

42

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 120/86

Verkündet am:
3. Dezember 1987
F r e i t a g ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Willi M [REDACTED] ,
[REDACTED] W [REDACTED] Heights Cres., [REDACTED] Don M [REDACTED] ,
T [REDACTED] / O [REDACTED] (K [REDACTED]), M 3 C - 1 C 7,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] ,
als Abwicklerin der Kanzlei des
verstorbenen Rechtsanwalts
Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Angelika S [REDACTED] ,
H [REDACTED] [REDACTED] , He [REDACTED] ,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

WIII

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 1987 durch die Richter Kröner, Boujong, Dr. Halstenberg, Dr. Werp und Dr. Rinne

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 21. März 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von 150.000 DM nebst Zinsen in Anspruch.

Sie hat behauptet, dem Beklagten diesen Betrag im Zusammenhang mit einem am 25. Mai 1982 geschlossenen "Vermittlungsvertrag" als bis Ende 1982 rückzahlbares Darlehen gegeben zu haben. Der Beklagte hat demgegenüber behauptet, mit der Zahlung der 150.000 DM sei abgegolten worden, daß er der Klägerin vor seiner Übersiedlung nach

- 3 -

Kanada seine Handelsvertretung (Vertrieb J[REDACTED]-
Fertighäuser) vermittelt und zugleich verkauft habe.

Das Landgericht hat der Klage (bis auf einen Teil des
Zinsanspruchs) stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die
Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision, die die Klägerin zurückzuweisen be-
gehrt, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag
weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen
Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Ober-
landesgericht.

I.

1. Wer, wie die Klägerin, die Rückzahlung eines Darlehens
begehrt, muß nach gefestigter Rechtsprechung außer der (hier
unstreitigen) Auszahlung der Valuta auch die Einigung der
Parteien über die Hingabe als Darlehen beweisen und einen
vom Beklagten behaupteten anderen Rechtsgrund ausschließen
(Senatsurteile vom 24. Mai 1976 - III ZR 63/74 = WM 1976,
974, 975; vom 28. Oktober 1982 - III ZR 128/81 = NJW 1983,
931 und vom 10. Juni 1985 - III ZR 178/84 = NJW 1986,
2571).



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht ausgegangen.

2. Die Revision rügt zunächst, das Berufungsgericht habe unter Verletzung von § 286 ZPO die vom Beklagten benannte Zeugin Barbara Meurer nicht vernommen.

Der Beklagte hatte diese Zeugin mit Schriftsatz vom 13. Februar 1986 für seine Behauptung benannt, die 150.000 DM seien für die Übernahme seiner Handelsvertretung durch die Klägerin gezahlt worden. Die Frage, ob die streitigen 150.000 DM als Darlehen oder aber als Entgelt dafür gezahlt wurden, daß der Beklagte der Klägerin seine J[REDACTED]-Verkaufsvertretung überließ, bildet den Kernpunkt des Rechtsstreits wie des angefochtenen Urteils. Das Landgericht hatte dazu die von der Klägerin benannten Zeugen Schäfers und Vonken vernommen, deren Darstellung beide Vorinstanzen - ohne durchgreifende rechtliche Bedenken - gefolgt sind. Die in das Wissen der Zeugin Meurer gestellten Tatsachen waren erheblich. Die Nichtvernehmung der Zeugin verletzt den Grundsatz der Ausschöpfung des Sach- und Streitstands.

