

Kammergericht Berlin

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 5 Abs. 4, 15 Abs. 1 WEG; 280, 311 BGB

- 1. Die Bezeichnung des Dachraums in der Teilungserklärung und in dem Aufteilungsplan als Bodenraum stellt nicht nur eine Lagebezeichnung dar, sondern eine einschränkende Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter gemäß §§ 5 Abs. 4 Satz 1, 15 Abs. 1 WEG. Danach ist dem Inhaber des Sondernutzungsrechtes gerade kein Recht zum Ausbau oder zur Umgestaltung des Dachraums eingeräumt.**
- 2. Hatte der Verkäufer einer Eigentumswohnung in Ermangelung der rechtlichen Kenntnis die fehlerhafte Ansicht, eine Wohnnutzung des Dachraums sei zulässig, handelt er gleichwohl vorsätzlich in Bezug auf einen rechtlichen Mangel, wenn ihm eine Diskussion über den Rückbau innerhalb der Eigentümergemeinschaft bekannt war und er den Käufer hierüber nicht aufgeklärt hat. Denn die Frage der Nutzbarkeit des Dachraums zu Wohnzwecken ist ein wertbildender Faktor.**
- 3. Allein die Kenntnis von der Bezeichnung des Dachgeschosses als Bodenraum nicht aus, um positive Kenntnis des Käufers annehmen zu können. Denn dies lässt bei einer hier vorzunehmenden Parallelwertung in der Laiensphäre noch nicht einen ausreichenden Schluss auf eine Nichtnutzbarkeit als Wohnraum zu. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Käufer die rechtliche Bedeutung dieser Einschränkung, insbesondere auf die damit verbundenen Rechtsfolgen, wie Unterlassung auf Verlangen nur eines Wohnungseigentümers und Verpflichtung zum Rückbau, nicht bekannt war.**
- 4. Grundsätzlich treten Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen in Bezug auf Kaufverträge allerdings hinter den Vorschriften über die Sachmängelgewährleistung zurück, wenn es um die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes geht, weil die Sachmängelgewährleistungsvorschriften insoweit eine abschließende Sonderregelung bilden (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2001, V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2876). Dieser Vorrang greift aber nicht ein, weil es hier um einen Rechtsmangel geht.**

KG, Urteil vom 17.12.2015; Az.: 22 U 272/13

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger wird das am 19. November 2013 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin, Az.: 9 O 87/13, teilweise abgeändert und hinsichtlich der Hauptsache neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Mitgläubiger 250.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3. März 2013 zu zahlen. Die Widerklage und die weitergehende Klage werden abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Kläger 1/3 und hat der Beklagte 2/3 zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch jeweilige Sicherheitsleistung in Höhe des nach dem Urteil zu vollstreckenden Betrages zzgl. 10% abwenden, wenn nicht die jeweils andere Seite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des beizutreibenden Betrages zzgl. 10% leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

I.

