

B

Nachschlagewerk: ja
Ämtliche Sammlung: nein

2105 080

ZPO §§ 286 B, 398 Abs. 1

Hat das Berufungsgericht einen Zeugen vernommen und seine Aussage für glaubwürdig gehalten, so kann nach Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts dieser Senat die Aussage des Zeugen nicht ohne nochmalige Vernehmung nur auf Grund der protokollierten Zeugenaussage als unglaubwürdig ansehen.

BGH, Urt. v. 26. September 1963 - II ZR 138/61

OLG München

LG München I

Verkündet

am 26. September 1963

Heil, Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Geschäftsinhaberin Maria E [REDACTED], M [REDACTED],
W [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Mechaniker Kurt D [REDACTED], M [REDACTED], D [REDACTED]
Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 26. September 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter
Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Liesecke und Dr. Bukow
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom
3. Mai 1961 aufgehoben und die Sache zur anderwei-
tigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte verkaufte der Klägerin durch schriftlichen Vertrag vom 4. Juli 1955 ein Milchgeschäft. Der Kaufpreis betrug für das Geschäft einschließlich der Einrichtung und übernommener Warenvorräte 25.000 DM. Die Klägerin zahlte 13.000 DM. Die Restforderung von 12.000 DM wandelten die Parteien in ein hypothekarisch gesichertes Darlehn um. Die Klägerin unterwarf sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung. Auf Grund der darüber aufgenommenen notariellen Urkunde erwirkte der Beklagte die Eintragung einer Zwangshypothek auf einem Grundstück der Klägerin.

Die Klägerin macht geltend, der Beklagte habe sie vor und bei Vertragsabschluß arglistig getäuscht. Er habe den Jahresumsatz mit 180.000 DM und den Reinverdienst mit 14,6 % falsch angegeben, da der Umsatz 120.000 DM und der Reinverdienst 6 % betragen hätten. Weiter habe der Beklagte verschwiegen, daß das Milchgeschäft in den vorausgegangenen vier Jahren siebenmal den Inhaber gewechselt habe.

Die Klägerin hat die Wandlung des Kaufvertrages und die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erklärt. Sie verlangt die Rückzahlung von 13.000 DM und begehrt ferner, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären.

Der Beklagte bestreitet, unrichtige Angaben gemacht zu haben. Wahrheitsgemäß habe er den Jahresumsatz mit 140.000 DM, den Rohgewinn mit 14 % und den Reingewinn mit 6 % angegeben.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage im wesentlichen abgewiesen. Auf die Revision der Klägerin



hat der erkennende Senat das Berufungsurteil des 8. Zivilsenats wegen Verfahrensmängel aufgehoben und die Sache an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen. Das Berufungsgericht hat nach erneuter Verhandlung die Berufung der Klägerin, die ihren Zahlungsanspruch auf 11.881,48 DM ermäßigt hat, wiederum zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, daß der Beklagte über den Umsatz und den Reinverdienst des verkauften Geschäfts falsche Angaben gemacht hat. Hiervon abgesehen erscheint es dem Berufungsgericht fraglich, ob überhaupt eine Täuschung oder unrichtige Zusicherung vorliege, da der Jahresumsatz der Klägerin inzwischen den Betrag von 180.000 DM, den der Beklagte angegeben haben soll, überschritten hat. Das Berufungsgericht sieht auch keinen Anfechtungsgrund wegen arglistiger Täuschung darin, daß der Beklagte den wiederholten Inhaberwechsel verschwiegen hat.

II. Die Revision greift das Berufungsurteil in sachlich- und verfahrensrechtlicher Hinsicht an. Ihre sachlich-rechtlichen Rügen sind nicht begründet.

1. Der Revision ist zuzugeben, daß die Auffassung des Berufungsgerichts, eine Täuschung der Klägerin sei wegen des von ihr inzwischen erzielten Umsatzes zweifelhaft, rechtlichen Bedenken begegnet. Denn für den unterstellten Fall kommt es nur darauf an, ob das Geschäft zur Zeit des Verkaufs einen Jahresumsatz in der angegebenen Höhe erbracht hat. Die angefochtene Entscheidung beruht jedoch nicht auf dem gerügten Mangel, sondern allein auf der Annahme des Be-

rufungsgerichts, die Klägerin habe die behaupteten Angaben des Beklagten über den Umsatz nicht bewiesen.

