

Verkündet am 20. Mai 1963
Woitschek, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

des Wasch- und Plättmeisters Walter A. [REDACTED], B. [REDACTED]-S. [REDACTED],
M. [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten, Widerklägers, Berufungs-
klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Maurer- und Zimmermeister Helmut M. G. [REDACTED], B. [REDACTED]-L. [REDACTED]
[REDACTED], G. [REDACTED] Straße [REDACTED]

Kläger, Widerbeklagten, Berufungs-
beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 20. Mai 1963 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Frosien,
Hubert Meyer und Dr. Finko

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 22. Januar
1962 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tra-
gen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer des Hauses S [REDACTED] straße [REDACTED] in B [REDACTED]-S [REDACTED]. Das Haus war zum Teil zerstört; das Erdgeschoß, das 1. Obergeschoß und der Seitenflügel waren noch benutzbar, dagegen nicht die Räume im 2. und 3. Obergeschoß.

Der Beklagte wollte im Jahre 1958 das Haus dreigeschossig wieder aufbauen. Die Kosten dafür wurden auf 135.000 DM geschätzt. Die Rheinische Hypothekenbank sagte dem Kläger im Mai 1958 ein Darlehen von 110.000 DM zu.

Wegen des Aufbaus trat der Beklagte an den Kläger heran, der Bauunternehmer ist. Dieser machte ein Angebot von 71.073,19 DM für die Maurer-, Zimmerer- und Dachdeckerarbeiten und erhielt den Auftrag hierzu. Der Kläger schaffte Baugeräte auf das Grundstück und begann mit den Arbeiten. Er schlug jedoch dem Beklagten vor, vier statt drei Wohngeschosse zu errichten.

Der Kläger baute sodann aus dem zweiten und dritten Obergeschoß Holzteile, Balkendecken, Träger und Installation aus, lagerte die ausgebauten Teile, schlug den Innenputz ab und ließ den Schutt abfahren; ferner führte er Putzarbeiten am Seitenflügel aus. Am 6. Oktober 1958 stellte er die Arbeiten ein.

Am 14. Mai 1959 wurde der Bauschein für den viergeschossigen Ausbau erteilt. Der Kläger erbot sich am 25. Mai 1959, die hierzu erforderlichen Arbeiten für 292.000 DM auszuführen. Der Beklagte erteilte ihm aber keinen Auftrag dazu.

Die Rheinische Hypothekenbank sagte dem Beklagten im August 1959 zwei weitere Darlehen in Höhe von 85.000 und 95.000 DM zu. Am 23. März 1960 teilte sie ihm mit, sie müsse die Darlehenszusagen bis zum 31. Mai 1960 befristen, bis dahin müsse mit dem endgültigen Ausbau begonnen und die Landesbürgschaft erteilt sein.

Am 10. Mai 1960 erkannte der Beklagte in einer von dem Notar Sprotte aufgenommenen Urkunde an, dem Kläger für die bisher geleisteten Arbeiten 6.847,98 DM zu schulden, und unterwarf sich wegen dieses Betrages der sofortigen Zwangsvollstreckung. In der Urkunde erklärte er, die Zahlung solle aus dem Architektenhonorar erfolgen; der Architekt werde dem Kläger eine Abtretung geben.

Am 20. Juni 1960 kündigte die Rheinische Hypothekenbank die Darlehen und verlangte 8.087,60 DM Bereitstellungszinsen vom Beklagten. Darauf will dieser mehrere tausend DM gezahlt haben.

Der Beklagte ließ später das Vorderhaus durch einen anderen Bauunternehmer dreigeschossig wieder aufbauen.

Der Kläger betrieb die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 397,58 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Er fordert diesen Betrag für den Abbau des Bauaufzuges am 6. Oktober 1958 und für den später, am 31. März 1960, vorgenommenen Abbau der Fahrstuhlbrüstung.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und Widerklage erhoben mit dem Antrage, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Er hat geltend gemacht, er habe sein Anerkenntnis unter den Voraussetzungen abgegeben, daß der viergeschossige Ausbau technisch möglich und frei zu finanzieren sei und daß der Architekt S. den Bau durchführe. Diese Voraussetzungen seien nicht eingetreten.

