

14

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 356, 554

Es ist ein Verfahrensfehler, ein Beweisangebot mangels ladungsfähiger Anschrift des benannten Zeugen abzulehnen, ohne zuvor eine Frist zur Beibringung der Anschrift gesetzt zu haben. Eine entsprechende Revisionsrüge ist auch ohne Angabe der Anschrift schlüssig.

BGH, Urt. v. 5. November 1973 - II ZR 165/72 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

64

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 165/72

URTEIL

Verkündet am

5. November 1973

Werner,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Johann G [REDACTED], [REDACTED] D [REDACTED],
M [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Klaus E [REDACTED], [REDACTED],
E [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 1973
durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die
Richter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird
das Urteil des 6. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Düsseldorf vom
16. Oktober 1972 im Kostenpunkt und
insoweit aufgehoben, als es den Be-
klagten zur Zahlung von 9.135,-- DM
nebst Zinsen verurteilt hat.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entschei-
dung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens
werden 3/10 dem Beklagten auferlegt. Im
übrigen bleibt die Entscheidung über die
Kosten des Revisionsverfahrens dem Beru-
fungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger macht Ansprüche seiner Zedentin, der Maklerin F[REDACTED], geltend. Er behauptet: Frau F[REDACTED] habe mit dem Beklagten, der gleichfalls Makler ist und vorübergehend ihr Büro mitbenutzt habe, vereinbart, einerseits die Bürounkosten und andererseits die Gewinne aus allen gemeinschaftlich ausgeführten Geschäften zu teilen. Auf Grund dieser Vereinbarung sei neben zwei anderen Geschäftsvorfällen, um die es nach dem jetzigen Prozeßstand nicht mehr geht, die Vermittlungstätigkeit beim Verkauf eines Grundstücks der Erbengemeinschaft S[REDACTED] abzurechnen, für die der Beklagte unstreitig von der Käuferin 18.270,-- DM Provision erhalten hat. Der Kläger beansprucht auf Grund der Abtretung auch von diesem Betrag die Hälfte = 9.135,-- DM nebst Zinsen.

Das Oberlandesgericht hat dem Kläger unter Berücksichtigung der übrigen Ansprüche insgesamt 21.016,49 DM nebst Zinsen zuerkannt, darunter diese 9.135,-- DM.

Wegen eines Teilbetrages von 11.881,49 DM nebst Zinsen ist die hierwegen eingelegte Revision des Beklagten durch Beschluß des Senats vom 4. Oktober 1973 nach Art. 1 Nr. 2 BGH EntlG zurückgewiesen worden. Wegen der restlichen 9.135,-- DM verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Die Revision wendet sich in erster Linie gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, zwischen Frau F[REDACTED] und dem Beklagten habe ein Gesellschaftsverhältnis bestanden, wonach - so sind seine Ausführungen zu verstehen - die Gewinne aus gemeinschaftlicher Maklertätigkeit zu teilen seien. Sie macht geltend, die weiteren Darlegungen des Berufungsgerichts stünden dazu in Widerspruch. Danach sei nämlich jeder nach außen im eigenen Namen aufgetreten, bei den hier im Streit befindlichen Geschäften jeweils allein der Beklagte. Demgemäß nehme das Berufungsgericht nur noch einen Vertrag an, welcher "jedenfalls" auf Teilung des Gewinns aus jenen Geschäften gerichtet sei. Wenn es sodann jeweils im einzelnen prüfe, ob und inwieweit Frau F[REDACTED] und der Beklagte eine "gemeinsame Tätigkeit" entfaltet hätten, so werde vollends klar, daß kein Gesellschaftsverhältnis bestanden habe, sondern beide nur sog. Gemeinschaftsgeschäfte geführt hätten, bei denen die Provision durchaus nicht immer hälftig zu teilen sei.

Der Angriff ist unbegründet. Zwar scheinen Frau F[REDACTED] und der Beklagte nach außen nicht als Gesellschafter aufgetreten zu sein. Das steht jedoch der Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses nicht entgegen, da ein solches für Dritte nicht erkennbar zu sein braucht, sondern - als Innengesellschaft - auch dann bestehen kann, wenn jeder im eigenen Namen handelt. Gleichwohl mußte das Berufungsgericht für jedes einzelne Geschäft prüfen, ob es von dem

Teilungsabkommen erfaßt wurde; denn in der Zeit, als der Beklagte Frau F. Büro mitbenutzte, sind beide nicht nur für gemeinschaftliche, sondern auch für eigene Rechnung tätig geworden.

2. Das Berufungsgericht stellt fest, der Beklagte und Frau F. hätten auch den Verkauf des Grundstücks S. gemeinschaftlich vermittelt, indem Frau F. den Verkäufer und der Beklagte den Käufer gebracht habe. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht diese Feststellung verfahrenswidrig getroffen hat, weil es über die Behauptung des Beklagten, nicht Frau F., sondern der Architekt E. habe ihm das Grundstück an die Hand gegeben (GA Bl. 132 und 225), den angebotenen Zeugenbeweis nicht erhoben hat. Der Beklagte hatte sich allerdings im ersten Rechtszug nur auf das Zeugnis von "E., U." berufen, ohne Vornamen und Anschrift anzugeben. In der Berufungsbeurteilung hatte er wiederum lediglich auf "das Zeugnis des Architekten E." verwiesen. Dem Berufungsgericht kann jedoch nicht darin gefolgt werden, daß das "kein Beweisantritt" gewesen sei, weil ein Zeuge nur dann "benannt" sei, wenn sein voller Name und seine richtige Anschrift mitgeteilt seien. § 373 ZPO bestimmt nur, daß der Zeugenbeweis "durch die Benennung der Zeugen" angetreten wird. Ihre Benennung muß zwar so genau sein, daß ihre Ladung möglich ist (vgl. RGZ 97, 126 und Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 373 Anm. I). War das hier nicht der Fall, so war der Beweisantritt aber nicht unbeachtlich. Vielmehr stand dann - worauf die Revision zutreffend hinweist - "der Aufnahme des Beweises

ein Hindernis von ungewisser Dauer" entgegen, so daß das Berufungsgericht nach § 356 ZPO dem Beklagten eine Frist zur Beibringung der vollständigen Anschrift hätte bestimmen müssen (vgl. BGH Urt. v. 11. 12. 1972 - III ZR 129/72 = VersR 1973, 249, 250 Ziff. 3 a aa). Daraus allein, daß es der Beklagte entgegen der Ankündigung im Schriftsatz vom 28. Mai 1971 unterlassen hatte, die Anschrift des Zeugen anzugeben, folgte nicht, daß eine Fristsetzung nichts genützt haben würde und deshalb unterbleiben konnte.

Die Revisionserwiderung meint unter Berufung auf die Rechtsprechung zu § 139 ZPO, die Rüge hätte nur dann Erfolg haben können, wenn der Beklagte die fehlenden Angaben in der Revisionsbegründung nachgeholt haben würde. Dem ist nicht zuzustimmen. Wird nicht angegeben, was auf eine vom Berufungsgericht angeblich zu Unrecht unterlassene Frage vorgebracht worden wäre, so ist die Rüge der Verletzung von § 139 ZPO deshalb unbegründet, weil das Revisionsgericht dann nicht zu prüfen vermag, ob das Berufungsurteil auf der angeblichen Prozeßrechtsverletzung beruhen kann (vgl. u.a. RG JW 1931, 1795, 1796 und die bei Siegert NJW 1958, 1026 angeführten unveröffentlichten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs). Bei der auf § 356 ZPO gestützten Rüge liegen die Dinge schon deswegen anders, weil mit ihr sinngemäß geltend gemacht wird, daß eine Frage des Berufungsgerichts, etwa nach der Anschrift eines nur dem Namen nach benannten Zeugen, nicht sofort hätte beantwortet werden können und es gerade darum der Bestimmung einer Frist bedurft habe. Dem Revisionskläger

kann in einem solchen Falle auch nicht entgegen gehalten werden, er habe, um die fehlenden Angaben nachzubringen, immerhin die Revisions- und die Revisionsbegründungsfrist zur Verfügung. Er wäre sonst genötigt, ohne die in § 356 ZPO vorausgesetzte Aufforderung im Revisionsverfahren eine Anschrift zu ermitteln und mitzuteilen, die im späteren (zweiten) Berufungsverfahren längst wieder überholt sein kann und damit für die Abwicklung des Prozesses wenig wert ist. Revisions- und Revisionsbegründungsfrist sind - sieht man von der Möglichkeit, die letztere zu verlängern ab - starre gesetzliche Fristen, während bei der Bemessung der Frist nach § 356 ZPO auf die Besonderheiten des jeweiligen Falles Rücksicht zu nehmen ist. Im übrigen macht das Gesetz die Ausschließung des Beweismittels von der Versäumnis einer richterlichen Frist abhängig, die gerade zu dem Zweck gesetzt worden ist, die ladungsfähige Anschrift beizubringen. Das ist bei den Revisionsfristen nicht der Fall. Ist daher in der Tatsacheninstanz die Frist des § 356 ZPO nicht gesetzt und der Beweisführer dennoch mit dem Beweismittel ausgeschlossen worden, so ist für die Revisionsinstanz ohne weiteres zu unterstellen, daß das Beweismittel hätte beigebracht werden können, daß es die unter Beweis gestellte Behauptung des Beweisführers gestützt hätte und daß das angefochtene Urteil infolgedessen auf dem Mangel, daß keine Frist gesetzt war, beruht.

3. Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit der Beklagte Gelegenheit hat, die ladungsfähige Anschrift des Architekten E. [REDACTED] nachzubringen.

Sollte das Berufungsgericht nach Beweisaufnahme den Anspruch aus dem Geschäft S [REDACTED] erneut für begründet halten, kommt es auf die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung von 10.000 DM nicht mehr an; denn über sie hat der Senat bereits im Beschluß vom 4. Oktober 1973 rechtskräftig mitentschieden.

4. Die Kosten des Revisionsverfahrens, die nach einem Streitwert von 11.881,49 DM bis zum Erlaß des Beschlusses vom 4. Oktober 1973 entstanden sind, muß der Beklagte tragen. Jedoch verhalten sie sich zu den übrigen Kosten des Revisionsverfahrens nur wie etwa 3 zu 7, weil sich für den Kläger bis zum 4. Oktober 1973 kein Prozeßbevollmächtigter bestellt hatte.

Stimpel Liesecke Dr. Schulze Fleck Dr. Kellermann