2. Der Beklagte hat die Klägerin, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, nicht dadurch arglistig getäuscht, daß er den wiederholten Inhaberwechsel verschwiegen hat. Er ist danach von der Klägerin nicht gefragt worden und von sich aus zu einer Mitteilung nicht verpflichtet gewesen. Die Klägerin darf als Käuferin nicht erwarten, daß der Verkäufer alle Umstände offenbart, die für ihre Entscheidung erheblich sein könnten (vgl. RGZ 62, 149; BGB-RGRK 11. Aufl. § 460 Anm. 7). Ein wiederholter Inhaberwechsel vor einem Geschäftsverkauf ist nicht ohne weiteres mitteilungspflichtig. Denn er kann verschiedene - auch allein in der Person der früheren Geschäftsinhaber liegende - Gründe haben und braucht sich zur Zeit des Verkaufs nicht mehr nachteilig auszuwirken. Hierfür könnte im vorliegenden Falle sprechen, daß der Beklagte das Geschäft vor dem Verkauf sieben Monate mit gutem Erfolg geführt hat und der Umsatz während dieser Zeit von Monat zu Monat gestiegen ist. Auskunft über etwaige Auswirkungen eines mehrfachen Inhaberwechsels geben ohnehin die Umsatz- und Ertragszahlen, die der Verkäufer als letzter Geschäftsinhaber erzielt hat. Neben diesen Zahlen wird der Verkäufer eines Geschäfts dem Käufer nur unter besonderen Umständen einen wiederholten Inhaberwechsel mitteilen müssen. Solche Umstände hat die Klägerin aber nicht dargetan. Sie können nicht, wie die Revision meint, darin gesehen werden, daß die Klägerin sich durch das erworbene Geschäft eine Dauerexistenz habe schaffen wollen. Denn diese Absicht hat im Zweifel jeder Erwerber eines Geschäfts. Ohne Bedeutung ist auch das Vertrauensverhältnis, das anfangs zwischen dem Ehemann der Klägerin und dem Makler Witzel auf Grund ihrer Kriegskameradschaft, aber niemals unter den Vertragsparteien, bestanden hat.

III. Die Verfahrensrügen der Revision richten sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe die behaupteten falschen Angaben des Beklagten über den Geschäftsumsatz nicht bewiesen. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt:

Die Klägerin habe durch eine Zeitungsanzeige erfahren, daß ein Milchgeschäft mit einem Jahresumsatz von 180.000 DM zu verkaufen sei. Das Inserat habe der Makler W. [REDACTED] aufgegeben, den der Beklagte mit dem Verkauf des Geschäfts beauftragt habe. Auch den früher für ihn tätig gewordenen Maklern S. [REDACTED] und L. [REDACTED] habe der Beklagte den Jahresumsatz mit 180.000 DM angegeben. Von einem Umsatz in dieser Höhe habe er - nach den Aussagen der Zeugen Dr. K. [REDACTED] und E. [REDACTED] - auch bei den Kaufverhandlungen mit der Klägerin gesprochen. - Demgegenüber habe der Zeuge W. [REDACTED] jedoch ausgesagt, der Beklagte habe bei den Vertragsverhandlungen in Anwesenheit der Klägerin ihrem Ehemann erklärt, daß der Jahresumsatz die im Inserat genannte Höhe nicht erreiche, sondern sich auf 140.000 DM belaufe. Auch die Zeuginnen D. [REDACTED] und W. [REDACTED] hätten nach ihren Aussagen gehört, daß der Beklagte von einem Jahresumsatz von 140.000 DM geredet habe.

Von den vorgenannten Zeugen hat Rechtsanwalt Dr. K. [REDACTED] die Klägerin beraten und ist beim Vertragsschluß der Parteien zugegen gewesen. Er ist darüber in beiden Vorinstanzen als Zeuge gehört worden. Seinem Zeugnis glaubte das Berufungsgericht nicht folgen zu können, weil Dr. K. [REDACTED] seine frühere bestimmte Aussage über den zugesagten Reinverdienst bei der zweiten Vernehmung eingeschränkt habe. Es sei deshalb, wie das Berufungsgericht meint, immerhin denkbar, daß die Angaben des Zeugen auch über den zugesicherten Umsatz - der Zeuge hatte insoweit das Vorbringen der Klägerin bestätigt - auf nicht ganz sicheren Füßen ständen.

14

Diese Beweiswürdigung greift die Revision als fehlerhaft an. Sie ist der Ansicht, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Richtigkeit der Aussage von Dr. K. in dem aufgehobenen Berufungsurteil nicht in Zweifel gezogen worden sei. Es sei deshalb zunächst zu fragen, ob das Berufungsgericht nicht an diese Feststellungen, die in dem ersten Revisionsurteil weder beanstandet noch aufgehoben worden seien, gebunden sei. Jedenfalls habe das Berufungsgericht die Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht anders als die Richter des ersten Berufungsurteils beurteilen dürfen. Denn nur der 8. Zivilsenat habe den Zeugen gehört und damit einen unmittelbaren Eindruck gewonnen. Hingegen habe sich der 7. Zivilsenat, der über die zurückverwiesene Sache entschieden habe, mit der Würdigung der Niederschriften begnügt, die über die Aussagen des Zeugen Dr. K. aufgenommen worden seien.

1. Die Rüge der Revision ist unbegründet, soweit sie den § 565 Abs. 2 ZPO als verletzt ansieht. Nach der genannten Bestimmung ist das Berufungsgericht für die neue Entscheidung nur an die rechtliche Beurteilung gebunden, die das Revisionsgericht der Aufhebung des Berufungsurteils zugrunde gelegt hat. Hiervon abgesehen ist das Berufungsgericht in der Beurteilung der Sache frei und hat den Sachverhalt, wie er sich auf Grund der neuen Verhandlung ergibt, in eigener Verantwortung festzustellen. Es kann dabei auch die Tatsachen und Beweise anders als im ersten Berufungsurteil würdigen.