Die Kläger erwarben mit einem notariellen Vertrag vom 22. November 2010 zu einem Kaufpreis in Höhe von 805.000 EUR von dem Kläger einen Miteigentumsanteil von 460,63/10.000 an dem Grundstück B in Berlin-Charlottenburg verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung, eingetragen im Grundbuch der Stadt Charlottenburg. Das Wohnungseigentumsrecht ist mit einem Sondernutzungsrecht an dem über der Wohnung befindlichen Dachraum verbunden. Dem Erwerb waren Verhandlungen der Parteien vorausgegangen, denen unter anderem auch ein Exposé zugrunde lag, dass die Wohnung mit einer Wohnfläche von 272 qm auswies. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Die Kläger haben mit ihrer Klage die teilweise Rückzahlung Kaufpreises in Höhe von 378.648 EUR nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat widerklagend die Zahlung von 1.793,57 EUR nebst Zinsen verlangt, die er für die vorgerichtliche Tätigkeit seines Prozessbevollmächtigten aufzuwenden hatte. Das Landgericht hat die Klage mit dem am 19. November 2013 verkündeten Urteil abgewiesen und die Kläger auf die Widerklage als Gesamtschuldner verurteilt, an den Beklagten 1.793,57 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 9. April 2013 zu zahlen. Es hat insoweit die Auffassung vertreten, dass die Kläger den Kaufpreis auch nicht teilweise zurückverlangen können. Die fehlende Möglichkeit den ausgebauten Dachraum als Wohnraum zu nutzen, begründe weder einen Minderungsanspruch wegen Sach- noch wegen Rechtsmangels. Die Geltendmachung eines Sachmangels sei schon wegen der Regelung in § 4 Absatz 4 des notariellen Vertrages ausgeschlossen. Ein Rechtsmangel sei nicht gegeben, weil die Kläger die Wohnung entsprechend der Beschreibung in dem notariellen Vertrag hinsichtlich des Dachraums so erworben haben, wie er nach der Teilungserklärung genutzt werden könne. Auch ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen scheide aus, weil es an einer Aufklärungspflicht des Beklagten gefehlt habe. Die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage sei nicht gerechtfertigt, weil die Kläger nicht hätten darauf vertrauen können, dass die WEG-Gemeinschaft eine eingeräumte oder geduldete Nutzung des Dachraums zu Wohnzwecken auf ewig aufrechterhalten würde. Aus alledem ergäbe sich auch, dass der Beklagte von den Kläger die Aufwendungen für

die vorgerichtliche Inanspruchnahme seines Prozessbevollmächtigten verlangen könne. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Gegen das ihnen am 22. November 2013 zugestellte Urteil des Landgerichts haben die Kläger mit einem am Montag, den 23. Dezember 2013, eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt. Nach einer Verlängerung der Berufungsfrist um einen Monat haben die Beklagten die Berufung mit einem Schriftsatz vom 24. Februar 2014, der am gleichen Tag eingegangen ist, begründet.

Die Kläger verfolgen mit der Berufung ihre erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche und die Abweisung der Widerklage weiter. Sie behaupten insoweit unter Beibehaltung ihres erstinstanzlichen Vortrags im Übrigen weiterhin, nunmehr unter Vorlage des Protokolls der Eigentümerversammlung vom 29. April 1998, der Beklagte habe Kenntnis von der fehlenden Zulässigkeit der Wohnraumnutzung des Dachraums gehabt und erklärt, das Sondernutzungsrecht sei dem Sondereigentum gleichwertig. Die Wohnnutzbarkeit des Dachraums sei für sie auch wesentlich gewesen. Die Wohnung habe zum Zeitpunkt des Erwerbs wegen der fehlenden Nutzbarkeit des Dachraums als Wohnraum lediglich einen Marktwert von 426.352 EUR gehabt. Weiter behaupten sie, nunmehr unter Vorlage eines Urteils des Amtsgerichts Charlottenburg vom 5. August 2014, Az.: 74 C 19/14, der Miteigentümer K habe ihnen die weiteren Nutzung des Dachraums zu Wohnzwecken gerichtlich untersagen lassen.

Sie beantragen,

unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts Berlin vom 19. November 2013 - 9 O 87/13 - den Beklagten zu verurteilen, an sie 378.648,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30. September 2011 zu zahlen, und

unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts Berlin die Widerklage des Beklagten gerichtet auf Zahlung von 1.793,57 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 9. April 2013 abzuweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er ist weiterhin der Auffassung, dass eine Nutzung des Dachraums als Wohnraum zulässig ist, und behauptet unter Beibehaltung seines erstinstanzlichen Vortrags, die Kläger hätten Kenntnis davon, dass die Eigentümergemeinschaft bisher einer Nutzung des Dachraums zu Wohnzwecken nicht zugestimmt hätte.

