

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 529 Abs. 2

Hat eine Partei ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel erst im Berufungsrechtszug vorgebracht, weil ihr im ersten Rechtszug hierfür noch kein geeignetes Beweismittel zur Verfügung stand, so kann das für sich allein noch nicht den Vorwurf rechtfertigen, sie habe das Vorbringen im ersten Rechtszug in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit unterlassen.

BGH, Urt. v. 18. März 1971 - VII ZR 167/69 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 167/69

URTEIL

Verkündet am

18. März 1971

Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma G [REDACTED] Wohnbau- und Baubetreuungsgesellschaft
mbH & Co KG, gesetzlich vertreten durch die Firma Gebrüder
J [REDACTED], Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH, diese
vertreten durch den Geschäftsführer Dipl.-Ing. Carl J [REDACTED],
M [REDACTED], Rondell N [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Architekten Alexis S [REDACTED], M [REDACTED], W [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Dr. Finke, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 25. April 1969 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch 2 Verträge vom 10. August 1964 übertrug die Beklagte dem Kläger die Architektenleistungen für zwei Bauvorhaben - im folgenden kurz "Pu[REDACTED] I" und "Puchheim II" genannt. Das Gelände des Bauvorhabens "Puchheim II" umfaßte etwa 16 ha. Hiervon verkaufte die Beklagte im Herbst 1965 den größten Teil von etwa 14 ha, so daß sich die Leistungen des Klägers für "Puchheim II" auf nur noch etwa 2 ha beschränkten. Die Parteien verhandelten im Oktober 1965 über die dem Kläger wegen des Verkaufs entgangenen Honoraransprüche und vereinbarten



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

eine von der Beklagten zu zahlende Honorarabfindung von 350.000 DM, die durch eine weitere Vereinbarung vom 3. August 1966 auf 300.000 DM ermäßigt wurde. Hiervon bezahlte die Beklagte unstreitig 250.000 DM.

Mit der Klage verlangt der Kläger die Zahlung der restlichen 50.000 DM nebst 8 % Zinsen.

Die Beklagte bestreitet die Forderung des Klägers. Im ersten Rechtszug hat sie vorgetragen, sie habe in der Zeit vom 15. Februar bis 3. August 1965 an den Kläger für gewisse Vorarbeiten insgesamt 75.000 DM bezahlt, obwohl sie hierfür nur 10.440 DM schulde. Der Kläger sei daher um 64.560 DM grundlos bereichert. Mit dieser Bereicherungsforderung rechne sie in Höhe des eingeklagten Betrags auf.

Der Kläger bestreitet den zur Aufrechnung gestellten Bereicherungsanspruch. Er hat im einzelnen vorgetragen, daß ihm für nicht unter § 19 GOA fallende vorbereitende Leistungen städtebaulicher Art die von der Beklagten bezahlten 75.000 DM zugestanden hätten.

Das Landgericht hat unter Ermäßigung des Zinsanspruchs auf 4 % der Klage stattgegeben.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Sie hat in der Berufungsinstanz neu vorgetragen, am 12. August 1966 habe sie an den Kläger weitere 50.000 DM als Abschlagszahlung für noch zu erbringende Architektenleistungen an dem verbliebenen Restabschnitt von Pu■■■■■■ II bezahlt. Als der Kläger 1967 die restlichen 50.000 DM seiner Abfindung verlangt habe, hätten

sich die Parteien dahin geeinigt, daß die Abschlagszahlung von 50 000 DM als Restzahlung auf den Abfindungsanspruch des Klägers verrechnet werden sollte, womit dann der Komplex Abfindung erledigt sei. Sie hat das unter das Zeugnis des am 18. November 1968 als Geschäftsführer der G [REDACTED] Wohnbau- und Betreuungsgesellschaft mbH ausgeschiedenen Wilhelm J [REDACTED] gestellt. Der Kläger hat das bestritten.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Beklagte verfolgt mit der Revision ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht sieht den von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Bereicherungsanspruch als nicht erwiesen an. Das neue Vorbringen der Beklagten, ihre Restschuld aus dem Abfindungsvertrag sei durch nachträgliche Verrechnung mit den am 12. August 1966 bezahlten 50 000 DM getilgt worden, hat es gem. § 529 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten ist begründet.