2. Die Freiheit des Berufungsgerichts, die Aussage des Zeugen Dr. K. zu würdigen, wird danach durch das erste Revisionsurteil nicht beschränkt, ist aber wie stets an die Beachtung des Verfahrensrechts gebunden. Hierbei war es nach § 398 Abs. 1 ZPO dem Ermessen des Berufungsgerichts überlassen, Dr. K. wegen des eingetretenen Rich-

terwechsels nochmals zu hören oder davon abzusehen und sich auf die Würdigung seiner protokollierten Zeugenaussage zu beschränken. Auch im letzten Falle wird die Vorschrift des § 355 ZPO gewahrt, wonach die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erfolgt. Denn das zweite Berufungsverfahren, das durch die Aufhebung des ersten Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zustande gekommen ist, bildet nur die Fortsetzung des ersten Berufungsverfahrens (vgl. BGH IM ZPO § 355 Nr. 6). Unterbleibt die erneute Vernehmung eines Zeugen, so ist das Gericht dadurch rechtlich zwar nicht gehindert, den Inhalt der protokollierten Zeugenaussage unter Umständen anders als das vernehmende Gericht zu würdigen (RG ZZP 61, 220). Das Gericht kann sich aber kein eigenes Urteil über die Glaubwürdigkeit des Zeugen bilden, wenn es, wie hier, anders als das Gericht besetzt ist, das den Zeugen vernommen hat. Denn dafür fehlen ihm die Voraussetzungen, nämlich der unmittelbare Eindruck, den das Gericht bei der Vernehmung eines Zeugen gewinnt, um danach Urteilsfähigkeit, Erinnerungsvermögen und Wahrheitsliebe, kurzum die Glaubwürdigkeit des Zeugen und den davon abhängigen Beweiswert seiner Aussage beurteilen zu können.

Zu der Auffassung, der Zeuge Dr. K. erinnere sich nicht mehr zuverlässig an die Vorgänge beim Vertragschluß und sein Zeugnis über den zugesicherten Umsatz stehe deshalb auf nicht ganz sicheren Füßen, dürfte das Berufungsgericht mangels eigener Urteilsgrundlage daher nur gelangen, wenn auch das vernehmende Gericht dies angenommen und im Aussageprotokoll, in einem diesem gleichstehenden Vermerk (BGH NJW 1956, 1878) oder im Urteil niedergelegt hatte. Hier muß entsprechend gelten, was die Rechtsprechung für die Verwertung des persönlichen Eindrucks verlangt, den der Einzelrichter erhält, wenn er anstelle des erkennenden Gerichts einen Zeugen vernimmt (vgl. RG WarnRspr 1926 Nr. 17).

1931 Nr. 147; JW 1933, 2215; 1938, 2767 und 2981).

Der 8. Zivilsenat des Berufungsgerichts hat Rechtsanwalt Dr. König nach dem Protokoll (GA Bl. 204 - 206) darüber gehört, welche Angaben der Beklagte über den Reinverdienst und über den Jahresumsatz gemacht hat. Zum ersten Punkt hat der Zeuge erklärt, daß er zwar nach wie vor von der Richtigkeit seiner Aussage in der ersten Instanz überzeugt sei, wegen des Zeitablaufs - seit dem Vertragsschluß waren inzwischen fast drei Jahre und seit der ersten Vernehmung fast zwei Jahre vergangen - aber heute nicht mehr ausschließen könne, sich damals nicht verhört zu haben. Beim zweiten Punkt hat der Zeuge hingegen mit aller Bestimmtheit seine frühere Aussage über den zugesicherten Jahresumsatz bestätigt. Diese Aussage hat der 8. Zivilsenat in seinem Urteil dahin gewürdigt, daß er "keinen Anlaß hat, an der Richtigkeit der bestimmten Angaben des Zeugen Dr. K. zu zweifeln". Wenn davon abweichend der 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts die Glaubwürdigkeit (das Erinnerungsvermögen) des Zeugen Dr. K. nunmehr negativ beurteilt hat, so wird diese Würdigung weder von einer eigenen Urteilsgrundlage noch von einer entsprechenden Beurteilung des vernehmenden Gerichts getragen. Der 7. Zivilsenat hätte zu einer solchen Würdigung nur gelangen dürfen, wenn er den Zeugen selbst nochmals vernommen und sich damit selbst einen persönlichen Eindruck von diesem Zeugen verschafft hätte. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Würdigung ist somit verfahrensrechtlich unzulässig. Das darauf beruhende Berufungsurteil muß daher aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Die weiteren Verfahrensrügen der Revision können damit auf sich beruhen; hiervon abgesehen sind sie auch unbegründet.

IV. Über die Kosten der Revision wird das Berufungsgericht zu entscheiden haben.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Liesecke

Dr. Bukow