Der Senat hat Beweis durch Einholung eines erhoben. Wegen der Einzelheiten wird auf den Beweisbeschluss vom 22. Januar 2015 und wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf das Gutachten Sachverständigengutachtens des öffentlich bestellten Sachverständigen für bebaute und unbebaute Grundstücke M vom 4. August 2015 sowie hinsichtlich seiner Erläuterungen im Rahmen seiner persönlichen Anhörung auf die Sitzungsniederschrift vom 16. November 2015, Bl. 58 bis 61 Band II d.A., Bezug genommen.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze und eingereichten Unterlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

II.

A. Die Berufung der Beklagten ist nach § 511 Abs. 1 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Berufungsfrist von einem Monat nach § 517 ZPO ist durch den Eingang der Berufungsschrift vom 23. Dezember 2013 am diesem Tag eingehalten, weil das angefochtene Urteil dem Prozessbevollmächtigten der Kläger am 22. November 2013 zugestellt worden ist und der 23. Dezember 2013 ein Montag war. Die Berufungsbegründungsschrift, die den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO genügt, ist am Montag, den 24. Februar 2014 eingegangen, so dass auch die um einen Monat verlängerte Begründungsfrist gewahrt ist.

B. Die Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg.

1. Der Beklagte ist verpflichtet, an die Kläger als Mitgläubiger 250.000 EUR aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen nach § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu zahlen. Dieser Anspruch ist ab Rechtshängigkeit zu verzinsen.

Der Beklagte hätte die Kläger darüber aufklären müssen, dass in der Eigentümergeinschaft der Rückbau des zur Wohnnutzung ausgebauten Dachraums diskutiert wurde. Denn die Wohnnutzbarkeit stellt einen wertbildenden Faktor dar, der nicht gegeben ist.

a) Es ist davon auszugehen, dass der Dachraum, der den Eigentümern der Wohnung Nr. 31 aufgrund eines Sondernutzungsrechts zur Verfügung steht, nicht zu Wohnzwecken benutzt werden kann.

Die Bezeichnung des Dachraums in der Teilungserklärung vom 21. Oktober 1980 (vgl. Anlage 4) und in dem Aufteilungsplan als Bodenraum stellt nicht nur eine Lagebezeichnung dar, sondern eine einschränkende Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter gemäß §§ 5 Abs. 4 Satz 1, 15 Abs. 1 WEG. Dies ergibt eine Auslegung der Teilungserklärung. Danach ist dem Inhaber des Sondernutzungsrechtes gerade kein Recht zum Ausbau oder zur Umgestaltung des Dachraums eingeräumt. Dann aber schließt die Bezeichnung als Bodenraum, die nach allgemeinem Verständnis gerade keine Wohnnutzung umfasst, eine solche schon wegen ihrer Intensität aus (vgl. dazu OLG Schleswig, Beschluss vom 17. Mai 2006, 2 W 198/05, Rdn. 12, FGPrax 2006, 207 zur Bezeichnung als Keller; Jennißen/Schultzky, WEG, 4. Aufl., § 15 Rdn. 47; so im Ergebnis auch AG Charlottenburg, Urteil vom 5. August 2014, 74 C 19/14, S. 10 f. der UA). Dem steht nicht die von dem Beklagten eingeholte öffentlich-rechtliche Genehmigung vom 7. Juni 1983 zum Ausbau des Dachraums zu Wohnzwecken entgegen. Denn diese Genehmigung kann die Vereinbarung der Wohnungseigentümer nicht außer Kraft setzen. Dass die Wohnnutzung durch die Eigentümergeinschaft formell genehmigt worden wäre, wird vom Beklagten selbst in Abrede gestellt, der vielmehr die Kläger auf Nachfrage darauf hingewiesen haben will, dass es einen Beschluss der Eigentümerversammlung über die Berechtigung zur Wohnnutzung nicht gegeben habe.

