

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

✓ ZR 113/71

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
13. April 1973

H i r t h ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der G [REDACTED] Wohnbau- und Baubetreuungs GmbH & Co KG,
M [REDACTED], N [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten
durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die
G [REDACTED] Wohnbau- und Baubetreuungs GmbH, M [REDACTED],
N [REDACTED]straße [REDACTED], diese gesetzlich vertreten durch
ihren Geschäftsführer Carl J [REDACTED], M [REDACTED], N [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die frühere Haushälterin Elli J [REDACTED],
2. die Sekretärin Ruth J [REDACTED],
beide E [REDACTED], E [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED]

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 1973 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und von der Mühlen für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 23. März 1971 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der ursprüngliche Beklagte, der Rechtsanwalt Dr. Hans S. [REDACTED] in M. [REDACTED], H. [REDACTED]straße [REDACTED], ist während des Revisionsverfahrens verstorben. Er ist von den jetzigen Beklagten Elli J. [REDACTED] und Ruth J. [REDACTED] beerbt worden. Im folgenden wird weiter von "dem Beklagten" gesprochen.

Die Erbengemeinschaft W. [REDACTED], deren Interessen der Beklagte im Jahre 1964 als Anwalt wahrgenommen hatte, war u.a. Eigentümerin der in der Gemarkung N. [REDACTED] gelegenen Grundstücke Plan Nr. 320 1/16 mit 644 qm, 327/63 mit 665 qm und 298 mit 4 470 qm. In notarieller Urkunde vom 25. November 1964 bot sie die Grundstücke Nr. 320 1/16 und 327/63, die durch einen Weg voneinander

- 3 -

getrennt waren und nach Abtretung einer Teilfläche an die Stadt M. zu einem Grundstück vereint werden sollten, der von der Immobilienhändlerin Britta T. zu benennenden Person zum Kauf an. Nachdem Frau T. in notarieller Urkunde vom 2. Dezember 1964 die Klägerin als Käuferin benannt hatte, nahm diese in weiterer notarieller Urkunde vom selben Tag das Kaufangebot an. Bei dem Grundstücksgeschäft gingen die Beteiligten davon aus, daß nach Durchführung des Umlegungsverfahrens für die zu vereinenden Grundstücke noch 1 000 qm als Gesamtfläche verblieben. Für diese legten sie als Verkaufspreis 250 DM/qm zugrunde. Den Gesamtpreis von 250 000 DM hat die Klägerin an die Erbengemeinschaft bezahlt. Außerdem zahlte sie an Frau T. zu Händen des Beklagten 70 000 DM. Am 27. Dezember 1966 wurde die Klägerin als Eigentümerin des neugebildeten Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

Bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft W. wurde das Grundstück Nr. 298 den Miterben Berta H., Anna W. und Maria W. zu je einem Drittel zugeteilt. In notarieller Urkunde vom 19. August 1966 veräußerte Berta H. ihren Anteil für 370 000 DM an die Klägerin. Der Eigentumswechsel wurde am 23. Februar 1968 im Grundbuch eingetragen. Neben dem beurkundeten Kaufpreis zahlte die Klägerin an die Tochter der Verkäuferin, Frau W., den Betrag von 25 000 DM. Außerdem sagte sie dem Beklagten lt. Schreiben vom 1. Dezember 1966 für dessen "anwaltliche Beratung" den Betrag von 50 000 DM zu.



Da in dem Umlegungsverfahren an die Stelle der Grundstücke Nr. 320 1/16 und 327/63 ein Baugrundstück mit einer Gesamtfläche von nur 871 qm getreten war, verlangte die Klägerin von dem Beklagten den Betrag von (1 000 - 871 =) 129 x 250 DM = 32 250 DM zurück. Sie bezog sich dabei auf ihr Schreiben vom 2. Dezember 1964 an den Beklagten, worin sie das Ergebnis einer Besprechung vom 30. November 1964 dahin zusammenfaßte, der Beklagte habe sich bereit erklärt, die zu erwartende Flächendifferenz von 100 bis 200 qm dadurch auszugleichen, daß die entsprechende Überzahlung als Anzahlung für das Grundstück Nr. 298 gelten solle. In dem Schreiben heißt es abschließend:

"Sollte ein Kauf dieses Grundstücks nicht möglich sein, dann haben Sie uns zugesagt, den uns entstandenen Nachteil durch Rückvergütung des Kaufpreises auszugleichen."