Das Berufungsgericht hat nicht begründet, warum es die Zeugin M[REDACTED] nicht vernommen hat. Die Zeugin ist im vorliegenden Rechtsstreit erstmals nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist in dem Schriftsatz vom 13. Februar 1986 benannt worden, nach dem Akteninhalt möglicherweise deshalb, weil der Beklagte wegen einer Herzoperation mit längerem Krankenhausaufenthalt in Kanada seine Prozeßbevollmächtigten

nicht früher informieren konnte. Der Schriftsatz mit dem Beweisantritt ist am 14. Februar 1986 (Freitag), vier Tage vor dem Berufungstermin vom 18. Februar 1986, beim Berufungsgericht eingegangen. Die Zeugin sollte beim Beklagten geladen werden, der sich nach dem Inhalt der Akten bereits am 21. Januar 1985 "seit einiger Zeit" in Kanada aufhielt, nach dem Rubrum des angefochtenen Urteils in Heinsberg-Dremmen wohnt und seine Anschrift im Laufe des Revisionsverfahrens mit "nunmehr" Toronto (Kanada) angegeben hat. Nach der Revisionsbegründung war die Zeugin, die mit dem Beklagten in Kanada lebe, vom Berufungsgericht im Wege der Rechtshilfe in Kanada zu vernehmen.

Ob das Berufungsgericht hiernach jedenfalls vom Ergebnis her mit Recht von einer Vernehmung der Zeugin abgesehen hat, weil der Beweisantritt verspätet war, und ob der erkennende Senat gegebenenfalls befugt wäre, eine in der Vorinstanz nicht getroffene Entscheidung über die Zulassung verspäteten Vorbringens nachzuholen (vgl. BGH Urteil vom 22. April 1982 - VII ZR 160/81 = NJW 1982, 1708, 1710 zu II 2 c m. w. Nachw.), bedarf nicht der Entscheidung. Denn das angefochtene Urteil hält aus einem weiteren Grunde der revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand und ist aufzuheben. Bei der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Beklagte deshalb ohnehin Gelegenheit, auf seinen Beweisantritt zurückzukommen und die Vernehmung der Zeugin M., gegebenenfalls im Wege der Rechtshilfe, zu beantragen (zur Durchführung und Würdigung von Zeugenvernehmungen im Ausland vgl. Senatsurteil vom 10. Mai 1984 - III ZR 29/83 = NJW 1984, 2039).

3. Das Berufungsgericht hat dem Beklagten gegenüber dem Darlehensanspruch die Berufung auf Gegenansprüche aus dem "Vermittlungsvertrag" versagt.

Mit Recht rügt die Revision es als nicht hinreichend begründet und in sich widerspruchsvoll, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, die Klägerin habe zwar das Darlehen persönlich gewährt, aber nur als Strohhalm ihres Ehemannes, des Zeugen S. [REDACTED], und des Zeugen V. [REDACTED] gehandelt, soweit sie mit dem Beklagten in dem "Vermittlungsvertrag" vom 25. Mai 1982 eine Gewinnteilung vereinbart habe.

Der Vertrag vom 25. Mai 1982 enthält sowohl die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung der 150.000 DM als auch die Vereinbarung über die Gewinnverteilung. Der Ehemann der Klägerin schildert als Zeuge sowohl die Darlehensgewährung als auch die Übernahme der Fertighausvertretung in der "Wir"-Form. Die an den Beklagten gezahlten 150.000 DM stammen zwar aus einem der Klägerin von der D. [REDACTED] Bank gewährten Kredit; der Ehemann der Klägerin und der Zeuge V. [REDACTED] haben sich aber dafür verbürgt und zahlen auch die Zinsen je zur Hälfte. Bei der Frage, wen die Rechtsfolgen der Vereinbarungen vom 25. Mai 1982 treffen, kann deshalb nicht, wie es das Berufungsgericht getan hat, ohne nähere Begründung zwischen Darlehen und Übernahme der Handelsvertretung unterschieden werden. Entweder steht der Klägerin, weil nicht sie, sondern in Wirklichkeit ihr Ehemann und der Zeuge V. [REDACTED] mit dem Beklagten kontrahiert haben, auch der

Darlehensrückzahlungsanspruch nicht zu, oder die Klägerin muß sich, weil nicht ihr Ehemann und der Zeuge V. den Vertrag vom 25. Mai 1982 abgeschlossen haben, sondern sie, auch Gegenansprüche des Beklagten (auf Gewinnanteilzahlung oder zumindest Abrechnung) aus der von ihm nach Maßgabe des Vertrages überlassenen Vertriebstätigkeit entgegenhalten lassen. Das vom Berufungsgericht gewonnene Auslegungsergebnis wird von den bisher getroffenen Feststellungen nicht getragen.

II.

Das angefochtene Urteil hat hiernach keinen Bestand. Für die erneute Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf folgendes hin:

1. Im Zusammenhang mit einer - eventuell im Wege der Rechtshilfe (§ 363 ZPO) durchzuführenden - Vernehmung der Zeugin Barbara M. wird sich auch die Frage stellen, ob es nicht angezeigt ist, die Zeugen Werner S. und Alfons V., die das Berufungsgericht nicht selbst angehört hat und die auch schon im landgerichtlichen Verfahren nicht von den Richtern, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, sondern von einer beauftragten Richterin (wenn auch sehr sorgfältig und unter ausführlicher Protokollierung) vernommen worden sind, erneut vor dem Prozeßgericht zu vernehmen (§§ 355 Abs. 1, 398 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat den Angaben der beiden Zeugen, die nach den Ausführungen des Berufungsgerichts am Ausgang des Rechtsstreits interessiert sind, entscheidendes Gewicht beigelegt. Der Beurteil-

lung der persönlichen Glaubwürdigkeit der Zeugen kommt deshalb besondere Bedeutung zu. Eine Vernehmung unmittelbar vor dem Berufungsgericht könnte unter diesen Umständen im Interesse der Wahrheitsfindung angezeigt sein. Ob und gegebenenfalls in welcher Weise eine Gegenüberstellung dieser beiden Zeugen mit der Zeugin M. in Betracht zu ziehen ist (§ 394 Abs. 2 ZPO) oder der Zeugin M. im Wege der Rechtshilfe die Aussagen der Zeugen Schäfers und Vonken oder diesen eine Aussage der Zeugin M. vorzuhalten sind, wird das Berufungsgericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen haben. Soweit es (bei einem nicht eindeutigen Beweisergebnis) auf die Beweislast ankommen sollte, gilt das oben zu I 1 Gesagte.

2. Gegenüber einem (bewiesenen) Darlehensanspruch der Klägerin wird das Berufungsgericht im einzelnen prüfen müssen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Klägerin aufgrund der ihr im Zusammenhang mit dem "Vermittlungsvertrag" vom 25. Mai 1982 erteilten Zessionen des Beklagten bereits befriedigt worden ist (§ 364 Abs. 1 BGB; vgl. § 3 des Vertrages? Garantie des Beklagten für die Bonität dieser Forderungen und ihre Realisierung bis Ende 1982?), ob und gegebenenfalls welche Gegenansprüche dem Beklagten aufgrund von "Vermittlungsgeschäften" der Zeugen S. und V. zustehen sowie ob und gegebenenfalls welche Gegenansprüche des Beklagten aufgrund von "Vermittlungen" der Klägerin selbst begründet sind. Mit der Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht haben die Parteien Gelegenheit, ihr Vorbringen insoweit zu ergänzen. Dabei könnte möglicherweise auch von Bedeutung sein, wie die §§ 4 und 5 des "Ver-

mittlungsvertrages" vom 25. Mai 1982 auszulegen sind. Wenn es im letzten Satz des § 4 des Vertrages heißt, "danach" seien die Gewinne zu halbieren, so muß das nicht notwendigerweise den Sinn haben, daß die Erträge (auch noch) vom 1. Juli 1983 an hälftig geteilt werden sollten, wie das Berufungsgericht angenommen hat. Eine "danach" (§ 4 letzter Satz) vorgesehene Gewinnhalbierung könnte auch (vgl. § 5 des Vertrages) daran anknüpfen, daß "V. DM 150.000,- erreicht hat" (§ 4 vorletzter Satz des Vertrages).

Kröner

Boujong

Halstenberg

Werp

Rinne