Der Beklagte hat ferner gegen die von ihm bestrittene Klageforderung und gegen die notariell anerkannte Forderung mit drei Gegenforderungen aufgerechnet, zu deren Begründung er angeführt hat:

- 1) Das Ausschachten des zweiten und dritten Obergeschosses sei nutzlos und schädlich gewesen, weil der viergeschossige Ausbau nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich gewesen sei. Bei dreigeschossigem Ausbau hätten die ausgebauten Teile verwendet werden können. Der durch das sinnlose Ausschachten entstandene Schaden übersteige die Klageforderung und die Forderung aus der notariellen Urkunde.
- 2) Der Kläger habe es zu vertreten, daß er, Beklagter, an die Rheinische Hypothekenbank Bereitstellungszinsen von 8.087,60 DM zu zahlen habe.
- 3) Ohne den falschen Rat des Klägers, viergeschossig zu bauen, würde er den dreigeschossigen Bau alsbald vollendet und seit dem 1. Juni 1959 Mieteinnahmen erzielt haben. Der Mietausfall für 1 Jahr betrage 15.437 DM.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Der Beklagte hat nach der Verkündung des landgerichtlichen Urteils, um die Vollstreckung aus der notariellen Ur-

kunde abzuwenden, den in dieser anerkannten Betrag nebst Zinsen und Kosten gezahlt. Im zweiten Rechtszuge hat er beantragt, die Klage abzuweisen und den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung von 6.847,98 DM zu verurteilen. Das Kammergericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

In der Revisionsinstanz beantragt der Beklagte, das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit zur Widerklage erkannt worden ist, und den Kläger zu verurteilen, an ihn 7.567,32 DM nebst 4% Zinsen seit dem 15. Mai 1961 zu zahlen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Soweit der Beklagte mit der Widerklage mehr als die im zweiten Rechtszug geltend gemachten 6.847,98 DM beansprucht, kann er auf keinen Fall durchdringen, ohne Rücksicht darauf, ob ihm insoweit nach sachlichem Recht ein Anspruch zusteht oder nicht. Es handelt sich um eine in der Revisionsinstanz unzulässige Erweiterung der Widerklage (vgl. Stein/Jonas/Schönke, ZPO, 18. Aufl., § 561 Anm. II 1 b; BGH LM Nr. 4 zu § 146 KO; BGH NJW 1961, 1467). Dem erweiterten Antrag könnte selbst dann nicht entsprochen werden, wenn die Revision zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen würde. Ein Fall des § 717 ZPO ist nicht gegeben. Der Beklagte beansprucht nicht die Erstattung eines Betrages, den er geleistet hat, um die Vollstreckung aus einem später aufgehobenen oder abgeänderten Urteil abzuwenden. Vielmehr hat er, wie auch die Revision ausdrücklich vorträgt, gezahlt, um der Vollstreckung aus der notariellen Urkunde zu entgehen. Auf solche Leistungen kann § 717 ZPO nicht, auch nicht entsprechend, angewandt werden (Stein/Jonas/Schönke § 717 Anm. VI 4; Wicczorek § 717 Anm. B I e).

II.

Das Berufungsgericht verwirft den Standpunkt des Beklagten, das Schuldanerkenntnis sei wegen Nichteintritts einer Bedingung oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage wirkungslos oder doch ohne rechtlichen Grund (§ 812 BGB) abgegeben worden.

1) Nach dem angefochtenen Urteil war für das Anerkenntnis nicht Geschäftsgrundlage, daß der viergeschossige Ausbau technisch und finanziell durchführbar war. Die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu enthalten keinen sachlichrechtlichen Fehler und werden von der Revision nicht angegriffen.

2) Der Beklagte hatte geltend gemacht, er habe die Schuld nur unter der Bedingung anerkannt, daß sie aus dem Honorar des Architekten S. beglichen werden könne.

a) Das Berufungsgericht vermißt insoweit ausreichende Behauptungen des Beklagten. Es führt aus, die notarielle Urkunde enthalte eine solche Bedingung nicht. Da eine tatsächliche Vermutung für die Vollständigkeit der Urkunde spreche, hätte der Beklagte angeben müssen, in welcher Weise die Parteien sich über die angebliche Bedingung geeinigt hätten, daß eine solche Einigung noch bei der Anerkennung vor dem Notar bestanden habe und weshalb dennoch die Bedingung nicht in die Urkunde aufgenommen worden sei. Der Kläger habe die Auskunft des beurkundenden Notars vorgebracht, daß das Anerkenntnis unbedingt abgegeben worden sei; hierzu habe sich der Beklagte nicht einmal geäußert. Es sei auch unwahrscheinlich, daß der Kläger sich auf eine solche Bedingung eingelassen und daß der Architekt auf einen wesentlichen Teil seines Honorars verzichtet hätte.