b) Der Beklagte hatte auch Kenntnis von der fehlenden Nutzbarkeit und insoweit war er zur Aufklärung verpflichtet (vgl. aa). Diese entfiel auch nicht deshalb, weil von einer Kenntnis der Kläger auszugehen ist (vgl. bb).

aa) Insoweit kann zwar nicht unterstellt werden, dass der Beklagte, der auch im vorliegenden Verfahren die Auffassung vertritt, eine Wohnnutzung des Dachraums sei zulässig, die entsprechende rechtlich umfassende Kenntnis hatte. Ihm war aber bekannt, dass in der Eigentümergemeinschaft im Rahmen der Diskussion über die Verteilung der Betriebskosten darüber diskutiert wurde, die Wohnraumnutzung durch Anordnung des Rückbaus zu beenden. Dies ergibt sich jedenfalls aus dem Protokoll der Eigentümerversammlung vom 29. April 1998, in dem ausdrücklich das Verlangen aufgenommen worden ist, dass "der alte Zustand wieder hergestellt wird". Soweit der Beklagte die Auffassung vertritt, damit sei etwas ganz anderes gemeint, nämlich ein Rückgriff auf die Gemeinschaftsordnung von 1980, fehlt näherer Vortrag dazu, was der alte Zustand genau sein soll. Die Berufung der Kläger auf den Inhalt des Protokolls der Eigentümerversammlung ist auch zu berücksichtigen, § 531 Abs. 2 ZPO greift nicht ein. Das Protokoll ist zwar erst in der zweiten Instanz vorgelegt worden. Dass dieses Protokoll aber im Rahmen der Eigentümerversammlung vom 29. April 1998 erstellt worden ist und sein Wortlaut, sind unstrittig, so dass insoweit keine Verspätung vorliegen kann (vgl. dazu Zöller/Heßler, ZPO, 31. Aufl., § 531 Rdn. 15).

Über die Diskussion über den Rückbau hätte der Beklagte die Kläger auch aufklären müssen. Denn die Frage der Nutzbarkeit des Dachraums zu Wohnzwecken ist ein wertbildender Faktor. Der Dachraum macht nahezu die Hälfte der gesamten Nutzfläche aus, so dass der Beklagte davon ausgehen konnte und musste, dass diese Information für die Kläger unabhängig von der Frage, ob durch die Gemeinschaft oder einzelne Miteigentümer Maßnahmen gegen die Wohnnutzung ergriffen worden sind, von Bedeutung sind. Hinzu tritt, dass durch den mit öffentlich-rechtlicher Genehmigung erfolgten Umbau und das erstellte Exposé gerade auch der Eindruck erweckt wurde, die Wohnnutzung sei unzweifelhaft zulässig.

bb) Der Annahme einer Aufklärungspflicht steht auch nicht entgegen, dass von einer Kenntnis der Kläger bezüglich der Nutzungseinschränkungen auszugehen gewesen wäre.

In den notariell beurkundeten Kaufvertrag ist zwar, wie das Landgericht zu Recht feststellt, aufgenommen worden, dass bezüglich des Dachgeschosses lediglich ein Sondernutzungsrecht besteht. Die Kläger haben deshalb diesen Teil des Hauses nicht zu Sondereigentum mit den Folgen des § 903 BGB erworben, sondern ihnen stand die Nutzung dieses Bereichs nur im Rahmen der in der Teilungserklärung enthaltenen Regelungen zu. Darüber hinaus war ihnen bekannt, dass sich die Verteilung der gemeinschaftlichen Kosten jedenfalls teilweise nicht auf die Räume im 5. Obergeschoss bezogen. Ihnen war auch die Teilungserklärung ausgehändigt worden. Eine die Aufklärungspflicht einschränkende Kenntnis ist aber nur dann anzunehmen, wenn die den Mangel begründenden Umstände positiv bekannt sind. Insoweit kann zwar - ebenso wie beim Beklagten - nicht verlangt werden, dass eine Kenntnis in jeder rechtlichen Verästelung vorliegt. Denn das wäre nur der Fall, wenn bereits gerichtliche Entscheidungen über die fehlende Nutzbarkeit des Dachgeschosses vorgelegen hätten. Dazu reicht aber allein die Kenntnis von der Bezeichnung des Dachgeschosses als Bodenraum nicht aus. Denn dies lässt bei einer hier vorzunehmenden Parallelwertung in der Laiensphäre noch nicht einen ausreichenden Schluss auf eine Nichtnutzbarkeit als Wohnraum zu. Jedenfalls war