In seinem Antwortschreiben vom 3. Dezember 1964 bestätigte der Beklagte der Klägerin, daß ihre Ausführungen den getroffenen Vereinbarungen entsprächen, und erklärte zur Frage des Ausgleichs der Flächendifferenz:

"Ich übernehme Ihnen gegenüber persönlich die Haftung dafür, daß Frau T. [REDACTED] ihre in dieser Vereinbarung niedergelegte Verpflichtung seinerzeit erfüllen wird."

Mit Schreiben vom 13. März 1967 verlangte die Klägerin vom dem Beklagten die Zahlung der 32 250 DM mit der Begründung, daß die Überzahlung bei dem Kauf des Grundstücks Nr. 298 wegen der Verzögerung der Umlegung der

Grundstücke Nr. 320 1/16 und 327/63 nicht habe angerechnet werden können. Sie ziehe deshalb, so heißt es in dem Schreiben der Klägerin weiter, die 32 250 DM von dem ihm lt. ihrem Schreiben vom 1. Dezember 1966 geschuldeten "Honorar" von 50 000 DM ab und übersende ihm für den Rest von 17 750 DM einen Verrechnungsscheck. In seinem Antwortschreiben vom 17. März 1967 wies der Beklagte demgegenüber darauf hin, daß er den Verrechnungsscheck nur als Teilzahlung auf die 50 000 DM betrachte.

Die Klägerin hat vorgetragen: Das Versprechen der Klägerin, an den Beklagten 50 000 DM zu zahlen, sei rechtsunwirksam, weil der Beklagte beim Abschluß der Grundstückskaufverträge nicht nur die Klägerin, sondern auch die Gegenseite vertreten habe. Überdies habe der Beklagte der Klägerin bewußt wahrheitswidrig erklärt, Frau H. zahle ihm kein Honorar und von der Zahlungszusage der Klägerin hänge es ab, ob Frau H. ihren Anteil an dem Grundstück Nr. 298 an sie verkaufe. Sollte sich die Honorarvereinbarung als rechtswirksam erweisen, sei es im Hinblick auf die geringe Dienstleistung des Beklagten angebracht, das Honorar angemessen herabzusetzen.

Die Klägerin hat deshalb beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 50 000 DM (32 250 DM und 17 750 DM) nebst Zinsen zu verurteilen.

Hilfsweise hat die Klägerin beantragt,

- a) den Beklagten zur Zahlung von 32 250 DM nebst Zinsen zu verurteilen,

- 0 -

- b) das mit dem Beklagten vereinbarte Honorar auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen und den Beklagten weiterhin zur Zahlung des Betrags nebst Zinsen zu verurteilen, um welchen das Honorar unter 17 750 DM herabgesetzt wird.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Er hat die Klageforderung nach Grund und Höhe bestritten.

Die Klage blieb in den Vorinstanzen ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die jetzigen Beklagten beantragen Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht befaßt sich zunächst mit der Frage, ob dem Beklagten die ihm in dem Schreiben der Klägerin vom 1. Dezember 1966 zugesagten 50 000 DM zustehen. Es hat diese Frage mit folgender Begründung bejaht: Maßgebend für die Rechtsbeziehungen der Parteien und damit für den Schuldgrund und die Rechtsnatur der von der Klägerin anerkannten Zahlungsverbindlichkeit sei die Besprechung, die nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fünf oder sechs Wochen vor der notariellen Beurkundung vom 19. August 1966 zwischen dem damaligen Geschäfts- und Verhandlungsführer der Klägerin, Otto L., und dem Beklagten als anwaltlichem Vertreter der Grundstücksverkäuferin H. stattgefunden habe. Hierbei hätten

sich die Gesprächspartner auf einen Betrag von 450 000 DM als Kaufpreis für den Grundstücksanteil Haller geeinigt. Hiervon hätten jedoch nur 370 000 DM "verbriefte" werden sollen. Von dem verbleibenden Rest hätten auf das Verlangen des Beklagten an ihn 50 000 DM zur Abgeltung seiner Honoraransprüche an Frau H. für die Inanspruchnahme seiner Dienste als Anwalt und an die Tochter der Verkäuferin, Frau W., 25 000 DM als eine Art von Provision dafür gezahlt werden sollen, daß sie sich in der Grundstücksangelegenheit für die Klägerin verwendet habe. Der in der Nichtbeurkundung des tatsächlich gewollten Kaufpreises von 450 000 DM liegende Formmangel sei nach § 313 Satz 2 BGB geheilt, da hinsichtlich des Anteils H. an dem Grundstück Nr. 298 unstreitig die Auflassung erklärt und der Eigentumswechsel im Grundbuch eingetragen worden sei. Damit könne die Klägerin von dem Beklagten das, was sie an ihn geleistet habe, nicht mehr zurückfordern.

Hinsichtlich des Hilfsantrags ist das Berufungsgericht zunächst der Auffassung, daß mit Rücksicht darauf, daß es sich bei den 50 000 DM nicht um ein Honorar, sondern um einen Teil des Kaufpreises gehandelt habe, eine Herabsetzung dieses Betrags nach § 3 Abs. 3 BRAGebO entfalle. Nach der weiteren Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin aber auch kein Anspruch auf Erstattung der Kaufpreisüberzahlung in Höhe von 32 250 DM zu. Zur Begründung führt das Berufungsgericht insoweit aus: Unstreitig hätten Ende November/Anfang Dezember 1964 zwischen den Beteiligten, darunter der Beklagte und der Zeuge L. als Geschäfts- und Verhandlungsführer der Klägerin, Verhandlungen darüber stattgefunden, wer der Klägerin für

die Überzahlung des Kaufpreises einzustehen habe. Für ihre Behauptung, der Beklagte habe sich damals hierzu verpflichtet, habe die Klägerin den ihr obliegenden Beweis nicht erbracht. Aus ihrem Schreiben vom 2. Dezember 1964 lasse sich eine Verpflichtungserklärung des Beklagten nicht herleiten. Bei diesem Schreiben habe es sich um ein unter Kaufleuten übliches "Bestätigungsschreiben" gehandelt, das den Inhalt einer zwischen dem Absender und dem Empfänger zuvor getroffenen mündlichen Abmachung habe wiedergeben sollen. Werde ein solches Schreiben einem Kaufmann zugesandt, so müsse er nach Handelsbrauch seinen Inhalt gegen sich gelten lassen, wenn er ihm nicht innerhalb angemessener Frist widersprochen habe. Das gelte auch für Nichtkaufleute, die, wie Rechtsanwälte, über eine genügende Geschäftsgewandtheit verfügten (Hinweis auf Palandt, BGB 29. Aufl. § 148 Anm. 2 b). Mit seinem Antwortschreiben vom 3. Dezember 1964 habe aber der Beklagte dem Schreiben der Klägerin vom 2. Dezember 1964 widersprochen. Während es in diesem heiße, daß der Beklagte sich bereit erklärt habe, der Klägerin den durch die Flächendifferenz entstandenen Nachteil durch Rückvergütung des Kaufpreises auszugleichen, sei in dem Schreiben des Beklagten vom 3. Dezember 1964 nur davon die Rede, daß er der Klägerin gegenüber die Haftung dafür übernehme, daß Frau T. ihre in der Vereinbarung niedergelegte Verpflichtung seinerzeit erfüllen werde. Wegen dieses "eklatanten Widerspruchs" vermöge das Schreiben der Klägerin vom 2. Dezember 1964 ihren Anspruch auf Zahlung der 32 250 DM Kaufpreisüberzahlung nicht zu begründen. Den Nachweis dafür, daß das Schreiben der Klägerin vom 2. Dezember 1964 das Ergebnis der vorausgegangenen Verhandlungen richtig wiedergebe, habe die Klägerin nicht

geführt. Angesichts der sich widersprechenden Bekundungen, welche dazu die Zeugen L [REDACTED], M [REDACTED] und Rigobert T [REDACTED] in der Vorinstanz bzw. in dem Rechtsstreit 20 O 193/68 gemacht hätten, sei deren nochmalige Einvernahme nicht veranlaßt.

2. Die Revision greift diese Ausführungen in mehrfacher Hinsicht an.

a) Sie rügt zunächst, das Berufungsgericht habe die entscheidende Frage ungeprüft gelassen, ob die Honoraransprüche des Beklagten an Frau H [REDACTED] im Zeitpunkt der Leistung der Klägerin (Verrechnungsscheck vom 13. März 1967) nicht bereits durch Erfüllung seitens der Frau H [REDACTED] erloschen gewesen seien; eine solche Erfüllung habe die Klägerin in der Berufungsbegründung vom 19. Februar 1970 (S. 19) behauptet und unter das Zeugnis von Frau H [REDACTED] gestellt; der Beweis sei nicht erhoben worden.

Die Rüge ist unbegründet.

An der von der Revision zitierten Stelle der Berufungsbegründung hat die Klägerin Frau H [REDACTED] nicht für das aufgeführte Beweisthema benannt. Dort wurde nur die Vernehmung von Frau H [REDACTED] zu Ziffer I 6 des Beweisbeschlusses des Landgerichts vom 2. Mai 1969 und damit zu der Behauptung der Klägerin beantragt, daß der Beklagte eine Honorarvereinbarung mit Frau H [REDACTED] nicht geschlossen habe. Auch die an derselben Stelle der Berufungsbegründung vorsorglich beantragte Vernehmung von Frau H [REDACTED] betraf ein anderes Beweisthema, nämlich die

Behauptung der Klägerin, daß Frau H. für das Grundstück einen Kaufpreis von 370 000 DM verlangt habe und daß, wie bereits die Zeugin W. ausgesagt habe, die Beträge von 25 000 DM und 50 000 DM außerhalb des Kaufpreises und zusätzlich zum Kaufpreis vereinbart worden seien. Im übrigen kommt es auch nicht darauf an, ob Frau H. Zahlungen an den Beklagten geleistet hat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat es sich nämlich bei den 50 000 DM, deren Zahlung die Klägerin dem Beklagten in ihrem Schreiben vom 1. Dezember 1966 zugesagt hat, nicht um ein Honorar, sondern um den Teil des von den Vertragspartnern mit 450 000 DM vereinbarten Kaufpreises gehandelt, den die Verkäuferin H. zur Abgeltung einer entsprechenden Zahlungsverbindlichkeit an den Beklagten abgetreten hat (BU S. 26). Bei dieser vom Berufungsgericht festgestellten Sachlage wären etwaige Zahlungen von Frau H. an den Beklagten ohne Rechtsgrund geleistet worden und könnten deshalb nur von ihr (nach § 812 BGB) zurückgefordert werden.

b) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe bei seiner Auffassung, der hinsichtlich des an den Beklagten zu zahlenden Kaufpreisteils von 50 000 DM bestehende Formmangel sei nach § 313 Satz 2 BGB geheilt worden, folgenden wesentlichen Prozeßstoff übersehen: Beide Parteien seien in dem vorliegenden Rechtsstreit vor der Eintragung der Klägerin im Grundbuch am 23. Februar 1968 übereinstimmend davon ausgegangen, daß die Sondervereinbarung über die Zahlung von 50 000 DM mit dem Kaufpreis für den Grundstücksanteil selbst nichts zu tun gehabt habe. Das ergebe sich einerseits aus dem Vortrag der Klägerin in der Klageschrift vom 29. Mai 1967

(S. 3), bei den 50 000 DM habe es sich um ein Anwalts-honorar gehandelt, das für eine Tätigkeit des Beklagten für die Klägerin vereinbart worden sei, und andererseits aus dem substantiierten Vorbringen des Beklagten in der Klageerwiderung vom 8. Juli 1967 (S. 6), die Parteien seien sich darüber einig gewesen, daß diese Vereinbarung mit dem Kaufpreis nichts zu tun gehabt habe. Aus diesem beiderseitigen Prozeßvortrag ergebe sich zumindest eine Einigung dahin, daß beide Parteien die 50 000 DM nicht als Teil des Kaufpreises hätten behandeln wollen. Sei aber die formlose Nebenabrede durch Parteivereinbarung vor der Eintragung im Grundbuch abgeändert worden, so komme eine Heilung nach § 313 Satz 2 BGB nicht mehr in Betracht.

Auch diese Rüge ist unbegründet.

Es mag dahinstehen, ob die Revision den aufgeführten beiderseitigen Parteivortrag richtig wiedergegeben hat. Denn auch wenn man das unterstellt, ergibt sich daraus nichts zu ihren Gunsten. Das Berufungsgericht brauchte daraus, daß die Parteien mit im übrigen unterschiedlicher Begründung im Prozeß den Standpunkt einnahmen, die 50 000 DM stellten nicht einen Teil des Kaufpreises dar, nicht eine materiellrechtliche Vereinbarung des von der Revision geltend gemachten Inhalts zu entnehmen. Außerdem übersieht die Revision, daß ein Anwendungsfall des § 313 Satz 2 BGB hier schon deshalb nicht gegeben ist, weil die von ihr aus dem beiderseitigen Parteivortrag entnommene Vereinbarung nicht zwischen den Parteien des Kaufvertrags vom 19. August 1966, also zwischen Frau H. [REDACTED] als Verkäuferin und der Klägerin als Käuferin, sondern zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits geschlossen

wurde. Daß der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die dem Kaufvertrag vorausgegangenen Verhandlungen als anwaltlicher Vertreter der Grundstücksverkäuferin H. geführt hat, ist unerheblich. Entscheidend ist, daß er bei Abschluß der in Frage stehenden Vereinbarung nicht in dieser Eigenschaft aufgetreten ist.

c) Da es sich nach den ohne Erfolg angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts bei den in Frage stehenden 50 000 DM um einen echten Kaufpreisteil aus dem Verkauf des Grundstücksanteils der Frau H. gehandelt hat, ist tatrichterlich gleichzeitig die in den Vorinstanzen erörterte Möglichkeit ausgeschlossen worden, daß die dem Beklagten gegenüber bestehende Honorarschuld der Frau H. von der Klägerin übernommen wurde. Das Berufungsgericht hat deshalb entgegen der Meinung der Revision mit Recht die Frage offen gelassen, ob der Übernehmer einer fremden Honorarschuld deren Herabsetzung nach § 3 Abs. 3 BRAGebO verlangen kann.

d) Die Revision greift schließlich ohne Erfolg die Auffassung des Berufungsgerichts an, der Klägerin stehe auch kein Anspruch auf Erstattung der Kaufpreisüberzahlung von 32 250 DM zu.

Die erneute Vernehmung des von dem Landgericht zweimal vernommenen Zeugen M., welche die Klägerin in der Berufungsbegründung (S. 19) beantragt hatte, stand nach § 398 ZPO im Ermessen des Berufungsgerichts. Daß dieses bei der Ablehnung der erneuten Vernehmung (zu

dem bisherigen Beweisthema) den Begriff des Ermessens verkannt oder dessen Grenzen überschritten hat, ist nicht ersichtlich. Entgegen der Meinung der Revision liegt ein Ermessensfehler auch nicht darin, daß das Berufungsgericht die Ablehnung der erneuten Vernehmung des Zeugen M■■■■, wie auch die der Zeugen L■■■■ und T■■■■, mit den widersprüchlichen Bekundungen bei ihren früheren Vernehmungen begründet hat.

e) Soweit die Revision sich gegen die Auslegung des Schreibens der Klägerin vom 2. Dezember 1964 und des Antwortschreibens des Beklagten vom 3. Dezember 1964 wendet, greift sie in unzulässiger Weise die tatrichterliche Würdigung dieser Schreiben durch das Berufungsgericht an. Das gilt insbesondere von ihrer Meinung, aus dem Schreiben des Beklagten ergebe sich eine direkte wirtschaftliche Haftung gegenüber der Klägerin, so daß von einem "eklatanten Widerspruch" zwischen den beiden Schreiben nicht gesprochen werden könne. Inwiefern die Würdigung des Berufungsgerichts auf einer Verletzung von Auslegungsgrundsätzen, der Denkgesetze und der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens beruhen soll, wie die Revision meint, ist nicht ersichtlich und wird von ihr auch nicht näher dargetan.

3. Da die Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin enthalten, war deren Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Vorsitzender Richter
Hill kann wegen Urlaubs-
abwesenheit nicht unter-
schreiben.

Rothe

Dr. Freitag

Rothe

Mattern

von der Mühlen