b) Die Revision wirft dem Berufungsgericht vor, es sei zu seiner Entscheidung gelangt, ohne sich die Urkunde vorlegen zu lassen und ohne deren Wortlaut zu kennen. Aus dem Wortlaut gehe aber deutlich hervor, daß der Beklagte sich nur bedingt verpflichtet habe.

Die Rügen greifen nicht durch.

aa) Aus dem Berufungsurteil und den Akten ist nicht zu entnehmen, ob die Urkunde dem Kammergericht vorgelegen hat. Andererseits steht nicht fest und kann auch von der Revision nicht nachgewiesen werden, daß der Wortlaut der Urkunde dem Gericht nicht bekannt gewesen ist. Der Inhalt der Urkunde ist jedenfalls insoweit zur Kenntnis des Berufungsgerichts gelangt, als es sich um die Bestimmung handelt, daß der anerkannte Betrag aus dem Honorar des Architekten gezahlt werden sollte. Die Bedeutung dieser Klausel ist vom Kläger im Schriftsatz vom 5. Oktober 1961 (Seite 6) erörtert worden. Er hat dort ein Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten angeführt, das dieser am 24. Mai 1960, also kurz nach der Beurkundung vom 10. Mai 1960, an den beurkundenden Notar Sp. [REDACTED] gerichtet hat. In diesem Schreiben erkundigt sich der Anwalt des Klägers, ob etwa die Klausel über die Zahlung aus dem Architektenhonorar bedeuten solle, daß der Beklagte, der in dem Schreiben als Mandant des Notars bezeichnet ist, nur unter der Bedingung haften solle, daß ein Anspruch auf Architektenhonorar entstehe. In dem Schreiben ist weiter bemerkt, eine solche Bedingung würde im Widerspruch dazu stehen, daß der Beklagte die Schuld von 6.847,98 DM unbedingt anerkannt und sich ihretwegen der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe. Darauf hat der Notar Sp. [REDACTED] am 27. Mai 1960 erwidert, das Anerkenntnis sei unbedingt abgegeben, der Hinweis auf das Architektenhonorar habe nur die vorgesehene Zahlungsmöglichkeit wiedergeben sollen.

Angesichts dieses Sachverhalts ist kein Raum für die Annahme, daß das Kammergericht den Inhalt der Klausel nicht gekannt hätte.

bb) Die Feststellung des Berufungsgerichts, aus der genannten Klausel folge nicht, daß der Beklagte sich nur bedingt verpflichtet habe, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Alle Erwägungen, die es in diesem Zusammenhang anstellt, sind einleuchtend, jedenfalls aber rechtlich haltbar. Es durfte auch den unter aa) angeführten Schriftwechsel dahin werten, daß er gegen die Vereinbarung einer Bedingung spreche.

Zu Unrecht meint die Revision, das oben angeführte Schreiben vom 24. Mai 1960 zeige deutlich, daß der Kläger keine unbedingte Verpflichtung des Beklagten aus der Urkunde habe entnehmen können. Das Schreiben erklärt sich im Gegenteil eher aus dem Bestreben des Prozeßbevollmächtigten des Klägers klarzustellen, daß das Anerkenntnis ohne Bedingung gegeben worden sei. In diesem Sinne hat denn auch der beurkundende Notar geantwortet. Auch diese Antwort durfte im Rahmen der tatrichterlichen Auslegung als ein Indiz dafür verwertet werden, daß die Klausel nicht als Bedingung gemeint war; dabei fällt ins Gewicht, daß Rechtsanwalt und Notar Sprötte, der die Auskunft vom 24. Mai 1960 gegeben hat, nicht nur Urkundsperson, sondern damals auch Bevollmächtigter des Beklagten war und ihn anfangs noch in dem vorliegenden Rechtsstreit vertreten hat.

