

Verkündet
am 24. April 1961
Witscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.
g e g e n

Klägerin, Berufungs- und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 1961 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 12. Dezember 1959 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im November 1955 zahlte die Klägerin dem Beklagten 120.000 DM zum Erwerb der im Kriege zerstörten Hausgrundstücke an der Ecke Kantstraße/Schlüterstraße in B [REDACTED]; die Klägerin behauptet, es habe sich um ein Darlehen gehandelt. Der Beklagte verpflichtete sich in vollstreckbarer Urkunde vom 15. November 1955, den "Darlehensbetrag" nebst Zinsen zurückzuzahlen. Er hat die Grundstücke erworben und ist als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden.

Im Dezember 1955 übertrug der Beklagte der Klägerin die wesentlichen Wiederaufbauarbeiten. Er ließ ihr auf den genannten Grundstücken eine Höchstbetragshypothek über 380.000 DM eintragen. Am 24. April 1956 erteilte die Klägerin dem Beklagten über die Bauarbeiten eine Zwischenrechnung von 102.641,53 DM. Mit Schreiben vom 16. Januar 1957 sandte die Klägerin dem Beklagten eine Aufstellung ihrer Gesamtforderung zum 31. Dezember 1956 von 252.813,35 DM, umfassend die Darlehensforderung nebst Zinsen sowie die Baukostenforderung von 110.527,72 DM mit Zinsen. Sie bat ihn, ihr mitzuteilen, ob er die Forderung anerkenne und wie er sie abtragen wolle.

Der Beklagte antwortete mit Schreiben vom 19. Januar 1957 u.a., er wolle trotz ungünstiger Umstände versuchen, das Grundstück zu einem die Gesamtkosten der Klägerin deckenden Preis zu verkaufen. In einem weiteren Schreiben vom 29. Januar 1957 erklärte er sich mit der ihm von der Klägerin erteilten Abrechnung zum 31. Dezember 1956 einverstanden; zugleich bat er, ihm die Schuld zunächst bis zum 30. April 1957 zu stunden.

Am 19. März 1957 übersandte der Beklagte der Klägerin zwei Rechnungen über zusammen 14.400 DM Provisionsforderungen für ein von ihm für sie vermitteltes Bauprojekt Hohenzollerndamm. In einem weiteren Schreiben vom 30. September 1957 an die Klägerin berührte sich der Beklagte mehrerer Provisionsforderungen von insgesamt 254.000 DM.

Gegenüber der Provisionsforderung über 14.400 DM hat die Klägerin mit einer von ihr behaupteten Gegenforderung von 14.277,17 DM aufgerechnet.

Die Klägerin hat die Baukostenforderung von 110.527,72 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Er hat vorgetragen, er habe die Klägerin nur nach außen hin mit dem Wiederaufbau beauftragt. Mit dem ihm befreundeten, inzwischen verstorbenen Gesellschafter der persönlich haftenden Gesellschafterin der Klägerin, Hugo K., habe er vereinbart, daß er zwar als Bauträger und Eigentümer der Grundstücke auftreten, daß aber die Klägerin das Gesamtprojekt einschließlich der Baukosten finanzieren sollte. Demgemäß habe die Klägerin die 120.000 DM für den Ankauf der Grundstücke gezahlt. Zwischen der Klägerin und ihm bestehe demnach ein Gesellschaftsverhältnis. Erst nach dessen Auflösung werde die Klägerin eine Auseinandersetzungsforderung geltend machen können.

Der Beklagte hat hilfsweise mit Provisionsforderungen von 154.000 DM aus der Vermittlung von Bauaufträgen sowie einer Schadensersatzforderung von 35.000 - 40.000 DM aufgerechnet. Letztere begründet er damit, daß die Klägerin den Bau nicht fertiggestellt habe und ihm infolgedessen der Gewinn daraus entgangen sei.



Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im Berufungsverfahren hat der Beklagte behauptet, die zur Aufrechnung gestellte größere Gegenforderung ergebe sich nicht aus der Maklertätigkeit, sondern daraus, daß der verstorbene Hugo K. für die Klägerin die Verpflichtung übernommen habe, ihm, dem Beklagten, zur Abgeltung seiner Arbeiten zur Vorbereitung des Bauprojekts Hohenzollerndamm 225.000 DM zu zahlen; hierauf habe er 48.600 DM erhalten und somit noch 176.400 DM zu beanspruchen.

Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg gehabt.

Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt der Beklagte weiter die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Über die Höhe der von der Klägerin eingeklagten Forderung von 110.527,72 DM nebst Zinsen besteht kein Streit.

II.