den Klägerin die rechtliche Bedeutung dieser Einschränkung, insbesondere auf die damit verbundenen Rechtsfolgen, wie Unterlassung auf Verlangen nur eines Wohnungseigentümers und Verpflichtung zum Rückbau, nicht bekannt.

c) Der geltend gemachte Anspruch ist weder durch die vertraglichen Regelungen in dem Kaufvertrag vom 22. November 2010 noch durch die gesetzliche Regelung ausgeschlossen.

aa) Dem geltend gemachten Anspruch steht nicht die vertragliche Regelung in § 4 Abs. 4 des notariellen Vertrages vom 22. November 2010 entgegen. Danach sind zwar alle Ansprüche und Rechte der Käufer wegen eines Sachmangels des Grundstücks und des Gebäudes ausgeschlossen, sowie alle Schadensersatzansprüche. Dies gilt aber nach der Vereinbarung nicht bei Vorsatz. Von einem solchen ist hier aber auszugehen, weil der Beklagte Kenntnis von dem Streit über die Wohnnutzung hatte und auch davon auszugehen ist, dass er wusste, dass insoweit ein Rückbau im Raum stand (vgl. lit. a), aa)). Aus diesem Grund kann offen bleiben, ob die Regelung auch etwaige Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen erfassen sollte.

bb) Die Anwendung der Grundsätze über das Verschulden beim Vertragsschluss ist hier auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Nichtnutzbarkeit des Dachraumes zu Wohnzwecken zugleich einen Rechtsmangel darstellt. Grundsätzlich treten Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen in Bezug auf Kaufverträge allerdings hinter den Vorschriften über die Sachmängelgewährleistung zurück, wenn es um die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes geht, weil die Sachmängelgewährleistungsvorschriften insoweit eine abschließende Sonderregelung bilden (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2001, V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2876). Dieser Vorrang greift aber nicht ein, weil es hier um einen Rechtsmangel geht (a.A. Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 311 Rdn. 17 mwN). Darüber hinaus ist die Verletzung der Aufklärungspflicht Grundlage des Schadensersatzanspruchs, so dass trotz der Neuregelung der Gewährleistungsvorschriften von einer Anspruchskonkurrenz auszugehen ist (vgl. auch BGH, Urteil vom 26. September 2003, V ZR 217/02, Rdn. 15, NJW 2004, 364 = MDR 2004, 84). Entscheidend ist aber, dass der Beklagte jedenfalls nicht nur fahrlässig gehandelt hat. Dann aber kommt ein Zurücktreten der Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen fehlender Schutzbedürftigkeit nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 30. November 2012, V ZR 25/12, Rdn. 22; NJW 2013, 1671; Urteil vom 27. März 2009, V ZR 30/08, Rdn. 19, 24, BGHZ 180, 205 = NJW 2009, 2120).

d) Aufgrund der Größe der betroffenen Nutzfläche und der Bedeutung der Einschränkung der Nutzbarkeit durch die Teilungserklärung ist davon auszugehen, dass die fehlende Aufklärung des Beklagten auch Einfluss auf die Kaufentscheidung jedenfalls aber auf die Vereinbarung über den Kaufpreis hatte. Dass dies von dem Beklagten bestritten wird, ändert nichts. Denn hierfür spricht der Beweis des ersten Anscheins, weil nach der Lebenserfahrung die Umfang der Wohnnutzfläche einen erheblichen Einfluss auf die Preisbildung hat (vgl. zu entsprechenden Kausalitätsfragen Palandt/Ellenberger, aaO, § 123 Rdn. 24).