Die Auslegung des Berufungsgerichts wird schließlich noch dadurch gestützt, daß der Beklagte sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde unterworfen hat. Das wäre schlecht damit zu vereinbaren, daß der Kläger nur dann wegen seiner Forderung aus dem Anerkenntnis befriedigt werden sollte, wenn der Architekt Ansprüche erwarb und diese dem Kläger zur Verfügung stellte.

III.

Die Forderung des Klägers aus dem Schuldanerkenntnis ist nach dem angefochtenen Urteil auch nicht durch Aufrechnung erloschen. Das Berufungsgericht hält keine der drei oben im Tatbestand angegebenen Gegenforderungen des Beklagten für begründet.

1) Nach der Annahme des Berufungsgerichts sind alle drei Forderungen schon deshalb unbegründet, weil der Beklagte nicht ausreichend dargelegt hat, daß der Kläger ihm schuldhaft unrichtig geraten habe, das Haus viergeschossig aufzubauen. Bei den im Tatbestand unter Nr. 1 und 2 genannten Forderungen führt das Berufungsgericht noch zusätzlich weitere Gründe an, aus denen nach seiner Meinung das Bestehen dieser Ansprüche zu verneinen ist.

Alle drei Gegenforderungen bestehen aber, wie auch die Revision nicht anzweifelt, schon dann nicht, wenn die vom Berufungsgericht für die gemeinsam gegebene Begründung zutrifft, daß nicht festgestellt werden kann, der Kläger habe schuldhaft den falschen Rat zu viergeschossigem Ausbau gegeben.

2) Hierzu sagt das Berufungsgericht:

Der Kläger habe behauptet, das Grundstück hätte bei viergeschossigem Ausbau einen höheren Mietertrag erbracht; das gelte auf lange Sicht auch bei Berücksichtigung des Umstandes, daß ein viergeschossiger Bau mehr gekostet haben würde als ein dreigeschossiger.

Der Beklagte habe demgegenüber darlegen müssen, aus welchen Gründen diese Ansicht des Klägers nicht zutreffe und daß der Kläger sich diese Ansicht bei Beobachtung der

gebotenen Sorgfalt nicht habe bilden dürfen. Der Beklagte habe aber nur vorgebracht, daß die Kosten für den Bau mit vier Geschossen wesentlich höher gewesen sein würden als der vom Kläger genannte Betrag von 292.000 DM. Damit habe der Beklagte nur auf einen Kalkulationsfaktor hingewiesen. Die Unrichtigkeit des Rats des Klägers ergebe sich hieraus noch nicht. Der Beklagte habe sein Vorbringen trotz gerichtlichen Hinweises nicht ergänzt.

3) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Behauptungs- und Beweislast verkannt. Der Beklagte habe die durch eine viergeschossige Bauweise entstehenden Mehrkosten angegeben und unter Beweis gestellt. Der Kläger, der demgegenüber behaupte, die Mehrkosten wären durch eine höhere Ertragsfähigkeit des Miethauses aufgehoben worden, müsse diese "Gegennorm" beweisen.

Hierin kann der Revision nicht gefolgt werden. Der Beklagte leitet Schadensersatzansprüche daraus her, daß ihn der Kläger schuldhaft unrichtig beraten habe. Dann muß aber der Beklagte wenigstens darlegen und beweisen, daß der Rat objektiv unrichtig war und er dadurch Schaden erlitten hat. Es ist deshalb seine Sache, darzulegen und zu beweisen, daß er bei viergeschossigem Ausbau schlechter gestanden hätte als bei dreigeschossigem. Die sich mit der angeblichen Schädigung des Beklagten befassenden Ausführungen der Revision in Nr. 3 der schriftlichen Begründung beachten diesen Gesichtspunkt nicht und sind unerheblich.

4) Da die Erteilung eines dem Beklagten schädlichen unrichtigen Rats nicht feststellbar ist, hat das Berufungsgericht das Bestehen von Gegenforderungen des Beklagten mit Recht verneint (vgl. oben unter III 1). Auf die zu einzelnen Gegenansprüchen vom Berufungsgericht zusätzlich und hilfs-

weise angestellten Erwägungen und auf das Vorbringen der Revision hierzu braucht der Senat deshalb nicht mehr einzugehen. Ohnehin ist vielmehr die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Meyer

Finke