Das Kammergericht hält die Darstellung des Beklagten, der verstorbene Hugo K. habe namens der Klägerin mit ihm die gemeinschaftliche Durchführung von Bauprojekten in B., darunter das Bauvorhaben Kant- Ecke Schlüterstraße mündlich vereinbart, nicht für erwiesen. Die vom Beklagten zum Beweis für das angebliche Abkommen benannten Zeugen hat es, wie schon das Landgericht, nicht vernommen. Es meint dazu, bei dem Fehlen der für den Beweisantritt erforderlichen Einzeltatsachen stelle sich dieser als ein unzulässiger Ausforschungsbeweis dar.

Der Beklagte hatte im Schriftsatz vom 14. Januar 1959 durch die Zeugen Ne[REDACTED], Ko[REDACTED] und Bo[REDACTED] unter Beweis gestellt, daß die Klägerin als kapitalkräftige Baufirma und er als Immobilien- und Baufinanzmakler sich u.a. zur Durchführung des Bauprojekts Kant- Ecke Schlüterstraße zusammengeschlossen hätten. Er habe die Grundstücke ankaufen, die notwendigen Finanzierungsmittel beschaffen und das Bauvorhaben bis zur baupolizeilichen Genehmigung vorbereiten sollen. "Die Einbringung der entsprechenden Mittel zum Ankauf der Grundstücke und die Vorlage der entsprechenden Bauleistungen für den Wiederaufbau der Grundstücke" sei Sache der Klägerin gewesen.

Das Berufungsgericht hält diesen Sachvortrag des Beklagten im Rechtsstreit für unvereinbar mit dem Inhalt seiner Schreiben, die er nach dem Tode K[REDACTED]s an die Klägerin gerichtet hat. Ihnen entnimmt es, daß sich der Beklagte mit der Abrechnung der Klägerin zum 31. Dezember 1956 einverstanden erklärt, daß er darin nicht von einer vereinbarten Durchführung des Bauvorhabens gesprochen, sondern um Stundung der Werklohnforderung gebeten und außerdem vorgeschlagen hat, die Klägerin solle entweder selbst oder in Gemeinschaft mit ihm die Grundstücke verwerten.

1.) Zu Unrecht beruft sich die Revision darauf, daß es bei der Auslegung vertraglicher Vereinbarungen nicht auf deren Wortlaut, sondern auf den - hier durch die benannten Zeugen unter Beweis gestellten - wirklichen Willen der Beteiligten ankomme. Die von dem Beklagten behauptete Vereinbarung müßte schon zu Lebzeiten K[REDACTED]s und nicht erst durch die in seinen Briefen an die Klägerin enthaltenen Erklärungen zustande gekommen sein. Das Berufungsgericht hat lediglich festgestellt, daß die durch die Zeugen unter Beweis gestellte Behauptung des Beklagten, er habe

mit K [REDACTED] den gemeinsamen Aufbau der Grundstücke vereinbart, mit dem Inhalt seiner nach dem Tode K [REDACTED]s an die Klägerin gerichteten Briefe nicht zu vereinbaren sei. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2.) Dem Kammergericht kann aber auch insoweit nicht entgegengetreten werden, als es den unter Zeugenbeweis gestellten Sachvortrag des Beklagten im Hinblick auf seine gegenteiligen schriftlichen Äußerungen für unzureichend substantiiert gehalten hat.

Unstreitig hat der Beklagte bekannt, von Körver zum Ankauf der Grundstücke ein Darlehen von 120.000 DM erhalten zu haben. Er hat die Grundstücke für sich erworben und ist als deren Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden. Als solcher hat er die Klägerin mit dem Wiederaufbau der Grundstücke beauftragt. Er ist ihr gegenüber als Bauherr aufgetreten, hat die von der Klägerin geltend gemachte Werklohnforderung anerkannt und Zahlung versprochen. Erst später, als ihm die beabsichtigte Finanzierung des Bauvorhabens nicht gelang, hat er der Klägerin vorgeschlagen, die Grundstücke gegebenenfalls gemeinsam zu verwerten. In dem Schriftwechsel fehlt es an jedem Hinweis auf das von dem Beklagten in diesem Rechtsstreit vorgetragene Abkommen mit K [REDACTED].

Bei dieser Sachlage genügt es nicht, daß der Beklagte Tatsachen vorzubringen sich bemühte, die auf eine Beteiligung der Klägerin an dem Wiederaufbau der Grundstücke schließen lassen könnten. Vielmehr hätte der Beklagte angesichts seines mit diesem Vortrage unvereinbaren Verhaltens gegenüber der Klägerin und im Hinblick auf den gegenteiligen Schriftwechsel darlegen und unter Beweis stellen müssen, wie es zu erklären ist, daß er ungeachtet der

von ihm behaupteten Vereinbarung mit K. [REDACTED] tatsächlich als Darlehensnehmer, alleiniger Erwerber der Grundstücke sowie als Bauherr und Besteller aufgetreten ist und sich in seinen Briefen an die Klägerin als Schuldner der Werklohnforderung bekannt hat. An einem solchen Beweisantritt fehlt es. Auch die von dem Beklagten in der Revisionsverhandlung hervorgehobenen und als ungewöhnlich bezeichneten Tatsachen, daß K. [REDACTED] dem vermögenslosen Beklagten ein Darlehen von 120.000 DM gegeben und daß die Klägerin mit dem Bau begonnen habe, ehe die Finanzierung gesichert gewesen sei, vermögen den ihm obliegenden Beweis nicht zu ersetzen. Sie erklären sich zwanglos aus dem von dem Beklagten mehrfach betonten freundschaftlichen Verhältnis, in dem er zu K. [REDACTED] gestanden haben will. Im übrigen konnte die Klägerin damit rechnen, daß dem Beklagten die Finanzierung des Bauvorhabens in seiner Eigenschaft als Baufinanzmakler ohne Schwierigkeiten gelingen würde.

Das Kammergericht hat hiernach die Erhebung der von dem Beklagten angetretenen Beweise ohne Rechts- und Verfahrensverstoß als unzulänglich abgelehnt.

III.

1.) Der Beklagte hat in seiner Klageerwiderung und auch in seiner Berufungsbegründung u.a. mit Provisionsansprüchen aus der Vermittlung fertiger Bauprojekte aufgerechnet. In seinem vor der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsatz vom 30. Oktober 1959 hat er die Hauptgegenforderung damit begründet, daß K. [REDACTED] ihm zur Abgeltung seiner Vorbereitungsarbeiten für ein 420 Eigentumswohnungen umfassendes Bauvorhaben am Hohenzollerndamm einen Betrag von 225.000 DM zugesagt habe.

Das Berufungsgericht hat dieses neue Vorbringen nicht zugelassen. Seine Berücksichtigung hätte, so führt es aus, weitere gerichtliche Auflagen zur Klärung des Sachverhalts und gegebenenfalls die Vernehmung von Zeugen erfordert. Der Beklagte habe es auch nicht in der Berufungsbegründung gebracht und nicht dargetan, daß die verspätete Geltendmachung weder auf der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, noch auf grober Nachlässigkeit beruhe (§ 529 Abs. 3 ZPO).

Auch das greift die Revision zu Unrecht an.

a) Da das Berufungsgericht dem oben unter II. behandelten Beweisantrag nicht stattzugeben brauchte, entfiel die von der Revision erwähnte Möglichkeit, gleichzeitig mit diesem Beweisantrag das neue Vorbringen zu behandeln.

b) Ob das Berufungsgericht mit den Parteien die Voraussetzungen für die Nichtzulassung des neuen Vortrags des Beklagten (§ 529 Abs. 3 ZPO) in der Verhandlung erörtert hat, ist unerheblich. In Anbetracht der völlig anderslautenden Begründung für die Gegenforderung waren die Voraussetzungen des § 529 Abs. 3 ZPO eindeutig gegeben. Der Beklagte hat auch im Revisionsverfahren nicht dargetan, wie er vor dem Berufungsgericht den Tatbestand des § 529 Abs. 3 ZPO hätte ausräumen wollen. Zudem hatte die Klägerin ihn bereits in ihrem vorangegangenen Schriftsatz vom 14. Juli 1959 (S. 4) darauf hingewiesen, daß das neue Vorbringen als verspätet zurückgewiesen werden müsse.

2.) Der Beklagte hatte eine weitere Gegenforderung zur Aufrechnung gestellt, die er damit begründete, daß K [REDACTED] ihm die Verwaltung mehrerer zu errichtender Bauten zugesagt habe und ihm mangels Ausführung dieser Bauten ein Verdienstausfall von 35.000 DM - 40.000 DM entgangen sei.

Den Sachvortrag des Beklagten hierzu hat das Berufungsgericht - dem Landgericht folgend - mit Recht als völlig unzureichend bezeichnet. Aus ihm ergab sich allenfalls, daß K [REDACTED] namens der Klägerin versprochen hatte, falls es zur Errichtung der Bauten kommen sollte, dem Beklagten deren Verwaltung zu übertragen. Ein Anspruch auf Verdienstausschlag würde voraussetzen, daß die Klägerin die Nichterrichtung der Bauten zu vertreten hätte. In dieser Hinsicht hat der Beklagte nichts vorgetragen.

IV.

Da sich die Revision des Beklagten somit als unbegründet erweist, sind ihm gemäß § 97 ZPO die Kosten seines Rechtsmittels aufzuerlegen.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Finke