1. Die Beklagte bringt für ihren Antrag auf Klageabweisung zwei Begründungen, einmal die Aufrechnung mit einem Bereicherungsanspruch, zum anderen die Tilgung

durch Verrechnung mit einer ursprünglich zu einem anderen Zweck geleisteten Zahlung.

a) Die Beklagte vertritt in der Revisionsinstanz erstmalig die Auffassung, es handle sich im ersten Fall überhaupt nicht um einen zur Aufrechnung gestellten Bereicherungsanspruch. Die in der Zeit vom 15. Februar bis 3. August 1965 bezahlten 75.000 DM seien vielmehr in Höhe von 50 000 DM als Abschlagszahlung für den Abfindungsanspruch des Klägers bestimmt gewesen, hätten also in dieser Höhe der Tilgung der Klageforderung gedient. Damit kann sie nicht gehört werden, denn das steht in einem unlösbaren Widerspruch zu dem insoweit unbestrittenen Sachverhalt. Die Zahlung der 75 000 DM erfolgte in der Zeit vom 15. Februar bis 3. August 1965, also zu einem Zeitpunkt, als die Beklagte den größeren Teil des Baugeländes Pu[REDACTED] II noch nicht verkauft hatte, eine Abfindung des Klägers also noch garnicht in Frage stehen konnte. Im übrigen hat die Beklagte selbst in ihrem Klageerwiderungsschriftsatz vom 31. Oktober 1967 die Aufrechnung mit den angeblich zuviel bezahlten 64.560 DM erklärt.

b) Da die beiden Begründungen der Beklagten sich einander ausschließen, stehen sie im Verhältnis der Hauptbegründung zur Hilfsbegründung zueinander. Dabei ist die in der Berufungsinstanz von der Beklagten neu vorgetragene Begründung als die Hauptbegründung anzusehen. Die Beklagte hat zwar nicht den genauen Zeitpunkt angegeben, wann die von ihr behauptete Verrechnungsvereinbarung getroffen worden sei; sie nennt lediglich das Jahr 1967, "bevor die Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien endgültig beendet wurden". Doch kann das

auf sich beruhen. Ist - die Richtigkeit des Vortrags der Beklagten unterstellt - die Schuld der Beklagten vor der mit Schriftsatz vom 31. Oktober 1967 erklärten Aufrechnung durch Verrechnung mit den am 12. Oktober 1966 unstreitig bezahlten 50 000 DM getilgt worden, dann würde die Aufrechnung der Beklagten ins Leere gehen; denn gegen eine getilgte Forderung kann nicht mehr aufgerechnet werden. Nicht anders verhält es sich aber auch, wenn das Verrechnungsabkommen erst nach Erklärung der Aufrechnung getroffen worden ist. Denn dann könnte dieses Abkommen nur so verstanden werden, daß die Parteien gleichzeitig die bereits erklärte Aufrechnung einverständlich für hinfällig erklärt haben.

2. Das Berufungsgericht hat den neuen Vortrag der Beklagten zu dem von ihr behaupteten Verrechnungsabkommen nach § 529 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen, weil die Beklagte ihn schon in der ersten Instanz hätte bringen können und das in der Absicht unterlassen habe, den Prozeß zu verschleppen.

Die Beklagte rügt mit Recht die Verletzung des § 529 Abs. 2 ZPO.

Die Beklagte hat für ihren neuen Vortrag in der Berufungsbegründung vom 23. Oktober 1968 Seite 4 durch das Zeugnis des ehemaligen Geschäftsführers ihrer Komplementärin, Wilhelm J., Beweis angetreten. Sie begründet die Verspätung ihres Vortrags damit, daß ihr in der ersten Instanz hierfür noch kein geeignetes Beweismittel zur Verfügung gestanden habe, weil der jetzt als Zeuge benannte Wilhelm J. erst am 18. November 1968 als Geschäftsführer ausgeschieden sei und nun erst als Zeuge habe gehört werden können.

Dann kann der Beklagten aber - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht der Vorwurf gemacht werden, in der Absicht der Prozeßverschleppung oder grob nachlässig gehandelt zu haben. Es kann einer Partei nicht verwehrt werden, den Vortrag eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels zurückzuhalten, wenn und solange ihr hierfür ein geeignetes Beweismittel nicht zur Verfügung steht. Im vorliegenden Fall stand der Beklagten, solange der von ihr benannte Zeuge Geschäftsführer ihrer Komplementärin war, nur das Beweismittel der Parteivernehmung des Klägers zur Verfügung, von dem sie sich keinen Erfolg zu versprechen brauchte. Dafür, daß Wilhelm J. [REDACTED] nur zu dem Zweck als Geschäftsführer ausgeschieden ist, um als Zeuge für die Beklagte auftreten zu können, ist nach dem bisherigen Sachstand kein hinreichender Anhaltspunkt gegeben.

Das Berufungsgericht hätte deshalb den Vortrag der Beklagten nicht zurückweisen dürfen, sondern hätte ihn beachten und den benannten Zeugen vernehmen müssen.

3. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Über den zweiten hilfsweise geltend gemachten Klageabweisungsgrund der Aufrechnung kann im Hinblick auf

die Rechtskraftwirkung nach § 322 Abs. 2 ZPO nicht
entschieden werden, solange noch keine Entscheidung
über die Hauptbegründung (Tilgung durch Verrechnung)
getroffen worden ist.

Glanzmann

Rietschel

Finke

Schmidt

Girisch