e) Den Klägern ist ein Schaden in Höhe von 250.000 EUR entstanden. Denn der zum Zeitpunkt des Vertragsschluss geltende Marktpreis ist auf der Grundlage des im Rahmen der Beweisaufnahme eingeholten Sachverständigengutachtens und einer hierauf beruhenden Schätzung des Gerichts nach § 287 Abs. 1 ZPO mit 555.000 EUR anzunehmen. Die danach bestehende Differenz ist als der zu zahlende Schaden anzusehen, weil die Kläger die Wohnung zu teuer erworben

haben (vgl. dazu Palandt/Grüneberg, aaO, § 311 Rdn. 57).

Dass der Marktpreis der Wohnung zum Zeitpunkt des Erwerbs geringer war als der Preis, den die Kläger bezahlt haben, wird allerdings von dem Beklagten bestritten. Dieser steht aber mit 555.000 EUR aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme mit ausreichender Wahrscheinlichkeit fest. Der vom Gericht bestellte öffentlich bestellte Sachverständige D hat in seinem Gutachten vom 4. August 2015 für das Gericht nachvollziehbar ausgeführt, dass der Verkehrswert der Wohnung für den Kaufzeitpunkt lediglich mit 555.000 EUR anzunehmen ist. Die von dem Beklagten geltend gemachten Bedenken teilt das Gericht nicht. Der Sachverständige hat in seiner Anhörung in der Sitzung vom 16. November 2015 näher dargelegt, wie er den Marktpreis für den Dachraum ermittelt und bewertet hat. Dabei erscheint es dem Gericht überzeugend, dass er angenommen hat, dass der Wert des Dachraums nicht dem Wert entspricht, der für die im 4. OG gelegenen Wohnräume anzusetzen ist. Dass er sich insoweit auf Feststellungen eines weiteren Sachverständigen über die Bewertung von Nebenräumen gestützt hat, ist nach Ansicht des Gerichts nicht zu beanstanden. Dass diese Feststellungen keinen wissenschaftlichen Anspruch haben, schadet insoweit nicht, weil es auf eine Marktbewertung ankommt, die nach der für das Gericht nachvollziehbaren Darstellung des Sachverständigen, den zugrunde gelegten Feststellungen entnommen werden kann.

Ein höherer Schadensersatz kommt nicht in Betracht. Soweit im Rahmen der Anhörung weiter die Frage eines Instandhaltungsrückstaus und die Frage einer Bewertung der Ausbauqualitäten eine Rolle gespielt haben, hat der Sachverständige ebenfalls überzeugend erläutert, welche Ansätze er insoweit gewählt hat. Dass dieser Ansatz verfehlt ist, ist von den Kläger nicht aufgezeigt worden.

f) Der geltend gemachte Schadensersatzbetrag ist nach § 291 BGB ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit zu verzinsen. Das Schreiben vom 22. September 2011 enthält keine Inverzugsetzung. Mit dem Schreiben ist der Beklagte lediglich aufgefordert worden, seine Schadensersatzpflicht anzuerkennen.

2. Die Widerklage ist abzuweisen. Dem Beklagten steht kein Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten zu. Dabei kann offen bleiben, ob ein solcher Anspruch gegeben wäre, wenn die Inanspruchnahme des Beklagten unberechtigt gewesen wäre (vgl. dazu Palandt/Grüneberg, aaO, § 249 Rdn. 56). Denn dies ist nicht der Fall. Der Beklagte war zum Schadensersatz verpflichtet.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 und 2 ZPO. Die Zulassung der Revision kommt nicht in Betracht. Es fehlt an den Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO.