

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 57/75

URTEIL

Verkündet am
9. Dezember 1976
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauingenieurs Harald H [REDACTED], M [REDACTED],
E [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

Dr. Hermann V [REDACTED], M [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 17. Dezember 1974 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte beabsichtigte seit dem Jahre 1965 als Eigentümer einiger nebeneinander liegender Grundstücke in München deren Verkauf. Der Kläger als Architekt interessierte sich für die Planung der künftigen Bebauung des Areals. In Zusammenarbeit mit ihm bemühte sich um den Verkauf zunächst die Maklerfirma Sa[REDACTED] und vom Sommer 1966 an der Diplomkaufmann Sc[REDACTED].

In einer Vereinbarung der Parteien und der Firma Sa[REDACTED] vom 28. Juli 1965 erklärte der Kläger, er werde unabhängig

- 3 -

vom Zustandekommen eines Kaufvertrags jedenfalls von dem Beklagten keine Gebühren und Auslagen für seine Arbeiten, gleich welcher Art, verlangen. Am selben Tag erteilte der Beklagte ihm Vollmacht, mit den Baubehörden die Bebauung der Grundstücke abzuklären sowie entsprechende Bauvorschläge auszuarbeiten und einzureichen. Der Kläger erarbeitete einen Bebauungsplan und ein Gebäudemodell und führte hierüber Besprechungen mit den Behörden. Im April 1966 erhielt er vom Beklagten 6.000 DM und bestätigte den Empfang unter dem 26. April 1966 mit dem Zusatz "für Planungsarbeiten Ihres Bauvorhabens". Am 1. August 1966 erteilte der Beklagte an Sc■■■■ Vollmacht zu Verhandlungen über eine zweckmäßige Ausnutzung und Verwertung des Grundbesitzes. Wunschgemäß bestätigte auch Sc■■■■ am 22. September 1966 die Unentgeltlichkeit seiner Tätigkeit für den Beklagten. In der Folgezeit erbrachte der Kläger im Kontakt mit den Baubehörden weitere Planungen.

Im Jahre 1973 verkaufte der Beklagte die Grundstücke, ohne Sc■■■■ und den Kläger zu beteiligen oder den Käufer zur Zahlung eines Entgelts für die Planungsarbeiten des Klägers zu verpflichten. Honorarforderungen des Klägers wies er zurück.

Der Kläger hat unter Vorlage eines Gebührengutachtens des Sachverständigen Diplomingenieur N■■■■ 352.869,15 DM nebst Zinsen eingeklagt und den Anspruch dann auf 476.414,88 DM erhöht. Er hat behauptet, er habe im April 1966 mit dem Beklagten vereinbart, daß seine weiteren Arbeiten zu seinen Bedingungen honoriert würden. Darauf habe der Beklagte 6.000 DM als Vorschuß gezahlt. Im Sommer 1966 habe der Beklagte den Kaufmann Sc■■■■ bevollmächtigt, ihm (Kläger)



die für den Verkauf der Grundstücke erforderlichen Planungsaufträge zu erteilen.

Das Landgericht hat die Klage als unschlüssig abgewiesen. Mit der Berufung hat der Kläger noch 428.608 DM nebst Zinsen geltend gemacht und weiter vorgetragen, er habe sich am 26. April 1966 mit dem Beklagten geeinigt, daß alle Planungen ab April 1966 von dem Beklagten gemäß GOA zu honorieren seien, falls nicht der Grundstückskäufer die Honorarzahlung übernehme. Der Beklagte habe diese Vereinbarung auch mehrfach bestätigt.

Das Oberlandesgericht hat das neue Vorbringen als verspätet nicht zugelassen und die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Honoraranspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Kläger erst in der Berufungsinstanz substantiiert folgendes vorgetragen habe: Die Parteien hätten sich am 26. April 1966 darauf geeinigt, daß der Beklagte alle vom Kläger seit April 1966 auftragsgemäß erbrachten Planungsarbeiten gemäß GOA vergüten werde, falls dies nicht der Grundstückserwerber übernehme. Der Kläger habe diese Vereinbarung mit Schreiben vom 8. November 1966 bestätigt, das der Beklagte allerdings nicht erhalten haben will. Der Beklagte selbst aber habe die Verein-

barung seinerseits mündlich am 22. Juni 1967 gegenüber ihm (Kläger) im Beisein von So [REDACTED] und nochmals im August 1971 gegenüber Schay bestätigt.

Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen gemäß § 529 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen. Das greift die Revision mit Erfolg an.

Mit dem Berufungsgericht kann allerdings davon ausgegangen werden, daß das Vorbringen in der Berufungsinstanz neu und auch aus grober Nachlässigkeit verspätet vorgetragen worden ist. Trotzdem durfte das Berufungsgericht das Vorbringen nicht zurückweisen; denn es fehlte hier an der weiteren Voraussetzung des § 529 Abs. 2 ZPO, daß die Zulassung des neuen Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte.

1. Von dieser Bestimmung, die der Beschleunigung des Rechtsstreits den Vorrang vor der erschöpfenden Prüfung des Parteivorbringens und damit vor der Richtigkeit der Entscheidung einräumt, darf nur vorsichtiger Gebrauch gemacht werden. Ist es möglich und der Sachlage nach angebracht, eine Verzögerung dadurch auszugleichen, daß die zügige Erledigung des Rechtsstreits durch Vorbereitung des Verhandlungstermins mittels der in § 272 b ZPO vorgesehenen Maßnahmen herbeigeführt werden kann, so muß der Vorsitzende eine solche Vorbereitung vornehmen. Wird sie unterlassen, so liegt darin ein Rechtsfehler, der zur Aufhebung des Urteils führt (BGH NJW 1971, 1564 Nr. 8).

2. Für die Frage, ob neues Vorbringen die Erledigung des Rechtsstreits verzögert, kommt es allein auf die Lage

an, in der sich der Rechtsstreit zur Zeit dieses Vorbringens befindet (BGH NJW 1974, 862). Daß die Mangelhaftigkeit des Sachvortrags zum Mißerfolg im ersten Rechtszug und damit zu der den Rechtsstreit verzögernden Berufung geführt hat, setzt § 529 Abs. 2 ZPO voraus. Diese Bestimmung geht insofern für die Zulassung neuen Vorbringens nicht weiter als § 279 ZPO für den ersten Rechtszug (vgl. Walchshöfer NJW 1976, 697, 700). Für die Feststellung, die Berücksichtigung neuen Vorbringens verzögere den Rechtsstreit, genügt somit nicht, daß die beantragte Beweisaufnahme bei substantiiertem Klagevortrag bereits im ersten Rechtszug möglich gewesen wäre.

3. Bei sachgerechter Vorbereitung der mündlichen Verhandlung gemäß § 272 b ZPO wäre hier eine Verzögerung nicht eingetreten. Dies zu beurteilen, ist dem Revisionsgericht nicht verwehrt (BGH NJW 1975, 1744, 1745 m.w.N.).

a) Der Vorsitzende des Berufungsgerichts konnte bei der Terminsbestimmung am 20. Juni 1974 auf Grund der am 22. Mai 1974 eingegangenen Berufungsbegründung gemäß § 272 b Abs. 2 Nr. 3 und 4 ZPO den Zeugen Schay zur mündlichen Verhandlung vom 8. Oktober 1974 laden und das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen. Die erst am 19. September 1974 eingegangene Berufungserwiderung brauchte er nicht abzuwarten. Die bloße Möglichkeit, daß der Beklagte einen Gegenzeugen benannte, enthob ihn nicht der Verpflichtung, gemäß § 272 b ZPO zu verfahren (Senatsurteil vom 3. Oktober 1963 - VII ZR 202/62 = LM ZPO § 529 Nr. 21).

Der jetzige Fall liegt anders als der im - zur Veröffentlichung bestimmten - Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. November 1976 - VIII ZR 132/75 - behandelte Sachverhalt.

In jenem Fall war eine umfangreiche Beweisaufnahme mit insgesamt 8 Zeugen erforderlich.

b) Die Ladung des Zeugen Sc[REDACTED] zur Verhandlung vom 8. Oktober 1974 war angebracht, um die Erledigung des Rechtsstreits zu beschleunigen. Bei seiner Vernehmung geht es um nur einen, klar herausgeschälten Streitpunkt, nämlich darum, ob der Beklagte entgegen der ursprünglichen Unentgeltlichkeitsabrede dem Kläger nachträglich eine Vergütung für dessen seit April 1966 erbrachte Architektenleistungen zugesagt hat, falls diese Vergütung nicht vom Grundstückserwerber übernommen wurde.

Dazu hätte unter Verwertung der Besprechungsniederschrift vom 22. Juni 1967 und der Aktennotiz vom 8. August 1971 zunächst nur der Zeuge Sc[REDACTED] vernommen werden müssen. Eine Vernehmung des bereits in erster Instanz von beiden Parteien benannten Zeugen Dr. O[REDACTED] sowie des Beklagten als Partei hängt davon ab, welche Bedeutung als zusätzlichem Beweismittel der Tatrichter dem Schriftwechsel vom 3./8. November 1966 beimißt.

c) Der für die Zeugenvernehmung erforderliche Zeitaufwand konnte und mußte bei der Terminbestimmung berücksichtigt werden. Der Vorsitzende muß grundsätzlich, auch wenn ein neuer Beweisantrag erst in der Berufungsbegründung gestellt wird, die Verhandlungszeit so bemessen, daß die beantragte Beweisaufnahme durchgeführt werden kann, es sei denn, sie eigne sich wegen ihres Umfangs oder aus anderen Gründen nicht zur Erledigung im ersten Termin (BGH NJW 1974, 1512, 1513).

d) Die Ladung des Zeugen Sc[REDACTED] und die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien überstiegen nicht die Befugnisse des Vorsitzenden. Dieser hat nach pflichtgemäßem Ermessen nur zu prüfen, ob das Vorbringen der Parteien nebst Beweisantrag erheblich sein kann. Ob es erheblich ist, entscheidet das Prozeßgericht auf Grund der mündlichen Verhandlung. Seiner Entscheidungsbefugnis wird durch eine Anordnung gemäß § 272 b ZPO nicht vorgegriffen. Die Möglichkeit, daß ein Zeuge geladen wird, ohne dann auch vernommen zu werden, muß in Kauf genommen werden, wenn der Zweck des § 272 b ZPO nicht verfehlt werden soll (BGH NJW 1975, 1744, 1745). Im übrigen konnte hier die Erheblichkeit des neuen Vorbringens und damit des Beweisantrags kaum zweifelhaft sein.

e) Die Meinung des Berufungsgerichts, es hätte sich um eine umfangreiche Beweisaufnahme über einen schwierig abzugrenzenden Sachverhalt gehandelt, vermag der Senat nicht zu teilen.

Der Zeuge Sc[REDACTED] brauchte nur zu dem vom Kläger vermittelten Kontakt mit dem Beklagten im Sommer 1966, zu der angeblichen Zusicherung des Beklagten bei der Besprechung zu Dritt am 22. Juni 1967 und zu der Erklärung des Beklagten Anfang August 1971 befragt zu werden. In Verbindung mit den vorgelegten Urkunden hätte sich das Berufungsgericht dann eine Überzeugung bilden können, ob der Beklagte - entgegen seiner ursprünglichen, gegenüber der Firma Sa[REDACTED] und dem Zeugen Sc[REDACTED] auch durchgehaltenen Einstellung - die behauptete Verpflichtung gegenüber dem Kläger dann doch übernommen hat oder nicht.

f) Bei der Ablehnung einer Parteivernehmung hat das Berufungsgericht zudem übersehen, daß der Kläger nicht seine eigene Vernehmung, sondern die des Beklagten über den Zugang des "Bestätigungsschreibens" vom 8. November 1966 beantragt hatte.

II.

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

Vogt

Recken

Doerry

Bliesener

Obenhaus