.



Das Landgericht hat nunmehr der Klage in voller Höhe von 9.267,76 DM stattgegeben.

Die Beklagte hat wiederum Berufung eingelegt. Sie verfolgt ihren Vertragsstrafenanspruch jetzt auch in Höhe eines Teilbetrags von 10.000 DM im Wege der Widerklage. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen und die Widerklage gem. § 529 Abs. 4 ZPO nicht zugelassen.

Mit der Revision begehrt die Beklagte die Abweisung der Klage und Verurteilung des Klägers nach der Widerklage. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Forderung des Klägers von 8.000 DM.

a) Die Klage ist in Höhe von 200 DM abzuweisen. Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben übersehen, daß der Kläger mit seiner Berufung gegen das erste Urteil des Landgerichts die Abweisung seiner Klage in Höhe von 200 DM nicht angefochten hat. Er hat dazu erklärt, daß er wegen stehengebliebener Trümmerteile diesen Betrag an seiner Forderung absetze. Wenn der Kläger - gestützt auf die Rechtskraft des insoweit unrichtigen ersten Berufungsurteils - diesen Anspruch nunmehr wieder verfolgt, so setzt er sich in Widerspruch mit seinem bisherigen Verhalten. Er hat hierzu auch nichts Neues mehr vorgetragen.

b) Wegen der restlichen 7.800 DM ist die Revision nicht begründet.

Der Streit der Parteien geht im wesentlichen darum, ob der Kläger verpflichtet war, das nach hinten ansteigende Grundstücksgelände Kl[redacted]hof [redacted], wie der Kläger meint, bis zur "Erdgleiche", d.h. bis zum gewachsenen Boden abzutragen, oder, wie die Beklagte behauptet, es planparallel bis zur Höhe der Straßenoberkante abzutragen.

Das Berufungsgericht legt die vertragliche Vereinbarung der Parteien zu diesem Punkt dahin aus, daß der Kläger das Grundstück nur bis zur "Erdgleiche" habe abbrechen müssen. Es stützt sich dabei auf das Schreiben der Beklagten vom 27. Dezember 1962, in welchem es u.a. heißt:

"Unter Bezugnahme auf die zwischen Ihnen und unserem Herrn Wilfried H[redacted] geführte Rücksprache... möchten wir Ihnen bestätigen, daß Sie die Häuser am Kl[redacted]hof, Sp[redacted]gasse etc. nur bis zur Erdgleiche abzureißen brauchen und dafür das Anwesen L[redacted]straße abreißen " (Bl. 104).

In seinem Antwortschreiben vom 29. Dezember 1962 hat der Kläger zwar u.a. ausgeführt:

"Wir erlauben uns, den erteilten Auftrag in einigen Punkten klar zu stellen und zwar:

1. Die Häuser im Kl[redacted]hof und Sp[redacted]gasse werden bis zur Straßenhöhe abgebrochen und die Hohlräume angefüllt " (Bl. 95).

Das Berufungsgericht ist jedoch der Auffassung, daß dies seiner Auslegung nicht entgegenstehe; der Kläger habe sich insoweit im Ausdruck vergriffen.

Diese Vertragsauslegung läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet deshalb das Revisionsgericht. Das Schreiben des Klägers vom 29. Dezember 1962 zwingt nicht zu einer gegenteiligen Auffassung. Ursprünglich war der Abbruch bis zur Kellersohle vorgesehen. Wenn sich nun die Beklagte in ihrem Schreiben vom 27. Dezember 1962 mit einem Abbruch nur bis zur Erdgleiche einverstanden erklärte und als Gegenleistung für diese Erleichterung den unentgeltlichen Abbruch des Gebäudes in der I[REDACTED]straße verlangte, so durfte das Berufungsgericht das Antwortschreiben des Klägers vom 29. Dezember 1962 als Einverständnis mit dem Vorschlag der Beklagten verstehen. Daß der Kläger damit auch sagen wollte, er verpflichtete sich, das ansteigende Grundstück Kl[REDACTED]-hof planparallel zur Straße abzutragen, brauchte dem Schreiben nicht entnommen zu werden. Es wäre auch nicht ohne weiteres verständlich, wenn sich der Kläger über das von der Beklagten in ihrem Schreiben vom 27. Dezember 1962 Verlangte hinaus zu einer zusätzlichen Leistung verpflichtet hätte, die, wie die Beklagte behauptet, einen Aufwand von etwa 26.000 DM erfordert.

Die gegen die Auslegung des Berufungsgerichts gerichteten Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für unbegründet befunden.

2. Forderung des Klägers von 1.267,76 DM
(Abbruch G[REDACTED]gasse):

Diese Forderung wird von der Beklagten nur in Höhe von 400,-- DM bestritten.

Die gegen die Zuerkennung dieses Mehrbetrags gerichtete Revision der Beklagten ist schon deshalb nicht

begründet, weil es zu diesem selbständigen Anspruch des Klägers an einer Berufungsbegründung fehlte. Die Berufung hätte insoweit als unzulässig verworfen werden müssen (§ 519 Abs. 3, § 519 b Abs. 1 ZPO; BGHZ 22, 272, 278)

3. Aufrechnung mit Vertragsstrafe:

Die Beklagte hat wegen Verzugs bei den Abbrucharbeiten an dem Grundstück Sp[]gasse [] einen Anspruch auf Vertragsstrafe in Höhe von 13.000 DM geltendgemacht.

Das Berufungsgericht hat diese Forderung für unbegründet erachtet.

Der hiergegen gerichteten Revision der Beklagten muß der Erfolg versagt werden.

a) Am 25. April 1962 schrieb die Beklagte, nachdem sie die abzubrechenden Häuser aufgezählt hatte, dem Kläger u.a.:

"Da, wie Sie wissen, wir sehr knappe Termine zur Ausführung haben, können wir Ihnen den Auftrag nicht geschlossen geben, sondern nur immer so, wie die Häuser frei werden und Sie die von uns übernommenen Termine jeweils gewährleisten können.

Für das Haus von W[]straße [] geben wir Ihnen hiermit den Auftrag zu vorgenanntem Preis und zwar muß mit den Arbeiten am 7. Mai begonnen werden und bis zum 25. Mai 62 fertiggestellt. Der Preis von 5.600 DM versteht sich bei Einhaltung des Termins. Sollten Sie den Termin überschreiten, verringert sich der Preis um 100,- DM pro Tag.."

Das Berufungsgericht legt dieses Schreiben dahin aus, daß eine Vertragsstrafe nur für das Haus von W[]straße [] vereinbart worden ist.

Diese Auslegung läßt keinen Rechtsfehler erkennen und ist für das Revisionsgericht bindend.

Die mit der Revision geltendgemachten Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht begründet erachtet.

b) Im übrigen erweist sich der Anspruch der Beklagten schon deshalb als unbegründet, weil sie nicht vorgebracht hat, daß - was zur Schlüssigkeit der Forderung gehört - sie sich bei Annahme der Erfüllung das Recht auf die Vertragsstrafe vorbehalten hat (§ 341 Abs. 3 BGB). Die hierzu in der Revisionsbegründung angeführten Schreiben lassen das nicht erkennen. Etwaige dahingehende Äußerungen des Gläubigers vor oder nach Annahme der Erfüllung sind wirkungslos, sie können den bei Annahme der Erfüllung unterlassenen Vorbehalt nicht ersetzen (BGHZ 33, 236 mit weiteren Nachweisen).

4. Widerklage

Da über den mit der Widerklage in Höhe von 10.000 DM geltend gemachten Vertragsstrafenanspruch durch Verneinung der Aufrechnung bereits in Höhe der zuerkannten Klagesumme von 9.067,76 DM rechtskräftig entschieden worden ist (§ 322 Abs. 2 ZPO), verbleibt für die Entscheidung über die Widerklage nur noch ein Betrag von 3.932,24 DM.

Insoweit hat das Berufungsgericht die Widerklage gem. § 529 Abs. 4 ZPO nicht zugelassen, da ihre Zulassung nicht sachdienlich sei, die Entscheidung des Rechtsstreits auch verzögere.

a) Das wird mit der Revision zu Recht gerügt.

Die Frage der Sachdienlichkeit unterliegt der Nachprüfung durch das Revisionsgericht allerdings nur insoweit, als der Tatrichter den Rechtsbegriff der Sachdienlichkeit verkannt und damit die Grenzen seines Ermessens überschritten hat (BGHZ 1, 65, 71; 16, 317, 322). Das ist hier der Fall. Das Berufungsgericht hat über den größten Teil des mit der Widerklage geltendgemachten Anspruchs bereits im Rahmen der Aufrechnung abschließend entschieden und es ist deshalb nicht erfindlich, inwiefern es dann nicht sachdienlich sein sollte, mit derselben Begründung auch über den für die Widerklage verbleibenden Teil zu entscheiden. Eine weitere Beweisaufnahme wäre nicht erforderlich gewesen, und der Rechtsstreit wäre damit abgeschlossen worden.

b) Das angefochtene Urteil braucht jedoch aus diesem Grunde nicht aufgehoben zu werden. Das Berufungsgericht wäre im Falle einer Zurückverweisung an die Rechtsansicht des Revisionsgerichts gebunden (§ 565 Abs. 2 ZPO) und müßte nun über die Widerklage sachlich entscheiden. Zu dieser Entscheidung ist aber unter den gegebenen Umständen auch das Revisionsgericht in der Lage. Grundsätzlich ist es allerdings im Falle einer Klageabweisung durch Prozeßurteil nicht berechtigt, selbst sachlich zu entscheiden. Das bedeutet jedoch nicht, daß ihm dies schlechthin verwehrt ist, wenn wie hier der Klagevortrag nach jeder Richtung unschlüssig und keine Möglichkeit zu erkennen ist, daß die Klägerin (hier: Widerklägerin) ihren Anspruch durch Einführung neuen Prozeßstoffes noch schlüssig machen könnte (u.a. BGHZ 12, 308, 316 und insbesondere 33, 398, 400 f).

Das Urteil kann daher mit der Maßgabe bestätigt werden, daß die Widerklage nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abgewiesen wird.

Das angefochtene Urteil ist deshalb nur insoweit aufzuheben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 9.067,76 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Das Urteil des Landgerichts ist dahin abzuändern, daß die Klage in Höhe von 200 DM abgewiesen wird.

Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

Die Kosten der Revision hat die Beklagte zu tragen (§ 97 ZPO). Die Abweisung der Klage in Höhe von 200 DM braucht wegen der Geringfügigkeit dieses Betrags bei der Kostenentscheidung nicht berücksichtigt zu werden (§ 92 Abs. 2 ZPO).

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke