

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

077

V ZR 14/69

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
30. April 1971

H i r t h
Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Architekten Herbert K [REDACTED] in B [REDACTED],
C [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Ehefrau Erna K o [REDACTED] geb. S [REDACTED] in B [REDACTED],
T [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Hill und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. Oktober 1968 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin wollte ihren Grundbesitz in H- H- parzellieren und als Bauland verkaufen. Sie wandte sich zu diesem Zweck an den Bauingenieur Bu-, der bereit war, die Planungs- und Architektenarbeiten durchzuführen. Er teilte der Klägerin jedoch später mit, daß man wegen seiner beruflichen Tätigkeit beim Bauamt der Stadt B- einen freiberuflich tätigen Architekten hinzuziehen müsse. Als solcher wurde daraufhin der Beklagte zugezogen.

Der Erschließungsplan wurde von Bu- und dem Beklagten erstellt. Von den 10 baureifen Parzellen behielt eine die Klägerin. 7 weitere Parzellen wurden architektengebunden an Kaufinteressenten zu einem Kaufpreis von

- 3 -

50 DM pro qm verkauft. Die restlichen 2 Parzellen wurden durch notariellen Vertrag vom 22. August 1962 (geändert durch notariellen Vertrag vom 19. Juni 1963) an Bu [REDACTED] und den Beklagten verkauft. Der von dem Beklagten zu zahlende Kaufpreis wurde auf 18 000 DM festgesetzt. Die Eintragung des Beklagten im Grundbuch erfolgte im Jahre 1963.

Am 30. November 1963 schlossen die Parteien für das mit öffentlichen Mitteln geförderte Bauvorhaben der Klägerin einen Bauherren-Beauftragten-Vertrag, in dem ein Architektenhonorar von 8 405 DM vereinbart wurde.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung des Kaufpreises. Sie hat deshalb seine Verurteilung zur Zahlung von 18 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1964 beantragt.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Zur Begründung hat er in erster Linie vorgetragen: Es sei zwischen den Parteien mündlich vereinbart worden, daß sein Anspruch aus den Architektenleistungen für den Hausbau der Klägerin und deren Anspruch auf den Kaufpreis miteinander verrechnet werden sollten. Daneben sei vereinbart worden, daß die Klägerin für seine Bemühungen um Erschließung des Geländes die Parzellen zu seinen Gunsten architektengebunden verkaufe.

Hilfsweise hat der Beklagte für den Fall, daß die Verrechnungsabrede nicht bewiesen werden könne, mit Gegenforderungen aufgerechnet, und zwar mit einem Architektenhonorar in Höhe von 15 687,48 DM, mit einer Ersatz-



forderung in Höhe von 1 180 DM, weil er in dieser Höhe für den Bau der Klägerin Maklergebühren für die Vermittlung der ersten Hypothek bezahlt habe, und mit einer weiteren Forderung in Höhe von 1 133,33 DM; dieser Betrag habe ein von ihm an die Klägerin bezahltes Drittel der Abbruchkosten für ein altes auf dem Gelände stehendes Gebäude dargestellt.

Die Klägerin hat demgegenüber behauptet, ihre Gegenleistung für die Architektenleistungen des Beklagten sowohl bei der Erschließung des Geländes als auch beim Hausbau bestehe vereinbarungsgemäß lediglich darin, daß sie zugunsten des Beklagten 7 Parzellen architektengebunden und ihm und dem Ingenieur Bu[REDACTED] 2 Parzellen günstig verkauft habe.

Das Landgericht hat nach Vernehmung des Ingenieurs Bu[REDACTED], dessen Ehefrau und des Ehemanns der Klägerin der Klage in Höhe von 16 820 DM stattgegeben. Es hat die von dem Beklagten erklärte Aufrechnung nur hinsichtlich der 1 180 DM Auslagen für die Vermittlung der ersten Hypothek für begründet erachtet.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

1. Hinsichtlich des Haupteinwands des Beklagten ist das Berufungsgericht in Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme zu der Auffassung gelangt, der Beklagte habe den ihm obliegenden Beweis nicht geführt, daß der Kaufpreisanspruch der Klägerin mit dem Anspruch des Beklagten aus seinen Architektenleistungen für den Hausbau der Klägerin schlicht um schlicht verrechnet werden sollte. Nach der weiteren Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte auch nicht bewiesen, daß ihm die Gegenforderungen zustehen, mit denen er hilfsweise gegen den Kaufpreisanspruch der Klägerin aufgerechnet hat. Was den von dem Beklagten geltend gemachten Honoraranspruch in Höhe von 15 687,48 DM anbetrifft, so hat das Berufungsgericht die Beweispflicht des Beklagten daraus hergeleitet, daß die Klägerin durch ihre Behauptung, das Entgelt für die gesamten Architektenleistungen des Beklagten habe in der Architektenbindung der 7 an Dritte verkauften Parzellen und in dem Verkauf von 2 Parzellen an Bu [REDACTED] und den Beklagten zu geringerem Preis bestanden, bestritten habe, daß die Höhe der Vergütung nicht bestimmt im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB sei. Der Beklagte hätte deshalb, so führt das Berufungsgericht aus, beweisen müssen, daß entweder diese Voraussetzung des § 632 Abs. 2 BGB vorliege oder eine bestimmte Vergütung in Geld vereinbart worden sei. Die weitere Forderung des Beklagten auf Rückzahlung eines Drittels der Abbruchkosten in Höhe von 1 133,33 DM hat das Berufungsgericht deshalb nicht durchgreifen lassen, weil der Beklagte für seine Behauptung, er habe diesen Betrag nur

deshalb gezahlt, weil die Klägerin den Grundstückskaufpreis nicht habe geltend machen wollen, keinen Beweis angetreten habe.

2. Die Revision wendet sich hiergegen ohne Erfolg.

a) Sie bezieht sich zunächst auf die Ausführungen des Berufungsgerichts dahin, gegen die Darstellung der Klägerin ergäben sich zwar Bedenken daraus, daß ihr Ehemann bei seiner Vernehmung in erster Instanz den Eid verweigert habe, es sei jedoch nicht ersichtlich, was an seiner Aussage falsch sei (BU S. 11). Sie meint, das Berufungsgericht hätte aus dieser Eidesverweigerung den Schluß ziehen müssen, daß das Vorbringen der Klägerin, welche die von dem Beklagten behauptete Abrede leugne, unrichtig sei. Das trifft indessen nicht zu. Die Verweigerung der Eidesleistung eines Zeugen muß nicht dahin gewürdigt werden, daß dadurch dessen Aussage jeden Beweiswert verliert. Dieser Schluß kann vielmehr nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls gezogen werden (OLG Hamm, OGHZ 1, 226, 227; Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 392 Anm. III). Denn andernfalls würde entgegen der Vorschrift des § 286 ZPO an die Stelle der freien Beweiswürdigung eine dem Gesetz fremde Beweisregel gesetzt werden (OLG Hamm aaO). Da besondere Umstände in dem aufgeführten Sinn nicht ersichtlich sind und von der Revision auch nicht dargetan werden, brauchte das Berufungsgericht der Aussage des Ehemanns der Klägerin nicht die Bedeutung einer Widerlegung der Behauptung der Klägerin beizumessen, der Verkauf der 7 Parzellen an Dritte mit Architektenbindung und der Verkauf der beiden Parzellen

an den Beklagten und an Bu[REDACTED] zu geringerem Preis seien ihre Gegenleistung für die Architektenleistungen des Beklagten bei der Aufschließung des Geländes und beim Hausbau für die Klägerin gewesen. Im übrigen kommt es entscheidend nicht auf diese Behauptung der Klägerin, sondern auf die Behauptung des Beklagten an, die Parteien hätten außerhalb des Vertrags vom 22. August 1962 mündlich vereinbart, daß sein Anspruch aus den Architektenleistungen für den Hausbau der Klägerin und deren Anspruch auf den Kaufpreis miteinander verrechnet werden sollten. Insoweit hat das Berufungsgericht jedoch den dem Beklagten obliegenden Beweis nicht als geführt angesehen.

b) Damit ist auch die folgende Rüge unbegründet, es lasse sich nicht ausschließen, daß das Berufungsgericht, wenn es der Aussage des Ehemanns der Klägerin die "ihr gebührende Bedeutung" beigemessen hätte, zu einer anderen Würdigung der Aussage des Zeugen Bu[REDACTED], es sei ihm sowohl vor als auch nach Abschluß des notariellen Vertrags gesagt worden, daß er das Grundstück nicht zu bezahlen brauche, gekommen wäre.

c) Die Revision rügt sodann Verletzung des § 286 ZPO mit der Begründung, das Berufungsgericht habe den in das Wissen des Zeugen Bu[REDACTED] gestellten Vortrag des Beklagten in der Berufungsbegründung nicht beachtet, daß die Klägerin bei den Verhandlungen über die Verrechnung des Kaufpreises erklärt habe, der Beklagte und Bu[REDACTED] brauchten die Grundstücke zwar nicht zu bezahlen, dafür aber solle der Beklagte versuchen, die übrigen 7 Parzellen möglichst zu einem für die Klägerin günstigen

Preis zu veräußern (S. 6), und daß der Zeuge Bu[REDACTED] sogar eine Quittung der Klägerin in Händen habe, wonach er (die von ihm als Kaufpreis geschuldeten) 20 000 DM an die Klägerin gezahlt habe (S. 10). Damit seien, so meint die Revision, neue Tatsachen in das Wissen des Zeugen Bu[REDACTED] gestellt und nicht lediglich dessen erneute Vernehmung beantragt worden, so daß das Berufungsgericht das Beweiserbieten nicht mit der Begründung hätte übergeben dürfen, durch eine erneute Vernehmung des Zeugen sei keine weitere Klärung zu erwarten.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Was das erste Beweisthema anbetrifft, so handelt es sich entgegen der Meinung der Revision nicht um die Behauptung einer neuen Tatsache. Nach dem Beweisbeschluß des Landgerichts sollte der Zeuge Bu[REDACTED] darüber vernommen werden, ob die Parteien vereinbart hatten, daß das Architektenhonorar des Beklagten gegen den Kaufpreisanspruch der Klägerin verrechnet werden sollte. Damit erstreckte sich die Vernehmung des Zeugen auf die gesamten Verhandlungen über diese Verrechnung der beiderseitigen Ansprüche. In diesen Rahmen fällt aber auch die erst in der Berufungsbegründung in das Wissen des Zeugen Bu[REDACTED] gestellte und ausdrücklich als Teil der Verhandlungen über die Verrechnung bezeichnete Erklärung der Klägerin. Zu einer wiederholten Vernehmung eines Zeugen über dieselbe Tatsache ist das Gericht jedoch nicht verpflichtet (§ 398 ZPO). Bei der weiteren in das Wissen des Zeugen Bu[REDACTED] gestellten Behauptung, dieser habe eine Quittung der Klägerin in Händen, wonach er den von ihm geschuldeten Kaufpreis bezahlt habe, handelt es sich lediglich um ein Indiz, aus dem das Berufungsgericht keinen Schluß auf die

behauptete Tatsache (hier: die Verrechnung der beiderseitigen Ansprüche der Parteien) zu ziehen brauchte (Urteil des Senats vom 22. Februar 1960, V ZR 179/58 S. 12/13 unter Bezugnahme auf LM § 539 ZPO Nr. 1). Damit entfiel auch die Verpflichtung des Berufungsgerichts zu der von dem Beklagten zu demselben Beweisthema beantragten Parteivernehmung der Klägerin.

d) Lediglich um Indizien handelt es sich auch, wenn die Klägerin die Umschreibung des Grundstücks ohne Kaufpreiszahlung freigegeben und den Kaufpreis erst später angefordert hat. Entgegen der Meinung der Revision brauchte das Berufungsgericht deshalb auch hieraus keinen Schluß auf die von dem Beklagten behauptete Verrechnung seines Honoraranspruchs mit dem Kaufpreisanspruch der Klägerin zu ziehen. Wieso diese Indizien dem Berufungsgericht Anlaß zur nochmaligen Vernehmung des Zeugen Bu [REDACTED] und zur Parteivernehmung der Klägerin hätten geben müssen, wie die Revision in diesem Zusammenhang noch meint, ist nicht ersichtlich.

e) Die Revision rügt weiter ohne Erfolg Verletzung des § 286 ZPO mit der Begründung, das Berufungsgericht habe entgegen dem von dem Beklagten in seinem Schriftsatz vom 23. Oktober 1968 (S.10) gestellten Antrag nicht die Klägerin als Partei darüber vernommen, daß sie im Büro des Notars angerufen und erklärt habe, die Unterlagen könnten jetzt dem Grundbuchamt zwecks Umschreibung vorgelegt werden, da der Kaufpreis berichtigt sei. Denn auch bei diesem Beweisthema handelt es sich lediglich um ein Indiz, aus dem

das Berufungsgericht nicht den Schluß auf die von dem Beklagten behauptete Verrechnung zu ziehen brauchte. Soweit die Revision meint, daß dieser Schluß zwingend und bei unterstelltem Beweisergebnis deshalb die Verrechnung als bewiesen anzusehen sei, vermag ihr der Senat nicht zu folgen.

f) Die Revision bezieht sich sodann auf die von dem Berufungsgericht in seinem Urteil aufgeführten Ansprüche des Beklagten, die es aus dessen Gebührenrechnung vom 10. April 1967 entnommen hat (BU S. 10). Sie meint, da diese Ansprüche einen Gesamtbetrag von rund 15 500 DM ergäben, sei entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht einzusehen, inwiefern dieser Betrag gegenüber einer Summe von 18 000 DM (Kaufpreisforderung der Klägerin) "völlig ungewöhnlich" sein sollte; die Zusammenstellung des Berufungsgerichts zeige vielmehr gerade, daß die Klägerin angesichts der Gesamtleistung des Beklagten durchaus bereit gewesen sein könne, auf den Kaufpreis gegen die Anrechnung der Architektenleistung zu verzichten.

Damit verkennt jedoch die Revision den Zusammenhang der Ausführungen des Berufungsgerichts. Sie übersieht nämlich, daß es in dessen Entscheidungsgründen unmittelbar vor der Aufzählung der Ansprüche des Beklagten heißt, daß in § 7 des Bauherren-Beauftragten-Vertrags das dem Beklagten zustehende Gesamtentgelt einschließlich Verwaltungsleistungen auf 8 405 DM beziffert sei. Wenn das Berufungsgericht dann im unmittelbaren Anschluß hieran fortfährt, daß zu diesen "Gesamtleistungen" die in der

Gebührenrechnung des Beklagten aufgeführten Kosten gehörten, so ist dies sinnvoll nur dahin zu verstehen, daß in dem Betrag von 8 405 DM alle in der Gebührenrechnung aufgeführten Leistungen des Beklagten berücksichtigt sind. Damit ist aber die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei bei Abschluß des Bauberren-Beauftragten-Vertrags nicht zu erwarten gewesen, daß die Summe von 18 000 DM durch Architektenleistungen des Beklagten aufgezehrt würde, rechtlich ebensowenig zu beanstanden, wie die von dem Berufungsgericht hieraus gezogene Schlußfolgerung, es ergebe sich auch nicht aus den Umständen des Falles, daß der Grundstückskaufpreis mit den Architektenleistungen des Beklagten für den Hausbau der Klägerin schlicht um schlicht zu verrechnen gewesen sei.

g) Die Revision rügt weiter Verletzung des § 286 ZPO, weil das Berufungsgericht nicht die von dem Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 6) beantragte Auskunft des Gutachterausschusses der Stadt B. darüber eingeholt habe, daß damals in dem Vorort H. die Grundstückspreise 20 DM pro qm betragen hätten. Sie meint, wenn man dieses Beweisergebnis unterstelle, sei die Erzielung eines Preises von 50 DM pro qm, wie er mit den 7 Kaufinteressenten vereinbart worden sei, nur auf die besonders geschickten Verhandlungen des Beklagten zurückzuführen, so daß ein solcher Preis ihm gegenüber nicht als angemessen gelten könne.

Die Revision übersieht hierbei jedoch, daß das Berufungsgericht bei den Verkäufen an die 7 Kaufinteressenten nicht von einem allgemeinen Grundstückspreis von

50 DM pro qm ausgegangen ist, sondern an der von der Revision angegriffenen Stelle seines Urteils nur ausgeführt hat, daß mit Rücksicht darauf, daß die 7 Grundstücke zu einem Preis von 50 DM pro qm verkauft worden seien, auch feststehe, daß dieser Preis für alle Grundstücke zu erzielen gewesen sei (BU S. 11). Damit kommt es aber auf die Preise für die außerhalb des Geländes der Klägerin gelegenen Grundstücke nicht an. Soweit die Revision meint, der Beklagte habe in der Berufungsbegründung (S. 7) unter Beweisantritt weiter vorgetragen, daß der Preis von 50 DM pro qm nur auf die besonders geschickten Verhandlungen des Beklagten zurückzuführen sei, ist ihr entgegenzuhalten, daß es an der von ihr angegebenen Stelle der Berufungsbegründung nur heißt, daß es dem Beklagten trotz der niedrigen Grundstückspreise in dem Vorort H. gelungen sei, einen für die Klägerin außerordentlich günstigen Preis von 50 DM pro qm zu erzielen. Dieser Vortrag ist jedoch so unsubstantiiert, daß das Berufungsgericht auf ihn nicht einzugehen brauchte. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sein Grundstück um 14 800 DM billiger erhalten, ist deshalb entgegen der Meinung der Revision rechtlich nicht zu beanstanden.

b) Die Revision rügt weiter Verletzung des § 632 BGB.

Sie meint zunächst, wenn man die von dem Beklagten behauptete Abrede (daß der Kaufpreisanspruch der Klägerin mit seinen Architektenleistungen für den Hausbau der Klägerin zu verrechnen sei) nicht für bewiesen erachte, dann greife die Vorschrift des § 632 Abs. 1 BGB ein mit der Folge, daß die Klägerin für das Gegenteil beweispflichtig

sei. Hierbei wird jedoch von der Revision übersehen, daß die Klägerin die Vereinbarung einer Vergütung für die Architektenleistungen des Beklagten für ihren Hausbau nicht bestritten, sondern lediglich behauptet hat, daß auch diese Architektenleistungen des Beklagten dadurch abgegolten seien, daß dieser die Architektenbindung für die 7 an Dritte verkauften Grundstücke erhalten habe und für die an ihn und an Bu[REDACTED] verkauften Parzellen ein geringerer Preis zu bezahlen gewesen sei.

Die von der Revision erbetene Nachprüfung der Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte hätte bei dem Bestreiten der Klägerin, daß die Höhe der Vergütung nicht bestimmt sei, beweisen müssen, daß dies der Fall sei, ergibt auch keine Verletzung des § 632 Abs. 2 BGB. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trägt der Unternehmer, der die übliche Vergütung fordert, die Beweislast, wenn der Besteller eine feste Preisvereinbarung behauptet (LM § 2136 BGB Nr. 1 = Betrieb 1954, 104 = DRspr I (138) 45 d). Denn das Bürgerliche Gesetzbuch geht in seinem § 632 davon aus, daß die Parteien im allgemeinen die Höhe des Entgelts festsetzen werden, so daß derjenige, der die übliche Vergütung verlangt, eine Abweichung von dieser Regel geltend macht (LM § 632 BGB Nr. 3 = NJW 1957, 1555). Von dieser auch im Schrifttum (Palandt, BGB 29. Aufl. § 632 Anm. 3; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 632 Anm. 7; Erman, BGB 4. Aufl. § 632 Anm. 1; vgl. auch Rosenberg, Die Beweislast 5. Aufl. S. 290/291) gebilligten Rechtsprechung abzuweichen, besteht entgegen der Meinung der Revision kein Anlaß.

13

i) Mit ihrer letzten Rüge bezieht sich die Revision auf den in das Wissen des Zeugen Bu[REDACTED] gestellten Vortrag des Beklagten in seinem am 25. Oktober 1968 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 23. Oktober 1968 (S. 12/13), daß der Beklagte und Bu[REDACTED] sich nur deshalb anteilig an den Abbruchkosten hätten beteiligen wollen, weil mit der Klägerin die Abrede der Verrechnung ihres Kaufpreisanspruchs gegen das Architektenhonorar des Beklagten für ihren Hausbau getroffen worden sei. Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantrag als verspätet angesehen, weil eine Ladung des Zeugen zur mündlichen Verhandlung vom 30. Oktober 1968 im Wege der prozeßleitenden Verfügung so kurzfristig nicht mehr durchzuführen gewesen sei. Ob dies zutrifft oder ob vom 25. bis 30. Oktober 1968 hinreichend Zeit zur Ladung des Zeugen Bu[REDACTED] zur Verfügung gestanden hätte, wie die Revision meint, kann dahingestellt bleiben, weil jedenfalls die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden ist, der Zeuge Bu[REDACTED] habe schon bei seiner Vernehmung in erster Instanz nicht bekunden können, daß die Klägerin sich mit der Verrechnung des Kaufpreises gegen das Architektenhonorar einverstanden erklärt habe. Es hätte sich deshalb um eine nochmalige Vernehmung des Zeugen im Sinne des § 398 ZPO gehandelt, zu der das Berufungsgericht nicht gehalten war.

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

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Hill

Dr. Grell